

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
29

Sayı
Number
4

Yıl
Year
2021

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

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

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law
Dekan | Dean

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
sustun@selcuk.edu.tr

Editörler | Editors

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
sustun@selcuk.edu.tr

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

Dr. Öğr. Üy. Tamer BOZKURT
tamer.bozkurt@selcuk.edu.tr

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

Arş. Gör. Dr. Kemal ERDOĞAN
erdogan-kemal@hotmail.com

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

Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK
ahmettalhatetik@gmail.com

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

Arş. Gör. Rabia MACİT
rabiamacit26@gmail.com

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

Arş. Gör. Hüseyin TOKAT
huseyintokat7861@gmail.com

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

Arş. Gör. Dr. Cansu Büşra ÖLMEZ
cansubkartal@hotmail.com

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

Arş. Gör. Övünç GÜVEL
ovunc_guvel@hotmail.com

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

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK
af_kaynak@hotmail.com

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

Arş. Gör. Samed ATASOY
samedatasoy1109@hotmail.com

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

Yayın Kurulu | Editorial Board

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board*

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

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

Prof. Dr. Aydın Gülan

Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya

Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Nuran Koyuncu

Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. M. Turgut Öz

Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgeç

Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan

Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhuri Şahin

Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz

Faculty of Law, Bursa Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İlhan Ulusan

Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Sevilay Uzunallı

Faculty of Law, Yaşar University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yener Ünver

Faculty of Law, Özyeğin University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz

Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fadıl Yıldırım

Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel

Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Doç. Dr. Abdurrahman Savaş

Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi

Faculty of Law, İstanbul Comm. University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Refik Korkusuz

Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. Yüksel Metin

Faculty of Law, Süleyman Demirel University
Isparta, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay

Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Prof. Dr. Oğuz Sancakdar

Faculty of Law, Dokuz Eylül University
İzmir, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Subaşı

Faculty of Law, İstanbul Medeniyet University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cemal Şanlı

Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Hasan Tunç

Faculty of Law, Cyprus Int. University
Nicosia, North Cyprus

Prof. Dr. M. Fatih Uşan

Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal

Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk

Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Cevdet Yavuz

Faculty of Law, İstanbul Medipol University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ejder Yılmaz

Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Doç. Dr. A. Kürşat Ersöz

Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

Doç. Dr. Ayhan Tekinsoy

Faculty of Law, Ankara University
Ankara, Turkey

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

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

Hakkında

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

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

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

About

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

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed international review which is scanned by ULAKBİM TR Index in terms of the Academic Incentive Allowance, published in electronic media and printed four times a year March, June, September and December. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

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

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

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

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

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

✉ hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

☎ +90 332 241 18 47 ✉ selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Aralık 2021

Publication Date: December 2021

Copyright © Published by Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey. All rights reserved.

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

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

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

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

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

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

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

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

Publication Principles

Preparation Process of the Article

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

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

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

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

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

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


Makale Gönderme Aşaması

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

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

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

Ön İnceleme Aşaması

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

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

Hakem Değerlendirme Aşaması

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

name of article and page numbers may be used.


Submission Process of the Article

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

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

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

Preliminary Examination Process

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

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

Process of the Referee Evaluation

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

halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

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

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

Makale Düzeltme Aşaması

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

Dergi Dizgi Aşaması

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

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

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

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

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

Process of the Article Correction

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

Process of the Review Typographic

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

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

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

ResearchArticles

ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN 2679-2727
VE YÖNETİCİLERİN REKABET İHLALLERİNDEN DOLAYI
ŞİRKETLER HUKUKU TEMELİNDE HUKUKİ
SORUMLULUKLARI

The Liability Of The Members Of Board Of Directors And
Managers In The Company Liited By Shares For The Infringement
Of Competition Law On The Basis Of Company Law
Burçak TATLI

ELEKTRONİK ÜRÜNLER İÇİN YAPILAN İNTERNET 2729-2759
SATIŞLARINDA CAYMA HAKKININ KULLANILMASI VE
MUTAT KULLANIM KAVRAMI

Right Of Withdrawal On Internet Sales For Electronic Products
And The Use Of Product
Ayşen ÇİLENTİ KONURALP

HİZMET ALAN AÇISINDAN EMNİYET 2761-2804
UYGULAMALARINDA BİRBİRİNE YAKLAŞTIRILAN
HAVACILIK VE SAĞLIK SEKTÖRÜNÜN HİZMET
SUNANLARIN YORGUNLUK RİSK YÖNETİMİ MEVZUATI
BAĞLAMINDA KARŞILAŞTIRMASI

A Comparison of the Fatigue Risk Management Regulations
About Service Providers' of Aviation and Health Sectors Which
Have Nighness in Terms of Safety of Service Receivers
Ertunç MEGA - Özlem YENERER ÇAKMUT

BAVYERA EYALETİ YÜKSEK MAHKEMESİ VE FEDERAL 2805-2820
ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN "HIRSIZLIK:
MARKETİN ATIK BESİN MADDELERİNİ ÇALMAK"
KONULU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Analyse Der Urteile Des Bayoblg Und Bverfg Zum Thema
Diebstahl: Containern
Can Eralp ELİBOL - Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK

- ROMA HUKUKUNDA ŞANTAJ** 2821-2859
Blackmailing in Roman Law
Buse AKSARAY ERKMAN
- COVID-19'A KARŞI AŞILAMADA ULUSLARARASI İŞ BİRLİĞİ: DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ VE COVAX** 2861-2880
International Cooperation on Vaccination Against Covid-19: World Health Organization And COVAX
Nergiz EMİR
- VİSEGRAD GRUBU AB KURUMLARINA KARŞI: GÖÇ KRİZİNDE ABAD KARARLARI** 2881-2931
The Visegrad Group Against Eu Institutions: CJEU Decisions During The Migration Crisis
Sevgi ÇİLİNGİR
- TIBBİ UYGULAMA KAYNAKLI TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN SİGORTA ŞİRKETLERİNE ETKİSİ** 2933-2973
The Impact of Litigation Condition of Mediation On Insurance Companies in Consumer Disputes From Medical Practices
Sevda Yaşar COŞKUN -Munise Seray GÖNCÜ DÖNER
- ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI ARASINDA HİYERARŞİ VAR MIDIR?** 2975-3004
Is There A Hierarchy Among The Sources Of International Law?
Merve KÜÇÜK
- KAMU KURUMUNUN İŞÇİLİK ALACAKLARI NEDENİYLE ALT İŞVERENE VEYA YÜKLENİCİYE RÜCU HAKKININ KAPSAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ** 3005-3040
Scope And Evaluation Of The Right Of Resource To Sub-Employer Or Contractor Due To Labour Claims Of Public Institution
Hasan KAYIRGAN

NICOS POULANTZAS'IN DEVLET KURAMININ ANA HATLARI	3041-3077
Outlines Of Nicos Poulantzas's Theory Of State Ulaş KARADAĞ	
6502 SAYILI KANUN KAPSAMINDA TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI	3079-3120
The Rights And Obligations Of The Parties In Consumer Credit Agreements Under Law No 6502 Esra GÜLTEKİN	
GENEL HACİZ YOLUYLA TAKİPTE ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN GERİ ALINMASI	3121-3164
Withdrawal of Objection in General Debt Enforcement Process Barçın ÖZKAN KIDIL	
HİZMET SÖZLEŞMESİ SONRASI REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN DAVALARDA GÖREVLİ MAHKEME VE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK (TTK M. 4/1-C, 5/1, 5/A; İŞMK M. 3, 5/1-A BAKIMINDAN BİR İNCELEME)	3165-3209
Court Of Material Jurisdiction and Mediation As Case Condition In Cases Arising From Prohibition Of Competition Agreements After Employment Contract (A Review Regarding Art. 4/1-C, 5/1, 5/A Tcc; Art. 3, 5/1-A Llc) Esra KAŞAK	
CUMHURBAŞKANI KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ	3211-3256
Judicial Review of the President's Executive Orders Yücel ÖZDEMİR	
6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA ECZACILARIN YARDIMCI KİŞİLERİN EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUKLARI	3257-3298
Legal Liability Of The Pharmacists For Acts Of Assistant Persons In Accordance With The Turkish Code Of Obligations No 6098 Mehmet DOĞAR	

THE IMPACT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS OVER LOCAL NORMS: THE CASE OF TURKEY 3299-3323

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yerel Normlar Üzerine Etkisi: Türkiye Örneği
Murat POYRAZ

3D PRINTING, ARTIFICIALLY INTELLIGENT ROBOTS AND SOFTWARE INVENTIONS, IS TECHNOLOGY SHAKING THE REIGN OF IP LAW? 3325-3348

3D Baskı, Yapay Zekalı Robotlar Ve Yazılım İcatları, Teknoloji Fikri Mülkiyet Hukukunun Saltanatını Sarsıyor Mu?
Muhammet Emin ÇELİK

YAZILI YARGILAMA USULÜNDE DELİLLERİN SUNULMASI İÇİN TARAFLARA SÜRE VERİLMESİNE DAİR HMK M. 139/1- HÜKMÜNÜN BASİT YARGILAMA USULÜNDE UYGULANIP UYGULANAMAYACAğI 3349-3381

Whether The Provision Of CCP Article 139/1- On Giving A Period To Parties For Submission Of Evidence In The Written Trial Procedure Is Applicable On Simple Trial Procedure
Leyla AKYOL ASLAN

SHARENTING VE VELAYET HAKKININ SINIRLARI 3383-3417

Sharenting and Limits of Custody
Ayça ZORLUOğLU YILMAZ

Araştırma Makaleleri
Research Articles



ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN VE YÖNETİCİLERİN REKABET İHLALLERİNDEN DOLAYI ŞİRKETLER HUKUKU TEMELİNDE HUKUKİ SORUMLULUKLARI

Dr. Öğr. Üyesi Burçak TATLI*

Öz

4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını engellemek ve rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bu amacı sağlamak maksadıyla Kanunun 4. ve 6. maddelerinde yasaklı davranışlar belirtilmiş; Kanuna aykırılıklar halinde doğabilecek idari ve hukuki yaptırımlar düzenlenmiştir. Rekabet soruşturmalarına konu olan teşebbüsler dikkate alındığında, anonim şirket niteliğine sahip teşebbüslerin mevcut olduğunu görmek mümkündür. Bu husus, rekabet ihlallerinden kaynaklı şirket nezdinde doğan zararın, şirketler hukuku temelinde kimin sorumluluğunda olacağı sorusunu akla getirmektedir. 6102 s. Türk Ticaret Kanunu'nun 549 ila 561. maddeleri, anonim şirketlerde hukuki sorumluluğu düzenlemektedir. Bu bağlamda, rekabet ihlalleri sonucunda, anonim şirket tarafından ödenen idari para cezası ve tazminat bedelleri neticesinde bir zarar doğarsa, TTK m. 553 gereğince, yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerinin sorumluluğuna gitmek söz konusu olabilecektir.

* Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Private Law, Ankara, Turkey.

✉ burcak.tatli@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0002-4531-0147

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TATLI Burçak, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Rekabet İhlallerinden Dolayı Şirketler Hukuku Temelinde Hukuki Sorumlulukları", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2679-2727.

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

Anahtar Kelimeler

Anonim şirketler • Hukuki Sorumluluk • 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun • Rekabet ihlalleri • Yönetim kurulu üyeleri

THE LIABILITY OF THE MEMBERS OF BOARD OF DIRECTORS AND MANAGERS IN THE COMPANY LIMITED BY SHARES FOR THE INFRINGEMENT OF COMPETITION LAW ON THE BASIS OF COMPANY LAW

Abstract

The purpose of the Act No. 4054 on the Protection of Competition is to prevent agreements, decisions and practices that prevent, distort or restrict competition in the markets of goods and services and to prevent the undertakings that dominate the market from abusing their dominance and to ensure the protection of competition. In order to achieve this aim, prohibited behaviours are specified in Art. 4 and 6 of the Act; administrative and legal sanctions that may arise in case of violations of the Act have been regulated. Considering the undertakings subject to competition investigations, it is possible to see that some of the undertakings are actually companies limited by shares. This issue brings to mind the question of who will be liable on the basis of company law for the damage to the company arising from antitrust violations. Articles 549 to 561 of the Turkish Commercial Code No. 6102 regulate the legal liability in companies limited by shares. In this context, due to the damages incurred as a result of the administrative fines and compensations paid by the companies for the violations of competition law, it may be possible to go the responsibility of the members of the board of directors and / or managers on the basis of Art. 553 of TCC.

Key Words

Company by limited shares • Liability • The Act No. 4054 on the Protection of Competition • Infringement of competition law • The members of the board of directors and managers

GİRİŞ

Anonim şirketlerde hukuki sorumluluğa ilişkin hükümler 6102 s. TTK'nın 549 ila 561. maddeleri arasında yer almaktadır¹. Kanun koyucu,

¹ 6762 s. TTK'dan farklı olmak üzere 6102 s. TTK, hukuki sorumluluk hükümlerini anonim şirketlere ilişkin hükümlerin sonunda On Birinci Bölüm altında toplu olarak düzenlemektedir.

İlgili hükümlerde öncelikle, belge ve beyanların kanuna aykırı olması, sermaye hakkında yanlış beyanların paylaşılması gibi özel sorumluluk hallerini düzenledikten sonra, m. 553'te genel sorumluluk halini kaleme almıştır. İlgili hükme göre, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri hallerde hukuki sorumlulukları doğabilecektir. Yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin özen yükümlülükleri, ticari faaliyet gösterirken rekabet kurallarına uyma, uygun davranma ödevlerini de kapsamaktadır². Bu bağlamda, bu ödevi yerine getirmeyerek, rekabet hukukuna aykırı davranış sergileyen yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin şirketler hukuku kapsamında sorumlulukları, dikkate alınması gereken bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

Rekabet kurallarına aykırı davranışlar nedeniyle, Rekabet Kurumu tarafından başlatılan soruşturmalar sonucunda, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un (RKHK) 16. ve 57. maddeleri temelinde, idari para cezasına ve - özel hukuk mahkemelerince - tazminata karar verilebilir. Bu ödemeler neticesinde şirket malvarlığında ortaya çıkan zararın, sorumluluk hukuku kapsamında ele alınması kaçınılmaz olacaktır. Bu temelde, bu çalışmada, öncelikle rekabet ihlalleri neticesinde uygulanabilecek idari ve hukuki yaptırımlar incelenecek, sonrasında rekabet ihlalleri ile şirketler hukuku arasındaki ilişki değerlendirilecektir. Son olarak, rekabet ihlalleri neticesinde doğabilecek şirket malvarlığına ilişkin zararlar, sorumluluk hukuku kapsamında ele alınacaktır.

I. REKABET HUKUKUNDA İDARİ VE HUKUKİ YAPTIRIMLAR

RKHK'nın amacı, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bu amacı sağlamak maksadıyla, RKHK'nın

² YAŞAR, T. Nimet / SONGUR, Damla, "Anonim Şirketlerde Rekabet Hukuku Uyum (Compliance) Programının Oluşturulması ve İşlevleri – 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle Birlikte", BATİDER, C. 36, S. 4, 2020, s. 91-94.

4. ve 6. maddelerinde yasaklı davranışlar³; 16. maddesinde ise yasak olan davranışlara karşı Rekabet Kurumu tarafından uygulanabilecek idari para cezaları düzenlenmiştir. Rekabet ihlalleri neticesinde, teşebbüslerin karşılaşacağı yaptırımlar idari para cezaları ile sınırlı değildir. RKHK hükümlerine göre, rekabet ihlaline sebep olan kimseler, bundan zarar görenlerin her türlü zararını tazmine mecburdur (RKHK m. 57). Bahsi geçen yaptırımlar aşağıda ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

A. İDARİ PARA CEZASI

RKHK'nın 4 ve 6. maddelerine aykırı davranan teşebbüsler hakkında, idari para cezası uygulanması söz konusu olabilir. Kanunun 16. maddesine göre, idari para cezasının miktarı, teşebbüslerin nihai karardan bir önceki mali yılsonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa, nihai karar tarihine en yakın mali yılsonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar⁴ belirlenebilir⁵. İdari para cezalarının tutarları, Rekabeti Sınırlayıcı Anlaşma, Uyumlu Eylem ve Kararlar ile Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Halinde Verilecek Para Cezalarına İlişkin Yönetmelik (Ceza Yönetmeliği) ve Pışmanlık Yönetmeliği olarak bilinen Kartellerin Ortaya Çıkarılması Amacıyla Aktif İşbirliği Yapılmasına Dair Yönetmelik dikkate alınarak belirlenecektir⁶. Kanunun ve Yönetmeliğin

³ RKHK m. 4 rekabeti sınırlayıcı, anlaşma ve uyumlu eylemi, m.6 ise hâkim durumun kötüye kullanılmasını düzenlemektedir.

⁴ Rekabet Kurulu kararlarına bakıldığında oranın yüzde beşin altında uygulandığını görmek mümkündür. Bkz. PINAR, Hamdi, "Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu", BATİDER C. XXV, s. 4, 2009, s. 373; ARI, Haluk / AYGÜN, Esin, "Rekabet Kurulu'nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri", Rekabet Dergisi, C. 10, S. 4, 2009, s. 11, 12.

⁵ Rekabet Kurumu tarafından 2019'da yayınlanan Faaliyet Raporuna göre, Kurum tarafından esastan verilen toplam idari para cezası tutarı 237.674.115-Türk Lirasıdır. 2015-2019 yılları arasında yöneticiler aleyhine idari para cezası kararı verilmemiştir. Ancak, 1999-2019 tarihleri arasında RKHK m. 16/4 gereği yöneticilere verilen toplam idari para cezası 55.945-Türk Lirasıdır. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/faaliyet-raporlari/2019-yillik-rapor-20200306140804136-pdf> (E.T. 22.03.2021).

⁶ İdari para cezalarının amacı, hesaplanması ve ilgili Yönetmeliklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ARI / AYGÜN, s. 73-116.

sistematığına göre, öncelikle bir temel ceza belirlenecek⁷, bu temel ceza üzerinden ağırlatıcı⁸ ve hafifletici unsurlar⁹ göz önünde bulundurularak nihai para cezası hesaplanacaktır.

Rekabet ihlalleri neticesinde idari para cezasına konu olabilecek tek varlık teşebbüsler değildir. Rekabet ihlalinde belirleyici etkisi olan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına, teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine¹⁰ kadar idarî para cezası verilebilir (RKHK m. 16/4)¹¹. Yönetici veya çalışanlar için idari para cezasının uygulanması, söz konusu teşebbüs hakkında idari para cezasına karar verilmiş olmasına bağlıdır¹². Ayrıca, ceza yönetmeliğinin 8. maddesinde, yönetici ve çalışanlara, kartellerde belirleyici etkisi bulunmaları halinde, idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. RKHK'da rekabet ihlalleri sınırlandırılmaksızın yönetici ve çalışanlara idari para cezası uygulanabileceği düzenlenirken, yönetmelikte yöneticilerin sorumluluklarına ilişkin olarak daralmaya gidilmesi eleştirilebilir. Bununla birlikte, rekabet ihlalleri hallerinde sıklıkla yöneticiler hakkında idari para cezasına karar vermek, yöneticilerin sahip olması gereken rekabetçi davranışları ortadan kaldıracabileceğinden, yöneticilere yönelik idari para cezalarının kartellerle sınırlandırılmasının yerinde olduğu ileri sürülmektedir¹³.

Pişmanlık Yönetmeliği ise, kartellerin ortaya çıkarılabilmesi için, rekabet otoritesiyle işbirliği içinde olan yöneticilerin yaptırımlarında indirim uygulanmasını veya yaptırım uygulanmamasını sağlamaktadır¹⁴. Pişmanlık Yönetmeliği kapsamında bahsi geçen indirimler pek tabi

⁷ Ceza Yönetmeliğinin madde 5.

⁸ Ceza Yönetmeliği madde 6.

⁹ Ceza Yönetmeliği madde 7.

¹⁰ Ceza Yönetmeliğinin madde 8.

¹¹ Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'de rekabet ihlallerinde etkisi veya rolü olan gerçek kişilerin bir takım yaptırımlara maruz kaldığını görmek mümkündür. Bkz. JONES, Alison / SUFRIN, Brenda, EC Competition Law, Oxford University Press, New York, 2008, s. 1285.

¹² ARI / AYGÜN, s. 58.

¹³ ARI / AYGÜN, s. 59, 60.

¹⁴ Pişmanlık Yönetmeliğinin 7. maddesine göre, Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden önce, karteğe taraf olan teşebbüs yöneticileri, Yönetmeliğin 9. madde-

idari para cezaları açısından uygulanmaktadır. Dolayısıyla, rekabet ihlallerinden kaynaklı RKHK hükümleri dâhilinde açılacak tazminat davalarında, pişmanlık indirilmeleri, hükmolunacak tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olmayacaktır¹⁵.

B. ÖZEL HUKUK TEMELLİ YAPTIRIMLAR

Etkin bir rekabet politikasının oluşturulabilmesi için, rekabet ihlalleri karşısında, kamusal yaptırımların yanı sıra, özel hukuk yaptırımlarının da uygulanması gerekir¹⁶. İdari yaptırımların uygulanmasında elde edilmek istenen, haksız kazancın iadesi, cezalandırılma ve caydırma gibi etkiler, özel hukuk kaynaklı yaptırımlar ile desteklenmelidir¹⁷. Bu amaçla, RKHK'nın 56 ve devam eden maddeleri, rekabet ihlalleri neticesinde uygulanabilecek özel hukuk temelli yaptırımları düzenlemektedir¹⁸. Buna göre, Kanununun 4. maddesi kapsamında, rekabet ihlali doğuran her türlü anlaşma ve teşebbüs birliği kararı geçersizdir (RKHK m. 56). Ayrıca, Kanuna aykırı olan eylem, karar, sözleşme veya anlaşma ile rekabeti

sinde belirlenen bilgi ve belgeleri ilk sunan yönetici olmaları halinde para cezasına maruz kalmayacaklardır. Benzer şekilde Yönetmeliğin 8. maddesine göre, Kurulun ön araştırma yapmaya karar vermesinden soruşturma raporunun tebliğine kadar, kartele taraf olan teşebbüs yöneticileri, Yönetmeliğin 9. maddesinde belirlenen bilgi ve belgeleri sunmaları halinde, para cezası indirimlerinden yararlanacaklardır.

¹⁵ PINAR, s. 375.

¹⁶ Commission of the European Communities, Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html> (E.T. 25.03.2021).

¹⁷ DUNNE, Niamh, "Role of Private Enforcement with EU Competition Law", The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 16, 2013-2014, s. 149-150; DEMİRCİ, Metin, Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, <http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11655/7833/10256991.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T. 22.03.2021), s. 33.

¹⁸ Rekabet ihlali sebeplerinin sorumluluğu haksız fiil sorumluluğudur. Öğretide bu yönde görüş birliği olduğu söylenebilir. Bkz. KORKUTAY, Ayhan, "AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından 'De Lege Ferenda' Düşünceler", Rekabet Dergisi 2009, 10 (1), s. 121,122; GÜVEN, Pınar, Rekabet Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 749; ŞANLI, Kerem Cem, "Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I, Rekabet Kurumu Yayınları No. 0137, 2003, s. 224.

engelleyen, bozan ya da kısıtlayan yahut belirli bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu kötüye kullanan kişiler, bundan zarar görenlerin her türlü zararını¹⁹ tazmine mecburdur. Zararın oluşması birden fazla kişinin davranışları sonucu ortaya çıkmış ise bunlar zarardan müteselsilen sorumlu olur (RKHK m. 57).

Kanununun 58. maddesi tazminat bedelinin nasıl hesaplanması gerektiğini de düzenlemektedir. Maddeye göre, rekabetin engellenmesi, bozulması veya kısıtlanması sonucu bundan zarar görenler, ödedikleri bedelle, rekabet sınırlanmasaydı ödemekte olacakları bedel arasındaki farkı zarar olarak talep edebilirler. Ayrıca, rekabetin sınırlanmasından etkilenen rakip teşebbüsler, bütün zararlarının tazminini rekabeti sınırlayan teşebbüs ya da teşebbüslerden talep edebilir. Zararın belirlenmesinde, zarar gören teşebbüslerin elde etmeyi umdukları bütün kârlar, geçmiş yıllara ait bilançolar da dikkate alınarak²⁰ hesaplanır (RKHK m. 58/2). Daha açık bir ifadeyle, rekabet ihlallerinden doğabilecek maddi zararlar²¹ fiili zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır²². Rekabetin

¹⁹ Manevi zararın, RKHK hükümleri kapsamında talep edilip edilemeyeceğine ilişkin görüş farklılıkları bulunmaktadır. Manevi zarar kapsam içindedir diyen görüş için bkz. ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, 4. Bası, Ekin Yayınları, Ankara, 2007, s. 788; GÜVEN, s. 756; AKSOY, s. 57; DEMİRCİ, s. 55. Aksi görüş için bkz. ŞANLI, (Haksız Fiil), s. 222, 223; KESİCİ, Buğra, Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki Levha Yayınlar, İstanbul, 2017, s. 187.

²⁰ Yargıtay 11. HD., 18.01.2021 t., E. 2020/696, K. 2021/90 (LegalBank, E.T. 31.03.2021).

²¹ Rekabet ihlalleri neticesinde doğacak zararların sınıflandırılması için bkz. KESİCİ, s. 170-186.

²² Rekabet ihlalleri yansıma zararların doğmasına neden olabilir. Yansıma zarar, rekabet ihlalden doğrudan etkilenenlerin, bu etkiyi diğerlerine yansıtması halinde ortaya çıkar. Örneğin, bir fiyat karteline muhatap olan teşebbüsün, uğradığı zararı ticari ilişki içinde olduğu müşterisine, bankasına yansıtması neticesinde yansıma zararlardan bahsedilebilir. İhlalden doğan zararların sınıflandırılması, zararların tazmin edilmesini isteyen davacı tarafların belirlenmesinde önem arz etmektedir. Davacılar şunlar olabilir: Doğrudan alıcılar (direct purchasers), malı rekabet ihlalini gerçekleştirenlerden alanlardan alanlar (indirect purchasers), malı satın alamadıkları için zarara uğrayanlar (deadweight loss customers) ve ikame ürünü ihlali gerçekleştirenlerden satın alıp fiyat artışlarından dolayı zarara uğrayanlardır (umbrella customers). Ancak, rekabet ihlalden doğan hangi türlü zararların tazminat davası kapsamında olduğu öğretide ve yargı kararlarında tartışmalıdır. Ağırlıklı olarak tartışmalar, tazminat davası açan doğrudan alıcılara karşı yöneltilen 'zararın yansıtılması savunması (passing-on defence)' ve dolaylı alıcıların tazminat hakkı üzerinde yoğunlaşmak-

sınırlanması nedeniyle ödenen bedel ile böyle bir sınırlama olmasaydı ödenecek olan bedel arasındaki fark, zarar olarak talep edilebilir. Bu fark neticesinde elde edilen bedel, fiili zararın tespitinde belirleyici olacaktır²³. Yoksun kalınan kâr ise hayatın olağan akışı içinde malvarlığında meydana gelmesi öngörülen artışın, rekabet kısıtlamaları nedeniyle ortaya çıkmamasından dolayı doğan zarardır²⁴. 58. maddede ifade edildiği gibi, rekabet ihlali gerçekleştiren teşebbüslerin rakipleri, elde etmeyi umdukları bütün kârları zarar olarak belirleyip, bu zararın tazminini talep edebilirler²⁵. Söz konusu zarar, geçmiş yıllara ait bilançolar ve diğer deliller dikkate alınarak hesaplanabilir. Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan kârların üç katı oranında tazminata hükmedebilir (RKHK m. 58/2). Üç kat tazminat özellikle kasten veya ağır ihmal yoluyla rekabet ihlalinde bulunma ihtimali bulunan teşebbüsleri caydırma, zarar gören teşebbüsleri ise tazminat davası açmaları için cesaretlendirme amacına sahiptir²⁶.

RKHK hükümleri, tazminat taleplerinin kimler tarafından ileri sürülebileceğini açıkça düzenlememektedir²⁷. Yukarıda yapılan açıklama-

tadır. Avrupa Birliği bünyesinde yer alan son düzenlemeler için bkz. Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014; Communication from the Commission Guidelines for national courts on how to estimate the share of overcharge which was passed on the indirect purchaser.

²³ KESİCİ, s. 173.

²⁴ OĞUZMAN / ÖZ, s. 41-43; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 298.

²⁵ AKSOY, s. 56; ŞAHİN, Murat, Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 247.

²⁶ TOPÇUOĞLU, Metin, "Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_3.pdf (E.T. 27.05.2021), s. 8

²⁷ Şemsiye etkisi nedeniyle zarara uğrayanların zararlarının Rekabet Hukuku kapsamında tazmin edilip edilmeyeceğine ilişkin tartışmalarla ilgili olarak bkz. ŞAHİN, Eda, "Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Taleplerinin Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Kone Kararının Yansımaları", Rekabet Dergisi, C. 15, S. 2, 2014, s. 93-96. Ayrıca bkz. ŞANLI, (Haksız Fiil) s. 222-226; KORKUTAY, s. 104-107; TOPÇUOĞLU, s. 24-32.

lar dikkate alınarak, tazminat davalarında davacı sıfatına, rekabet ihlallerinden doğrudan zarar gören rakip teşebbüsler, rakip teşebbüslerin dağıtıcı ve alıcıları, tüketiciler ve diğer müşteriler²⁸ sahip olacaktır²⁹. Davalı sıfatı ise, RKHK'nın 4. maddesine aykırı olan anlaşma ve uyumlu eylemin tarafı olan ve 6. maddesine aykırı olarak hâkim durumunu kötüye kullanan teşebbüslere ait olacaktır³⁰.

Rekabet ihlallerinden doğan zararların tazmin edilmesine ilişkin açılacak hukuk davalarında, mahkemeler ile Rekabet Kurumu arasındaki ilişkiye ilişkin olarak herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Bu doğrultuda, mahkemelerin, tazminat kararlarını, teşebbüsler lehine verilmiş olan Kurul kararlarına dayandırmalarının söz konusu olmaması gerektiği ileri sürülebilir³¹. Ancak, Yargıtay'a göre, mahkemelerce tazminat kararına hükmedilebilmesi için, ihlalin Kurul tarafından tespit edilmesi gerekmektedir³². Yargıtay, başka bir kararında, tazminat kararının verilebilmesi için Kurul kararının beklenmesi gerektiğini belirtmiştir³³. Yargıtay kararları göz önüne alınarak, rekabet ihlalleri bağlamında tazminat davası açılması için, bu yönde verilmiş bir Kurul kararı olması gerektiği söylenebilir.

²⁸ GÜRZUMAR, Osman Berat, "Özel Hukuk Açısından 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Bankacılık Enstitüsü, Ankara, 2006, s. 143-148.

²⁹ AKSOY, s. 56; ŞAHİN, Murat, s. 247-255.

³⁰ ŞAHİN, Murat, s. 255.

³¹ TOPÇUOĞLU, s.49.

³² Yargıtay 19. HD., t. 6.11.2006, E. 2006/2809, K.2006/10346: "Bu durumda mahkemeye, Rekabet Kurulu kararının kesinleşip kesinleşmediği ve davaya etkisi gözetilerek bir karar verilmesi için hükmün bozulması gerekmiştir." (LegalBank, E.T. 06.04.2021)

³³ Yargıtay 19. HD, t. 01.11.1999, E. 1999/3350, K. 1999/6364: "Davada yer alan talebin açıklanan niteliği gözetilmediğinden tazminata karar verilebilmesi için öncelikle 4054 Sayılı Yasanın yetkili kıldığı "Rekabet Kurulu" tarafından hâkim durumu kötüye kullanılmış olduğunun saptanması gerekir. Mahkemeye bu yön gözetilerek, davacı tarafın anılan yasa kapsamında Rekabet Kurumuna başvuruda bulunup bulunmadığının araştırılması, böyle bir müracaat yoksa, yapılacak başvurunun, ön mesele olarak sonucunun beklenmesi gerekirken bu husus düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmemiştir." (LegalBank, E.T. 06.04.2021)

II. REKABET İHLALLERİ İLE ŞİRKETLER HUKUKU ARASINDAKİ İLİŞKİ

RKHK, rekabet ihlallerinin teşebbüsler tarafından gerçekleştirileceğini düzenlemiş, teşebbüsleri ise geniş bir kapsamda tanımlamıştır. Kanunun tanım maddesine göre, 'piyasada mal ve hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimleri' teşebbüs olarak tanımlanır (RKHK m.3). Dolayısıyla, anonim şirketler, RKHK hükümlerine göre teşebbüs olarak tanımlanıp rekabet ihlalleri gerçekleştirebilirler³⁴. Böyle bir halde, teşebbüs sıfatına sahip anonim şirket hakkında hem idari para cezasının uygulanması hem de bu şirket aleyhine tazminat davası açılması söz konusu olacaktır³⁵. Anonim şirketlerde, RKHK'nun ihlal edilmesine sebep olan anlaşma, ticari uygulama veya davranışlar yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler tarafından gerçekleştirilebilir³⁶. Tam bu noktada, RKHK'nun ihlali ile şirketler hukuku arasındaki ilişki ortaya çıkmaktadır. Zira bu nevi bir ihlal karşısında, bahsi geçen kişilerin, şirketler hukuku kapsamında hukuki sorumluluklarına gitmek mümkündür. Yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin, şirket faaliyetlerini yürütürken, rekabet hukukundan doğan yükümlülüklerini dikkate almaları gerektiği gerçeğinin altı çizilmelidir³⁷. Rekabet ihlallerinden dolayı, şirketler hukuku açısından doğacak olan hukuki sorumluluğun temelini TTK m. 553/1 oluşturmaktadır. Bu bağlamda, RKHK hükümlerine uygun hareket etme, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sahip oldukları özen ve bağlılık yükümlülükleriyle ilişkilendirilebilir³⁸.

³⁴ Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan istatistiki bilgilerden sadece 2020 yılında aleyhine rekabet takibi yapılan teşebbüsler arasında anonim şirket tüzel kişiliğine sahip olanları tespit etmek mümkündür. Oran azımsanamayacak noktadadır. Bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/guncel-karar-istatistikleri/2020-yillik-20210115105059951-pdf> (E.T. 08.04.2021).

³⁵ ŞAHİN, Murat, s. 255; TOPÇUOĞLU, s. 44.

³⁶ PINAR, s. 375-377.

³⁷ YAŞAR / SONGUR, s. 96.

³⁸ PULAŞLI, Hasan, "Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu", BATİDER, C. XXXV, S. 2, 2019, s. 53-58.

III. ANONİM ŞİRKETLERDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN VE YÖNETİCİLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU – TTK m. 553

6102 s. TTK'ya göre, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, şartların oluşması halinde, şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı hukuki sorumluluk altına girebilir (TTK m. 553). Mezkûr kanun hükmü dikkate alındığında, bu sorumluluk, anonim şirketlerde yönetim kurulu gibi şirket içinde oluşturulan organlara hasredilmiş bir sorumluluk değildir³⁹. Başka bir deyişle, 553. madde, yönetim kurulunun toplu bir organ olarak sorumluluğunu düzenlemektedir. Aksine, sorumluluk, kişisel olarak kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal eden kişi veya kişilere yüklenmektedir. Kısaca, sorumluluk, yönetimde görevli kişilere aittir⁴⁰. Bu halde, hukuki sorumlulukları doğabilecek olan yönetim kurulu üyelerinden ve yöneticilerden ne anlaşılması gerektiği ortaya konmalıdır.

A. YÖNETİM KURULU ÜYELERİ

TTK'nın 359. maddesine göre, yönetim kurulu esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş gerçek veya tüzel kişilerden oluşmaktadır⁴¹. Tüzel kişi, yönetim kurulu toplantılarına kendisi

³⁹ ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR – VegüV, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 978.

⁴⁰ PULAŞLI, Hasan, 6102 S. Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Yayınevi, 2011, s. 1858; FORSTMOSER, Peter / MEIER-HAYOZ, Arthur / NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1996, § 36, N. 5.

⁴¹ Ayrıca, kooptasyon yöntemiyle yönetim kurulu tarafından üye seçilebileceği ve m. 334'e göre kamu tüzel kişilerinin yönetim kurumunda temsilci bulundurabilecekleri unutulmamalıdır. İkinci halde, kamu tüzel kişileri temsilcilerinin bu sıfatla işledikleri fiillerden ve yaptıkları işlemlerden dolayı şirkete, alacaklılara ve pay sahiplerine karşı sorumludur (m. 334/3). TTK 334. maddeye göre, yönetim kurulunda temsilci bulundurabilecek kamu tüzel kişilerinin mi yoksa temsilcilerinin mi üye sıfatını kazanacağına ilişkin tartışma için bkz. EMİNOĞLU, Cafer / ÇAKIR, Fatma Betül, "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 287-290.

tarafından belirlenen bir gerçek kişi sayesinde katılır ve oy kullanır⁴². Bu gerçek kişi, tüzel kişiyle birlikte ticaret siciline tescil ve ilan olunur, ayrıca tescil ve ilan şirketin internet sitesinde duyurulur⁴³. Gerçek kişi yönetim kurulu üyesinin ve üye olan tüzel kişi adına tescil edilen gerçek kişinin tam ehliyetli olması gerekir. Yönetim kurulu üyesi olunabilmesi için şirket ortağı olma zorunluluğu söz konusu değildir⁴⁴. Yönetim kurulu üyesi ister gerçek kişi olsun ister tüzel kişi olsun, 553. madde gereği, koşulların oluşması halinde, hukuki sorumluluğa muhatap olacak kişidir⁴⁵.

B. YÖNETİCİLER

Yöneticilerin genel hukuki sorumluluğunu düzenleyen 553. maddenin gerekçesinde ifade edildiği gibi, ilgili madde hükmünün mehası İsvBK m. 754'tür; fakat 553. madde, mehas İsvBK m. 754'ten farklı özellikler barındırmaktadır. Mehas kanun hükmünde 'yöneticiler' daha kapsayıcı bir şekilde ifade edilmesine rağmen, TTK açıkça yöneticilerden kimlerin kastedildiğini belirtmemiş; 'yöneticiler' kelimesinin yorumlanması öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır⁴⁶. Öğretide, yöneticiler, anonim ortaklık adına karar alan, kararı uygulayabilen ve imza yetkisi bulunan, genel müdür, genel müdür yardımcısı, müdür, genel

⁴² DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife, "Anonim Ortaklık Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu (TTK m. 549-563)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi, Cilt 18, S. 2, 2012, s. 689; 6102 s. TTK 359. Madde gerekçesi.

⁴³ Yönetim kurulu üyesi olarak seçilen veya atanan gerçek kişinin de ticaret siciline tescil ve ilan ettirilmesi gerekir. Kurulda esas sözleşme ile belirlenen yönetim kurulu üyelerinin, üyelikten kaynaklanan hak ve sorumlulukları, şirketin ticaret siciline tescil ve ilanı ile doğacaktır. Burada hem tüzel kişiliğin hem de yönetim kurulu üyeliğinin kazanılması kurucu tescil sonucuyla gerçekleşecektir. Ancak kuruldan sonra seçilen yönetim kurulu üyeleri için tescil ve ilan kurucu değil, açıklayıcıdır. Başka bir deyişle, seçilen veya atanan gerçek veya tüzel kişi tescil ve ilan gerçekleşmeden dahi üye sıfatına ve buna bağlı olarak sorumluluğa mazhar olacaktır. Bkz. PULAŞLI, (Şerh) s. 1860; DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 689; BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, 2019, s. 238; AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, Şirketler Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2021, s. 233-235.

⁴⁴ BAHTİYAR, s. 238.

⁴⁵ BAHTİYAR, s. 237.

⁴⁶ TTK 553. Madde Gerekçesi.

koordinatör gibi sıfatları alan kimseler olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. Buna göre, sorumluluk hukuku açısından, yönetim kurulu üyeleri dışında, TTK gereğince yönetici sıfatına sahip olan kişilerin belirlenmesi gerekir⁴⁸.

a. Yönetimin Devri – TTK m. 367

TTK'nın 367. maddesine göre, yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. O halde, yönetimin, yönetim kurulu üyelerinden bir veya bir kaçına ya da üçüncü kişilere delege edilebilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması, ayrıca bir örgüt yönetmeliğinin oluşturulması gerekmektedir. Bu yönetmelik salt, üretim öncesini, üretimi, pazarlamayı, muhasebenin yapısını, işleyişini, görev tanımlarıyla şemasını içermez; ayrıca, karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticari ve hukuki açıdan yönetimine ilişkin esasları da kapsar⁴⁹. Böylece yöneticilerin⁵⁰ yetki alanlarının açıkça belirlenmesi sağlanmış olur⁵¹.

⁴⁷ Tekinalp'e göre, 'Yönetici terimi, AO adına karar alıp onu icra ettiren bu suretle ortaklık adına işletme konusunun gerçekleştirilmesi için kendilerine bırakılan görevleri yapmak yetkisini haiz bulunan genel müdürü, genel müdür yardımcılarını, TK m. 375(1)/a anlamında üst düzey yönetimine dâhil müdürleri, CEO, icra komitesi veya benzeri yetkileri haiz komite üyelerini genel koordinatör gibi sıfatları taşıyan kimseleri ve benzer yetkilileri ifade eder'. Bkz. TEKİNALP, (Sermaye Ortaklıkları), s. 431. Ayrıca bkz. DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 689; PULAŞLI, (Şerh), s. 1864; BAHTİYAR, s. 392; TEKİNALP, Ünal, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 271.

⁴⁸ Bu sınıflandırma, sorumluluk hukuku açısından, 553. maddeye göre sorumlu tutulacak kişilerle, sorumlu tutulmayacak şirket çalışanlarını birbirinden ayırmaktadır. Bu bağlamda, temsil hukuku ile sorumluluk hukuku birbirinden ayrılır; ancak bu ikisinin kimi zaman örtüşebileceği unutulmamalıdır. Bkz. KAŞAK, Esra, Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 46,47.

⁴⁹ TEKİNALP, s. 135.

⁵⁰ TTK'nın 367. maddesi gereği, yönetim yetkisi, yönetim kurulu üyelerinin bir ya da birkaçına bırakılabilir. Bu halde, yönetim yetkisine sahip olan üyelere murahhas üye veya icracı üye (executive) adı verilmektedir. Bu yetkiye sahip olmayan üyeler ise icracı olmayan üye (non-executive) olarak isimlendirilir. Bkz. DOĞAN, s. 224, 229; KAYA, Mustafa İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim

TTK m. 367/1 gereği, yönetim yetkisini kısmen veya tamamen devralan kişiler, 553. madde anlamında yönetici sıfatına sahip olacaktır⁵². Bu kişiler, sadece yetkili kılındıkları alanla ilgili olarak yönetim görevine sahip olurlar. Kısmi yetki devri söz konusu ise, devredilmeyen konulara ilişkin yönetim, ayrıca devri mümkün olmayan görev ve yetkiler, diğer yönetim kurulu üyelerine ait olacaktır. Kısmi ya da tam yetki devri söz konusu değilse, yönetim, yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olur (TTK m. 367).

Yönetim devrinin kapsamı, 375. maddede sayılan devredilmez görev ve yetkilerle sınırlıdır. Başka bir deyişle, yönetim kurulu tarafından üstlenilmesi zorunlu olan görev ve yetkiler, m. 367/1 temelinde üye veya üçüncü kişilere devredilemeyecektir⁵³. 375. maddede sayılan görev ve yetkilere 'yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi' yükümlülüğü de dâhildir. Buna göre, Kanunun 375. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde sayılan üst gözetim yükümlülüğü devredilemez. Bu hükmün önemi, 553. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları dikkate alındığında, hukuki sorumluluğun kim veya kimler tarafından üstlenileceğinin tespitinde önem kazanmaktadır. Bu konu aşağıda ayrıntılı bir şekilde tartışılacaktır.

b. Fiili organ

553. madde 'yöneticileri' sorumlular kapsamına alırken, maddenin mehazı olan İsvBK m. 754'te, yönetim kurulu üyeleri ve 'şirket yöneti-

Görevi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekantez'e Armağan, C. 16, 2014, s. 3271.

⁵¹ TTK 367. Madde Gerekeçesi.

⁵² Tekinalp, yönetimin devrinin hukuki niteliğini şu ifadelerle belirlemiştir: Devir, 'yetkili organın, münhasıran kendisine (ait görev ve yetkileri), kısmen veya tamamen kendisine bırakması, bu kişinin de kendisine bırakılan görev ve yetkiler için onun yerine kaim olması, onlaşması/o olması, bırakanın ise o görev ve yetkiler bakımından görevsizleşmesi/yetkisizleşmesi ve sorumsuzlaşması demektir.' Bkz. TEKİNALP, s. 137.

⁵³ FORSTMOSER (Ed.), s. 34; BÖCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Schulthess Juristische Medien AG, 2009, § 18 – 130.

miyle uğraşan herkes' hukuki sorumluluk kapsamına dâhil edilmiştir⁵⁴. Ancak, TTK'nın ilgili madde gerekçesine göre, '*Geniş anlama sahip "uğraşan" sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, "fiili organ"lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuza aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre'deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut "yöneticiler" sözcüğünün yorumlanmasının öğretiyeye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuza egemen olabileceği düşünülmüştür*⁵⁵.' Bu bağlamda, kanun koyucu, fiili organ kavramının amacından daha geniş bir şekilde kullanılması ve sorumluluk hukukunun esnetilmesi tehlikesine karşı, yöneticiler kavramının kapsamının öğreti ve yargı kararlarıyla belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu yaklaşım, fiili organ niteliğine sahip olanların sorumluluk hukukundan bertaraf edileceği anlamına gelmemektedir. Aksine, İsviçre'de benimsenen anlayışa⁵⁶ sadık kalındığı sürece, fiili organlar da yönetici kavramına dâhil edilip sorumluluklarına gidilecektir⁵⁷.

⁵⁴ İsvBK m. 754 şu şekilde kaleme alınmıştır; 'The members of the board of directors and all persons engaged in the business management' / 'Die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen'. Ayrıca bkz. FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 37, N. 2.

⁵⁵ Fiili organ niteliğine sahip kimselerin sorumluluk hukuku açısından değerlendirilmesi, temsil hukuku açısından da önem arz etmektedir. TTK m. 371/5 gereği, anonim şirketi üçüncü kişilere karşı temsil etme kabiliyetine sahip olan kişiler, maddi organ anlamında yönetici/organ sıfatına sahip değillerdir. Ancak bu kimseler, yönetim organına ait nitelikteki işleri fiilen hayata geçirirlerse, fiili organ olarak tanımlanacak ve m. 553 kapsamında şahsi sorumlulukları doğabilecektir. Bu noktada, temsil hukuku ile sorumluluk hukuku paralellik gösterebilir. Bkz. KAŞAK, s. 61.

⁵⁶ KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Überarbeitete, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2009, s. 1678; ROBERTO / TRÜEB, 979; BÖCKLI, § 18 - 109b.

⁵⁷ GÖKTÜRK, Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 337; PULAŞLI, (Şerh), s. 1861; ŞENER, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, 4. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019, s. 419; DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 690; ÇAMURCU, Emin, Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi, On İki Levha Yayıncılık,

Öyleyse bu noktada önemli olan fiili organın ne olduğunun ve kimlerin fiili organ olarak belirlenebileceğinin tespit edilmesidir. Öğretilen yapıları tanımlara göre, fiili organ, usulüne uygun bir şekilde kendisine organ görevi delege edilmemesine rağmen, şirketin işletme fonksiyonlarını yerine getirecek şekilde organsal görev ve yetkileri kullanan veya bunların kullanılmasında etkili olan kişiler olarak belirlenebilir^{58,59}. Örneğin, hâkim pay sahibi⁶⁰ veya hâkim teşebbüs gerekli unsurlara⁶¹ sahip olmaları halinde fiili organ olarak belirlenebilir⁶².

Kişilerin fiili organ olarak belirlenmesi, doğrudan sorumluluk doğuran bir durum değildir. Yönetim organına özgü işlerin, yönetimin delegasyonu olmaksızın, fiili olarak hayata geçirilmesi⁶³, ancak 553. maddede belirtilen hususların ortaya çıkması halinde bahsi geçen kişiler açısından sorumluluk doğuracaktır⁶⁴.

Özetle, yönetim kurulu üyeleri, yönetim görevi kendisine devredilen üyeler ve/veya üçüncü kişiler ve ayrıca fiili organ niteliğine sahip

İstanbul, 2015, s.102; TEKİNALP, s. 109; ROBERTO / TRÜEB, s. 979; BÖCKLİ, § 18 - 109b; PULAŞLI (Hukuki Sorumluluk), s. 583.

⁵⁸ PULAŞLI, (Şerh), s. 1860; AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 240; KAŞAK, s. 60, 61.

⁵⁹ Fiili organın belirlenmesinde ortaya çıkan gerçek veya tüzel kişi tartışması, tüzel kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak seçilmesini düzenleyen hüküm neticesinde sona ermiştir. Tüzel kişilerin de fiili organ olarak tanımlanması söz konusudur. ROBERTO / TRÜEB, 979; BÖCKLİ, § 18 - 109b.

⁶⁰ HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2001, s. 10.

⁶¹ AKSOYAK, Mustafa, "Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği", Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 48-65; KAŞAK, s. 62-66.

⁶² BGE 107 II 353 ve354, BGE 117 III 571 ve 572, BGE 4C. 32/2006 kararlarına ilişkin olarak bkz. TEKİNALP, s. 109-112.

⁶³ Fiili organın sorumluluğu, maddi anlamda ortaya çıkan ve bunlara ilişkin alınan kararlarla sınırlıdır. PULAŞLI (Hukuki Sorumluluk), s. 583.

⁶⁴ Benzer durum inançlı yönetim kurulu üyesi için de geçerlidir. İnançlı yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun doğması için sorumluluk için aranan unsurların gerçekleşmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, menfaat sahibi ile inançlı üye arasında bulunan ilişki, inançlı yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun doğması için tek başına yeterli değildir. Bkz. KORKUT, Ömer, Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 171-177; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 28, N. 175.

kişiler 553. madde kapsamında sorumluluğa sahip olacak kişilerdir. Bu temelde sorumluluğun doğması için Kanunda sayılan unsurların hayat bulması gerekmektedir.

C. SORUMLULUĞUN UNSURLARI

6102 s. TTK m. 553/1'e göre, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludur. Madde dikkate alındığında, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin, m. 553/1 temelinde sorumluluklarının doğabilmesi için aranan unsurlar şunlardır:

- Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün varlığı ve bu yükümlülüğün ihlali,
- Kusur,
- Zarar.

a. Kanundan veya Esas Sözleşmeden Doğan Yükümlülük ve Yükümlülüğün İhlali

Yükümlülük, yönetim kurulunun kanun veya esas sözleşmede belirtilen hususlardaki yapma veya yapmama zorunluluğudur⁶⁵. Bu noktada, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin hukuki sorumluluklarının doğmasına neden olan yükümlülüklerin nereden kaynaklandığını tespit etmek gerekir. 553. maddede yer alan 'kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülükler' ifadesindeki 'kanunlar' sözcüğünün kapsamının netleştirilmesi icap etmektedir. Burada kanun koyucunun kastı salt TTK hükümlerinden doğan yükümlülükler midir, yoksa yürürlükte bulunan diğer kanunlar da buraya dâhil edilmeli midir?

Kimi yazarlara göre, 553. maddede yer alan kanun kavramı sadece Türk Ticaret Kanunu'na indirgenemez⁶⁶. Yönetim kurulu üyelerine veya yöneticilere yükümlülükler getiren rekabet hukukuna, çevre hukukuna, iş hukukuna, vergi hukukuna ilişkin düzenlemeler de 553. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak, burada esaslı nokta, bahsi geçen

⁶⁵ TEKİNALP, s. 271.

⁶⁶ HELVACI, s. 99-100; PINAR, s. 388; PULAŞLI (Compliance), s. 54.

düzenlemelerde yer alan yükümlülüklerin tamamının hukuki sorumluluk doğurmayacağı gerçeğidir. 553. maddenin amacı, ortaklığın, pay sahiplerinin, şirket alacaklılarının aleyhine doğan zararların ortadan kaldırılmasıdır. Maddenin amacından yola çıkılarak, ortaklığın, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının zararının doğmasına neden olacak şekilde, kanundan doğan yükümlülüklerin ihlali halinde, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumluluğunun doğması söz konusu olabilir. Bu bağlamda, RKHK hükümlerinin ihlal edilmesi durumunda, yönetim kurulu üyesi ve yöneticilerin şirketler hukuku temelinde hukuki sorumluluklarının doğması gerekir. Zira rekabet ihlalleri sonucunda, şirketin, iktisadi anlamda birtakım menfaatler elde etme ihtimali olsa bile, ihlaller neticesinde katlanılmak zorunda kalınan idari para cezası ve tazminat ortaklığın malvarlığında azalmaya sebep olabilir. Bu nedenle, RKHK hükümlerine aykırı karar alan yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin şirketler hukuku temelinde sorumluluklarına gidilebilir.

TTK'nın 553. maddesinde yer alan 'kanun' ifadesinden sadece TTK'nın anlaşılması gerektiği ifade edilirse, bu durumda kanundan doğan yükümlülüklerin neler olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. TTK m. 369'da düzenlenen özen ve bağlılık yükümlülüğü, 553. madde kapsamında ele alınabilecek en kapsamlı yükümlülüklerdendir⁶⁷. TTK m. 369'a göre, yönetim üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler⁶⁸, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirket menfaatlerini gözetmek yükümlülüğü altındadır.

Özen yükümlülüğü, 'tedbirli yönetici' ölçütüne dayanmaktadır. Başka bir deyişle, burada beklenen özen, tedarikli bir yöneticinin gös-

⁶⁷ TEKİNALP, s. 271; DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 690.

⁶⁸ 'Yönetimle görevli kişiler' (m. 369), 'yönetime yetkili olanlar' (m. 371/5), 'yöneticiler' (m. 553/1) kavramlarından bu çalışma temelinde yukarıda izah edildiği üzere yönetim görev ve yetkisi kendisine delege edilenler ile delegasyon olmasa dahi yönetme yetkisini fiili olarak kullananlar anlaşılmalıdır. İnançlı yönetim kurulu üyeleri, menfaatlerin korudukları gerçek veya tüzel kişileri vekâleten hareket etseler de, kanun veya esas sözleşmeden doğan yükümlülükler aykırı davranılması halinde inanca yönetim kurulu üyesi sorumlu olacaktır. Bkz. PULAŞLI, (Şerh), s. 1863; KORKUT, s. 171-177.

termesi gereken özen olarak düşünülmelidir. Peki, tedarikli bir yöneticiden beklenen veya tedarikli bir yöneticinin göstermesi gereken özen nedir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin her türlü uzmanlık bilgisine sahip olmaları⁶⁹ beklenmemektedir⁷⁰. Yönetim kurulu üyesinde veya yöneticide olması gereken nitelik, görevi yerine getirebilmek için yetkin olmak, ilgili bilgileri değerlendirebilmek, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilmek ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olmaktır⁷¹. Daha açık bir ifadeyle, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin, kendisine sunulan bilgileri değerlendirebilecek, uygulayabilecek, şirketi kontrolü altında tutabilecek, sektördeki gelişmeleri takip edebilecek, şirketi yönetebilecek yetenek, eğitim ve tecrübeye sahip olması beklenmektedir⁷². Bu beklenti subjektif ölçütlere göre değil; aksine objektif ölçütlere göre değerlendirilmelidir⁷³. Yani, tedbirli ve özenli bir yönetici aynı koşullar altında işin niteliği gereği nasıl bir özen göstermek zorunda ise yönetim kurulu üyesi veya yönetici de aynı özeni göstermek zorundadır⁷⁴. Kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermeyen ve şirketin menfaati doğrultusunda karar alamayan yönetim kurulu üyesi veya yöneticinin sorumluluğu doğacaktır.

Özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde kullanılan kriterlerden biri 'işadamı kararı (business judgement rule)'

⁶⁹ AYAN, Özge, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yönetimle Görevli Kişilerin Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-2, 2011, s. 70.

⁷⁰ TTK'nın 369. madde gerekçesinde, tedbirli yönetici ölçüsünün, işin gerektirdiği özeni içerdiği belirtilmiştir. Ayrıca, öğreti, özen yükümlülüğünün salt fiili olarak yöneticilik yaparken değil, aynı zamanda yöneticiliğin veya yönetim kurulu üyeliğinin kabulü esnasında da yer alması gerektiğini ifade etmiş; yöneticinin, kabul edilen iş için gerekli becerilere sahip olmadığını bilerek işi kabul etmesini, özen yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirmiştir. PULAŞLI, Hasan, "TTK Tasarısına göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu", BATİDER C. 25, S. 1, 2009, s. 36; AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu) s. 196-198.

⁷¹ TTK 369. Madde Gerekçesi.

⁷² AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 194; PULAŞLI, (Şerh), s. 1057.

⁷³ AYAN, (Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü), s. 70.

⁷⁴ AYAN, (Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü), s. 71; AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s.194-196.

kriteridir⁷⁵. Buna göre, yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler, kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak işadamı kararı verebilir. Bu karar neticesinde bir risk veya zarar doğarsa, yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin sorumluluğu ortaya çıkmamalıdır⁷⁶. Burada önemli olan, yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin, duruma uygun düşen araştırmaları yapıp, gerekirse uzman kişilerden görüş alıp, ekonomik gerekçelerle şirket menfaatine en uygun olan makul ve ticari takdir sınırları içinde kalan bir karar almış olmasıdır⁷⁷. Sonuç istenildiği şekilde gelişme bile tedbirli bir yöneticinin aldığı karar neticesinde sorumluluktan söz edilmeyecektir⁷⁸.

Yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin aldığı kararın, bilgi, deneyim, ekonomik göstergeler ve rasyonel bakış açısının yanında, iyi niyet ve dürüstlük temelli olarak alınması gerekmektedir⁷⁹. Kısaca, alınan kararın işadamı kararı kriterine uygun olarak değerlendirilmesi, özen yükümlülüğünün ihlal edilmediği sonucuna varılması ve yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin sorumluluğunun doğmaması için, (i) alınan karara yönelik yeterince bilgiye sahip olunması, gerekirse uzman kişilere danışılması, (ii) karar alınırken makul bir şekilde şirketin menfaatlerinin gözetilmesi, kararın etki altında kalmadan bağımsız bir şekilde alınması, (iii) kanuna aykırılık taşımaması⁸⁰, (iv) iyi niyetle ve dürüstlikle hareket edilmesi gerekmektedir⁸¹.

⁷⁵ GÖKTÜRK, Kürşat, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2011, s. 235; AYAN, (Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü), s. 72; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 36, N. 75.

⁷⁶ PULAŞLI, (Şerh), s. 1055; KIRCA, İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu", BATİDER, C. XXII, S. 3, 2004, s. 88, 89.

⁷⁷ GÖKTÜRK, (İşadamı Kararı), s. 209; ROBERTO / TRÜEB, s. 981.

⁷⁸ Kirca'ya göre, şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişki, vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirildiğinden, yönetim kurulu üyesi, üstlendiği görevi belirli bir özen ölçütüyle yerine getirmelidir; vekil istenilen sonuca ulaşma borcu altında değildir. Bkz. KIRCA, s. 89; GÖKTÜRK, (İşadamı Kararı), s. 238.

⁷⁹ AYAN, (Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü), s. 71.

⁸⁰ GÖKTÜRK, (İşadamı Kararı), s. 213.

⁸¹ FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 3, N. 11; BÖCKLİ, § 13 - 586; AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 82; AYAN, (Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü), s. 71.

Bu aşamada, şirketin menfaatinin gözetilmesi ve iyi niyetle hareket etme kavramları daha geniş bir şekilde tartışmaya açılabilir. Ticaret şirketlerinin temel hedefinin iktisadi menfaat elde etmek olduğu su götürmez bir gerçektir. Ancak, bu hedefe varmak için her yolun mubah olduğu sonucuna varmamak gerekir. Yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler pek tabii şirketin ve pay sahiplerinin kazanç elde etmeleri için gayret göstermelidir; fakat iktisadi menfaat elde etmek uğruna, kanunlara aykırı davranmak, özen yükümlülüğü ile örtüşmemektedir. Ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin, ticari faaliyetler ve hedefler dışında, sosyal sorumlulukları olduğu da göz ardı edilmemelidir⁸². Bu bağlamda, salt rekabete yönelik avantaj veya iktisadi menfaat sağlamak amacıyla, RKHK hükümlerine aykırılık doğuran bir anlaşma yapmak veya hâkim durumu sömürücü davranışlar sergilemek, işadamı kararı temelinde açıklanacak davranışlar değildir. Özen yükümlülüğü ile bağlı yönetim kurulu üyesi veya yöneticiler her anlamda, uzun ve kısa vadede şirketin geleceğini ve menfaatini gözetmekle ve buna uygun kararlar almakla yükümlüdür⁸³. Rekabet ihlaline sebep olacak davranışlar sergilemek özen yükümlülüğüne uygun davranmamak; başka bir deyişle, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.

b. Kusur

TTK'nın 553. maddesinin birinci fıkrasında yer alan 'kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde' ifadesinden, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin hukuki sorumluluklarının kusura dayalı sorumluluk olduğu anlaşılmaktadır⁸⁴. Kanun koyucu, hükümde kusuru kast veya ihmal olarak derecelendirmemiştir. Ancak, madde gerekçesinde, kast veya

⁸² FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 3, N. 11; BÖCKLİ, § 13 - 586; AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 82; AYAN, (Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü), s. 71.

⁸³ FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 3, N. 11; BÖCKLİ, § 13 - 586; AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 82; AYAN, (Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü), s. 71.

⁸⁴ AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 311; PULAŞLI, Hasan, "TTK Tasarısına göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu", BATİDER C. 25, S. 1, 2009, s. 33; ŞENER, s. 420.

ihmal neticesinde oluşan kusurlu davranıştan doğan zararın sorumluluk kapsamında olacağı görülmektedir⁸⁵.

Sorumluluk iddiası, kusurun varlığının ispatı külfetini gündeme getirmektedir. 6335 s. Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde, kusura ilişkin ispat külfetinin kime ait olacağı, öğretide tartışmaların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Yapılan bu değişiklikten önce, 553. madde nin lafzı ‘kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça’ ifadesine yer vermekteydi. Bu ifadeyle, davalı yöneticilerin kusurlarının bulunmadığını ispatlamaları gerektiği sonucuna kolaylıkla varılabiliyordu. Bu hal aynı zamanda, TBK’nın akdi sorumluluk hükümlerine de paralellik sağlamaktaydı⁸⁶. Ancak, 6335 s. Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, yukarıda bahsi geçen ifade Kanundan çıkarılmış ve yerine ‘kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde’ ifadesi getirilmiştir⁸⁷. Bu değişiklikle, 553. madde ile denetçinin sorumluluğunu düzenleyen 554. madde⁸⁸ arasında uyum sağlanmış olsa da, akdi sorumluluk hükümlerinden ziyade haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine⁸⁹ paralel bir sorumluluk sisteminin benimsenmiş olmasından dolayı tartışmaların artmasına neden olmuştur. Öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, anonim şir-

⁸⁵ TTK 553. Madde Gerekçesi; GÜNEY AKDAĞ, Necla, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2016, s.312; PULAŞLI, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2009, s. 573; PULAŞLI, (Özen Yükümlülüğü), s. 34.

⁸⁶ TBK m. 112: Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.

⁸⁷ 6102 s. Türk Ticaret Kanunu tasarısında, özen yükümlülüğünü düzenleyen 369. maddenin üçüncü fıkrası, ispat külfetini, özen yükümlülüğünün ihlal edildiğini iddia eden tarafa yüklemektedir. Fıkra şöyle idi; ‘Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerin yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir’. Bu fıkra, Adalet Komisyonu tarafından, 553. maddenin birinci fıkrasında yer alan ispat külfeti ile zıtlık doğurması gerekçesiyle kaldırılmıştır. Ancak daha sonra 553. maddede yapılan değişiklik, 369/3’ün çıkarılma sebebini ortadan kaldırmıştır. Bkz. TEKİNALP, s. 281; AKDAĞ GÜNEY, (Hukuki Sorumluluk), s. 89-90.

⁸⁸ TTK m. 554, denetçilerin sorumlu olmalarını, kanuni görevlerini yerine getirirken kusurlu hareket etmeleri haline bağlamıştır. Bkz. BAHTİYAR, s. 393.

⁸⁹ TBK m. 49/1: Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

ketle yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler arasındaki ilişki sözleşme ilişkisidir⁹⁰. Dolayısıyla, sorumluluk davası, 'sözleşmeden doğan borç' temelinde açılacaktır⁹¹. Bu halde, genel hükümlere göre, kusurun bulunmadığını ispat yükü, aleyhine dava açılan yönetim kurulu üyesi veya yöneticiye ait olmalıdır⁹². Ancak 553. maddeye göre, sorumluluk sözleşme ilişkisine dayalı olmakla birlikte, kusurun ispatı davacıya yüklenmiştir⁹³. Bu halde, sorumluluk davası açan kişiler, kanun ve esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalini, zararı ve kusuru ispat etmelidir⁹⁴. Kusurun varlığının davacı tarafından ispat edilmesinde yaşanacak zorluklar dikkate alınarak, 553. maddede yapılan değişiklik öğreti tarafından eleştirilmiştir⁹⁵.

Sorumluluğun, rekabet ihlalleri neticesinde, şirket tarafından ödenen idari para cezası, tazminat gibi bedellerden doğması halinde, kusu-

⁹⁰ Şirketle, yönetim kurulu üyesi ve yönetici arasındaki ilişkinin, sözleşme ilişkisi olduğu öğretide çoğunlukla kabul edilmektedir. Bkz. KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 460; MOROĞLU, Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 345; PULAŞLI, (Şerh), s. 1874; BAHTİYAR, s. 396. Ancak, Tekinalp'e göre, sorumluluk davasında davacı sıfatına sahip olan pay sahipleri ve şirket alacaklılarıyla, yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler arasındaki ilişki sözleşme ilişkisi değildir. Bu nedenle, kusurun ispatı, sorumluluk davası açan tarafa ait olmalıdır. Bkz. TEKİNALP, s. 281. Benzer şekilde, Pulaşlı'ya göre, sorumluluk davası, şirket veya pay sahipleri tarafından açılıyorsa, taraflar arasında sözleşme veya sözleşme benzeri bir hukuki ilişki söz konusu olduğundan, kusursuzluk ispatı yönetim kurulu üyesine veya yöneticiye ait olacaktır. Bununla birlikte, dava şirket alacaklıları tarafından açılıyorsa, taraflar arasındaki ilişki haksız fiile dayandığından, ispat yükü alacaklılara ait olacaktır. PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 715-716.

⁹¹ Doğrudan zarar söz konusu ise pay sahipleri ve alacaklılar tarafından açılacak sorumluluk davasında ise hukuki gerekçe haksız fiil olacaktır. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 591.

⁹² EREN, s. 1195-1196.

⁹³ ROBERTO / TRÜEB, s. 967.

⁹⁴ AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 3. Bası, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2021, s. 391; TEKİNALP, (Sermaye Ortaklıkları), s. 441.

⁹⁵ AKDAĞ GÜNEY, (Hukuki Sorumluluk), s. 89-90; BAHTİYAR, s. 394; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 391; PULAŞLI (Genel Esaslar), s. 715-716.

run ispatı farklı bir boyut kazanmaktadır. Bu durumun temelinde iki özellik yapmaktadır:

(i) Rekabet hukuku ihlallerinde, çoğu zaman hukuka aykırılık ile kusur iç içe geçmiş olduğundan, hukuku aykırılığın ortaya konmasıyla kusurun var olduğu da kabul edilmektedir.

(ii) Şirketler hukuku temelinde sorumluluk davası öncesinde, rekabet ihlalinin varlığını ortaya koyan Rekabet Kurulu kararı ve aynı zamanda kusurun varlığını gösteren bir mahkeme kararı mevcut olabilir.

Bu noktada, kusura ilişkin ispat külfetinin senaryolar üzerinden değerlendirilmesi gerekmektedir. Birinci senaryoda, rekabet ihlalinin varlığına ilişkin Rekabet Kurulu kararı olduğunu; ancak, şirket aleyhine tazminat davası açılmadığını düşünelim. Bu halde, her ne kadar Rekabet Kurulu kararlarının mahkeme açısından bağlayıcı olup olmayacağı tartışmalı olsa da⁹⁶, Kurul tarafından ortaya çıkarılan ispat araçları, sorumluluk davasında, davacı tarafın iddiasını ve kusurun varlığını ispat etmesi açısından büyük kolaylık sağlayacaktır⁹⁷. Rekabet ihlallerinin varlığı için kast, ihmal, hafif ihmal gibi kusura ilişkin unsurların mevcudiyeti aranmamaktadır⁹⁸. Bu nedenle, rekabet ihlalinin varlığı, yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin kusuru açısından netlik kazandırmamaktadır. Ancak, rekabet hukukunun ağır ihlali halleri, yönetim kurulu üye-

⁹⁶ Aslan'a göre, Rekabet Kurulu kararının varlığı, davacının rekabet ihlalinin varlığını kanıtlama yükümlülüğünü ortadan kaldırır. ASLAN, s. 798; GÜVEN, s. 768-786. Hukuk mahkemelerinin Rekabet Kurulu kararlarıyla bağlı olmadığına ve tazminat kararları için Rekabet Kurulu kararının beklenmemesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. İNAN, Nurkut, "4054 sayılı Rekabetin Koruması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, 2004, s. 60-66; İNAN, Nurkut, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Adli Mahkemelerin Rolü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara Barosu Yayınları Konferanslar Dizisi 03, s. 596-601

⁹⁷ TUTUMLU, Mehmet Akif, Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007, s. 918; SEVİNÇ AYDIN, Buket, Bekletici Sorun, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2012, <http://acikerisimsarsiv.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1455/308848.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T. 18.06.2021), s. 49; ŞAHİN Murat, s. 278.

⁹⁸ ASLAN, s. 219.

lerinin veya yöneticilerin kusurlarının varlığına işaret etmektedir⁹⁹. Dolayısıyla, fiyat karteli gibi ağır ihlal hallerinde, tarafların kusursuz olma ihtimali dikkate alınmamalıdır¹⁰⁰. Bu durumların dışında kalan ihlal hallerinde ise kusurun varlığını ispatlamak oldukça zor olabilir. Bu hallerde, ihlalin varlığı Kurul kararıyla netlik kazandığından, ihmalden kaynaklı dahi olsa kusurun varlığı kabul edilmelidir¹⁰¹.

İkinci senaryoda ise rekabet ihlalinin tespitini takiben tazminat davası açıldığını ve şirket aleyhine sonuçlandığını düşünelim. Yukarıda belirtildiği gibi, ihlalin tespiti kusurun mevcut olduğuna işaret etmekle birlikte, kusur aranan unsurlar arasında sayılmamaktadır; ancak tazminata hükmedilmesi kusurun varlığını kesin olarak gösterir. Zira rekabet ihlallerinden doğan zararlara ilişkin olarak açılacak tazminat davalarının hukuki dayanağı, haksız fiil sorumluluğudur. Dolayısıyla, kusur, tazminata hükmedilebilmesi için aranan unsurlardan biridir. Bu senaryoda, sorulması gereken, hukuk mahkemesi tarafından hükmedilen tazminat kararının, yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler aleyhine açılan sorumluluk davasında ispat aracı olarak kullanılıp kullanılamayacağıdır. HMK'nin 204. maddesinin birinci fıkrasına göre, ilamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olmadıkça kesin delil sayılırlar. HMK m. 204'ün ifadesi gereği, hükme bağlanan ilamlar kesin delil niteliğine sahip olacaktır¹⁰². Dolayısıyla, idari para cezası ve tazminat nedeniyle doğan zarardan dolayı açılacak sorumluluk davalarında, davacı, daha önce açılmış ve şirket aleyhine sonuçlanmış olan tazminat davasına ilişkin mahkeme ilamını, kusurun varlığı açısından delil olarak mahkemeye sunabilir (HMK m. 204).

c. Zarar

Yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin aleyhine hukuki sorumluluk yoluna başvurulabilmesi için zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Zararın vücut bulmadığı yerde hukuki sorumluluktan

⁹⁹ PINAR, s. 396; ŞAHİN, Murat, s. 188; ŞANLI, (Haksız Fiil), s. 232, 233.

¹⁰⁰ ŞAHİN, Murat, s. 188.

¹⁰¹ ŞANLI, (Haksız Fiil), s. 232, 233.

¹⁰² KALE, Serdar / KESER, Salih, "Medeni Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", Mehmet Akif Aydın'a Armağan – Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, Marmara Üniversitesi, 2015, s. 712.

bahsedilemeyecektir¹⁰³. 553. maddeye göre, zarar, şirket, pay sahipleri veya şirket alacaklıları nezdinde doğabilir. Sorumluluk halini doğuran iş, işlem veya davranış doğrudan pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının zararını doğuruyorsa doğrudan zarardan bahsedilir¹⁰⁴. Örneğin, eşit işlem ilkesi gözetilmeksizin rüçhan hakkının sınırlandırılması veya kâr payı dağıtılması, vadesi gelmiş olan şirket borçlarının bir kısmı ödenirken diğer kısmının ödenmemesi gibi işlemler, pay sahipleri ve şirket alacaklılarına karşı doğrudan doğan zararlardır¹⁰⁵. Doğrudan zararın varlığı halinde, zarar görenler, zarara sebep olanlar hakkında doğrudan sorumluluk davası açabilir ve tazminatın kendilerine ödenmesini talep edebilirler¹⁰⁶.

Dolayısıyla zararların varlığı halinde ise durum farklıdır. Dolayısıyla zarar, şirketin malvarlığında oluşan zarar neticesinde pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının nezdinde dolaylı yoldan doğan zarardır. Başka bir deyişle, yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin, şirket malvarlığını azaltan davranışları, şirket için doğrudan zarara sebep olurken; pay sahipleri ve şirket alacaklıları için dolayısıyla zarara sebep olmaktadır¹⁰⁷. Burada, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının doğrudan uğradıkları zarardan söz edilemez; ancak başvurabilecekleri ortaklığın malvarlığında azalma meydana gelmiştir¹⁰⁸. Dolayısıyla zararın varlığı halinde, pay sahipleri, tazminatın şirkete ödenmesi şartıyla, sorumlular aleyhine dava açabilir (TTK m. 555/1)¹⁰⁹. Bu halde, doğrudan zarara uğrayan şirket yanında¹¹⁰, dolayısıyla zarara maruz kalan pay

¹⁰³ AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 293.

¹⁰⁴ FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 36, N. 12-27.

¹⁰⁵ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 386; TEKİNALP, s. 285.

¹⁰⁶ ŞENER, s. 422; TEKİNALP, s. 288.

¹⁰⁷ CAN, M. Çelebi, "Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534'ün Etkisi" GÜHFD, C. 21, S. 4, 2017, s. 12; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 36, N. 12-27.

¹⁰⁸ ŞENER, s. 405.

¹⁰⁹ Burada, şirketin ihmali veya sorumluların şirkete hâkim olmaları ihtimalleri gözetilerek, şirketle birlikte, pay sahiplerine de dava açma hakkı verilmiştir. Bkz. TTK 555. Madde Gerekeşi.

¹¹⁰ Şirketin davacı sıfatına sahip olduğu hallerde, şirket adına, sorumluluk davasını yönetim kurulu açacaktır. Davalı, görev başındaki yönetim kurulu üyeleri ise, davayı açmak üzere kayyım tayin edilmelidir. Bkz. TEKİNALP, s. 288. Ancak, sorumluluk

sahipleri ve bazı şartlar altında şirket alacaklıları dava açabilir¹¹¹. Dolayısıyla zarar halinde, şirket alacaklılarının durumu m. 556'da düzenlenmiştir. Buna göre, şirketin iflası halinde, şirket alacaklıları da tazminatın şirkete ödenmesini talep edebilir¹¹². Ancak, şirket alacaklılarının talebi öncelikle iflas idaresinde ileri sürülmelidir. İflas idaresi sorumluluk davası açmadığı takdirde, şirket alacaklıları sorumluluk davası açabilir. Elde edilen hâsıla, önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis olunur; bakiye, sermaye payları oranında davacı pay sahiplerine ödenir; artan iflas masasına verilir (TTK m. 556/2).

Rekabet ihlalleri neticesinde, şirket tarafından ödenen idari para cezası ve tazminat bedelleri dikkate alındığında, bu ödemelerin, şirket açısından zarar oluşturup oluşturmadığının hesaplanması gerekmektedir. Zira burada, rekabet ihlalleri sebebiyle şirketin elde ettiği iktisadi menfaat göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir deyişle, şirketin elde ettiği menfaat ile ödemek zorunda kaldığı idari para cezası ve tazminat arasındaki farka göre zararın mevcut olup olmadığı ve miktarı tespit edilmelidir¹¹³. Eğer, ödenen idari para cezası ve tazminata rağmen, şirket

davasısı açılabilmesi için, genel kurul kararının gerekliliği konusu öğretide tartışmalıdır. Kimi yazarlara göre, m. 479/3-c ve m. 408/1 temelinde genel kurul kararı alınmalıdır. Bkz. BAHTİYAR, Mehmet, "Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu", Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016, s. 405-413; BAHTİYAR, s. 404; ŞENER, s. 424; ÜÇİŞİK, Güzin / ÇELİK, Aydın, Anonim Ortaklıklar Hukuku I. Cilt, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 549. Kimi yazarlara göre ise, m. 555'te genel kurul kararına yer verilmediği için, sorumluluk davalarında genel kurul kararı aranmamalıdır. POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU, N. 601; AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 398; ÇAĞLAR, Hayrettin, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun İbrası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 74; GÜNEY AKDAĞ, (Yönetim Kurulu), s. 331-332. Yargıtay, 11. HD, t. 12.07.2012, E. 2017/4095, K. 2017/4095 (E.T. 26.04.2021, Legalbank); Yargıtay, 11. HD, t. 30.09.2014, E. 2014/5386, K. 2014/14890; Yargıtay, 11. HD, t. 17.12.2015, E. 2015/560, K. 2015/13614; Yargıtay, 11. HD, t. 09.02.2016, E. 2015/3371, K. 2016/1194. Kararlar için bkz. BAHTİYAR, (Sorumluluk Davası), s. 402-405.

¹¹¹ TTK 555. Madde Gereğçesi.

¹¹² Şirketin iflası halinde, dolaylı zarardan dolayı dava açma hakkı sadece şirket alacaklılarına sağlanmış bir hak değildir. Şirketin iflası halinde, pay sahipleri de öncelikli iflas idaresine başvurmak kaydıyla, iflas idaresince dava açmaması halinde şirket aleyhine sorumluluk davası açabilir (TTK m. 556).

¹¹³ PINAR, s. 381.

malvarlığında pozitif bir değer¹¹⁴ söz konusu ise zarardan ve bunun sonucu olarak, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumluluklarından da söz edilemeyecektir¹¹⁵.

Şirket malvarlığında oluşan zararın, yönetim kurulu üyelerine ve yöneticilere yönlendirilmesi rekabet politikası açısından tartışmalara neden olmaktadır. Bir görüşe göre, söz konusu zararın yönetim kurulu üyesi ve yöneticilere yansıtılması, rekabet ihlalleri neticesinde herhangi bir iktisadi zarara şirketin katlanmamasına neden olacak; böylece söz konusu şirket cezalandırılmayacaktır. Ayrıca, hakkaniyet ve yaptırım politikaları dikkate alınarak belirlenen idari para cezası tutarları rekabet politikası temellidir; bu noktada şirketler hukuku bağlamında, sorumluluğun ve dolayısıyla iktisadi yaptırımların başka kimselere yansıtılması gerekir¹¹⁶. Bir diğer görüşe göre ise rekabet kurallarına uygun hareket etmek yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin özen yükümlülükleri altındadır. Dolayısıyla, özen yükümlülüklerinin ihlali pek tabi

¹¹⁴ Bu noktada, rekabet ihlalleri sonucunda başvuru yapılan yaptırımların ağırlığı ve amacı tartışılabilir. Rekabet otoriteleri tarafından belirlenen yaptırımların, teşebbüslerin mahvına neden olacak ölçüde ağır olmaması fakat aynı zamanda rekabet kurallarına uymamaktan çekinecek kadar caydırıcı olması gerekir. GÜNDÜZ, Harun, Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.21, Ankara, 2013, s. 49.

¹¹⁵ Rekabet ihlallerinden dolayı şirketlerin iktisadi menfaat elde etmesinin ve dolayısıyla rekabet ihlallerinin şirketler için cazip hale gelmesinin engellenmesi amacıyla Alman düzenlemelerinde, rekabet ihlalleri sonucu elde edilen iktisadi menfaatlerin Alman Rekabet Kurumu (Bundeskartellamt) tarafından talep edilebileceği düzenlenmiştir. Alman Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB / Act against Restraints of Competition) § 34'e göre, rekabet ihlalleri neticesinde bir teşebbüs iktisadi menfaat elde etmişse, rekabet kurumu, teşebbüsten, bu menfaate karşılık gelen bir ödeme yapmasını talep edebilir. Bu talep, ihlalin sona ermesinden itibaren yedi yıl boyunca ileri sürülebilir. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre, eğer elde edilen iktisadi menfaat zararın giderilmesi, para cezası, müsadere emri veya geri ödeme nedeniyle şirket malvarlığından çıktıysa, birinci fıkra uygulanmayacaktır. Bu hükümle, elde edilmek istenen, teşebbüs aleyhine bir yaptırım oluşturmak değil, rekabet ihlallerini teşebbüsler için avantajlı hale getirmemektir. KÖRBER, Torsten / SCHWEITZER, Heike / ZIMMER, Daniel, Wettbewerbsrecht, 6. Bası, Verlag C.H. Beck München, 2020, RN 1-7.

¹¹⁶ DREHER, Meinrad, Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern, Festschrift für Horst Konzen, Tübingen, 2006, s. 89.

bahsi geçen kişilerin sorumluluklarını da doğuracaktır¹¹⁷. Ayrıca, rekabet ihlalleri neticesinde doğan yaptırımlar şirket tüzel kişilikleri aleyhine doğsa da, ihlalleri fiili olarak gerçekleştiren kişiler yönetim kurulu üyeleri veya yöneticilerdir¹¹⁸. Şirket malvarlığında meydana gelen zararın yönetim kurulu üyeleri veya yöneticilere aktarılması ihtimali, bu yaptırımların caydırıcı özelliklerini ortaya çıkaracaktır¹¹⁹. Böylece, yönetim kurulu üyeleri ve yöneticiler, rekabet ihlalleri neticesinde şirketin ve dolayısıyla kendilerinin elde ettikleri menfaatlerin geri alınabileceğini öngörmek suretiyle rekabet kurallarına uygun hareket etmeyi tercih edeceklerdir. Bu doğrultuda, rekabet soruşturmasına muhatap olan şirket, rekabet ihlalleri sonucunda ödemek zorunda olduğu idari para cezası ve tazminat neticesinde, ihlaller vesilesiyle elde ettiği iktisadi menfaatlere rağmen zarara uğramış ise, söz konusu zarar sınırları içinde, ihlali gerçekleştiren yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumluluğuna gidilebilecektir.

d. Sorumlular Arasında Teselsül

6102 s. Türk Ticaret Kanununun yürürlüğü ile 6762 s. eski TTK'da benimsenmiş olan mutlak teselsül sistemi terk edilmiş, yerine mehaz İsvBK'da¹²⁰ yer alan farklılaştırılmış teselsül sistemi benimsenmiştir¹²¹. Mutlak teselsül ile farklılaştırılmış teselsül arasındaki temel fark, sorumluların, bireysel indirim sebeplerini ileri sürerek, ödemekle yükümlü oldukları tazminat miktarında indirim talep edebilmeleridir. Başka bir deyişle, farklılaştırılmış teselsülde, sorumluların tazminat borçları, şahsi kusur, illiyet derecesi, durumun gerekleri dikkate alınarak hesaplanacak ve her biri ödemekle yükümlü oldukları azami miktar kadar müteselsül

¹¹⁷ PINAR, s. 379.

¹¹⁸ HORN, Norbert, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 Aktg und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, s. 1129.

¹¹⁹ Bu gerçeklik dikkate alınarak RKHK hükümlerince, teşebbüs veya teşebbüs birliklerine idarî para cezaları verilmesi halinde, ihlalde belirleyici etkisi saptanan teşebbüs veya teşebbüs birliği yöneticilerine ya da çalışanlarına teşebbüs veya teşebbüs birliğine verilen cezanın yüzde beşine kadar idarî para cezası verilebileceği düzenlenmiştir (RKHK m. 16/4). Bkz. A. İdarî Para Cezası.

¹²⁰ 1991 yılında İsviçre Borçlar Kanununda yapılan değişiklikle farklılaştırılmış teselsül sistemi kabul edilmiştir. Bkz. İsvBK Art. 759.

¹²¹ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 394.

sorumlu olacaklardır¹²². Yeni yaklaşıma göre, ilgili herkes doğmuş olan zarardan kusuru oranından sorumlu olacak; böylece hakkaniyete uygun bir şekilde sorumluluğun üstlenilmesi gerçekleştirilecektir. Bu bağlamda, yeni sistemin, borçlunun pozisyonunda iyileşmeye giderken, alacaklının durumunu zayıflattığı ileri sürülebilir¹²³. Zira aciz içinde bulunan borçlunun ödememe riski alacaklıya yükletilmiştir. Alacaklı, ödeme gücü olan borçludan, borçlunun tek başına ödemekle yükümlü olduğu bedel kadar talepte bulunabilecektir.

Farklılaştırılmış teselsülde, birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK m. 577/1). Böylece, her bir sorumlunun kusuru, illiyet bağı, doğan zararın kendisine yüklenilecek oranı dikkate alınarak tazminat miktarı hesaplanacak ve asgari ortak bedeller üzerinde teselsül ilişkisi devam edecektir¹²⁴. Hükümde geçen 'durumun gereklerine göre' ifadesinden, tazminat borcu belirlenirken, TBK m. 51 ve 52 hükümlerinin dikkate alınması gerekliliği anlaşılmalıdır. Örneğin, zarar görenin rızası, zararın doğmasında veya artmasında etkisi gibi hususlar dikkate alınarak tazminat miktarı hesaplanacaktır¹²⁵. Ancak, belirtmek gerekir ki, m. 557/1'de, birlikte zarar verenlerin dış ilişkideki sorumluluk halleri düzenlenmektedir.¹²⁶ Dolayısıyla, sorumluların birbirlerine başvurma (rücu) hallerinde farklılaştırılmış teselsül hesaplamaları dikkate alınmayacaktır. Buna ilişkin olarak mahkeme tarafından yeni bir hüküm kurulması gerekmektedir¹²⁷. 557. maddenin üçüncü fıkrası da bu amaçla düzenlenmiştir. Fıkraya göre, birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenecektir (TTK m. 557/3).

¹²² GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, M. Çelebi, "Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle – Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2011, s. 249.

¹²³ GÜNEY AKDAĞ, (Yönetim Kurulu), s. 374.

¹²⁴ BAHTİYAR, s. 397.

¹²⁵ ŞENER, s. 427; TEKİNALP, s. 306.

¹²⁶ TTK 557. Madde Gereğesi.

¹²⁷ GÖKTÜRK / CAN, s. 271-272.

Sorumlular, kusurlarına ve durumun gereklerine göre tazminat ödeme yükümlülüğüne sahip olsalar da, bu durum, her biri için ayrı dava açılması gerekliliğini doğurmamaktadır. Zira böyle bir durum, davacıyı ağır bir yük altına sokmak anlamına gelirdi¹²⁸. 557. maddenin ikinci fıkrasına göre, davacı, birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir. Bu bağlamda, sorumlular arasındaki müteselsil ilişki, birlikte verilen zararlar için söz konusudur. Başka bir deyişle, tek başına verilen bir zarar söz konusu ise, zarar veren kişi diğerleriyle birlikte değil, tek başına sorumlu olacaktır.

D. YÖNETİM YETKİSİNİN DEVRİ HALİNDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞU – TTK m. 553/2-3

TTK m. 553/2'ye göre, kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişinin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hali hariç, bu kişilerin fiil ve zararlarından sorumlu olmazlar. Başka bir ifadeyle, yönetim yetkisinin, m. 367 uyarınca, yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere delege edilmesi halinde, yönetimle görevli olmayan üyelerin, hukuki sorumluluğu doğmayacaktır. Meğerki bu kişiler yönetici seçiminde özenli davranmış olsun¹²⁹. Öyleyse, 553. maddenin ikinci fıkrasının lafzına göre, delegasyon durumunda, şirket zararlarından dolayı sorumluluk, yönetimi yürüten (icracı) üye veya üçüncü kişiler üzerinde olacak; diğer üyelerin sorumlulukları doğmayacaktır¹³⁰. Lafızdan çıkarılacak sonuç bu olmakla birlikte, bu durum yönetim kurulunun devredilmez üst gözetim görevi (TTK m. 375/1-e), mehzaz konun hükümleri ve ayrıca 553/3 çerçevesinde yeniden değerlendirilmelidir¹³¹.

¹²⁸ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 395; BAHTİYAR, s. 398.

¹²⁹ KAYA, s. 3276; FORSTMOSER (Ed.), s. 239, 240; FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, § 37, N. 37.

¹³⁰ GÖKTÜRK, Kürşat, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, 2014, s. 186-189.

¹³¹ GÖKTÜRK, (Gözetim Sorumluluğu), s. 186-192.

TTK'nın 375. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminin, yönetim kurulunun devredilmez ve vazgeçilmez görev ve yetkileri arasında olduğu açıkça düzenlenmiştir. Hükmün gerekçesine göre, üst gözetim, hem kurumsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimi olarak tarif edilmiştir. Ancak bu tarif yeteri açıklığa sahip değildir. Öğretiye göre, üst gözetimden anlaşılması gereken, işlerin gidişatı ile ilgili bilgi alınması, kontrollerin yapılması ve gerekli tedbirlerin hayata geçirilmesidir¹³². Daha geniş bir ifadeyle, yönetim kurulu üyeleri, yöneticilerin, görevlerini kuralara aykırı ve özenden yoksun bir şekilde ifa ettikleri şüphesine sahip oldukları takdirde, araştırma yapma, gerekli hallerde uzmanlardan görüş sorma, talimat verme ve yönetici değişikliği taleplerini ileri sürme yükümlülüğü altındadır¹³³. TTK m. 553/2 dikkate alındığında, yukarıda izah edilen ve m. 375/1-e'den doğan gözetim görevi, yönetimin delegasyonu halinde geri alınmış¹³⁴, başka bir deyişle m. 375/1-e hükmü işlevsiz hale getirilerek¹³⁵ yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, yöneticinin seçiminde özenli davranma ile sınırlandırılmıştır.

TTK'nın 553. maddesinin ikinci fıkrasına mehzaz teşkil eden İsvBK. m. 754/2'ye göre ise, görevini diğer bir yöneticiye devreden kişi, yöneticinin verdiği zarardan dolayı, *yöneticiyi seçerken, talimat verirken ve gözetimi gerçekleştirirken* özenli davrandığını kanıtlayamadığı halde, sorumlu

¹³² AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 163; Kaya'ya göre üst gözetim faaliyetleri kapsamında, yönetim kurulu bir yandan yetkisini devrettiği 'kişilerin kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeye uygun davranıp davranmadığını kontrol edecek, diğer yandan da bu kişilerin almış oldukları kararların ve yapmayı planladıkları işlemlerin amaca uygun olup olmadığını, şirket menfaatlerine hizmet edip etmediğini' inceleyecektir. Ayrıca yönetimle yetkilendirilmiş kişilere yol gösterme ve onları riskler karşısında uyarma da yönetim kurulunun görevleri arasında sayılmıştır. Bkz. KAYA, s. 3275.

¹³³ KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Hayal / MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 614.

¹³⁴ AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 163; KAYA, s. 3276.

¹³⁵ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 613.

olur¹³⁶. İsvBK, yönetim yetkisini devreden kişiden, sadece seçim esnasında değil, aynı zamanda talimat verirken ve nezaret ederken de özenli davranmasını beklemektedir¹³⁷. TTK m. 553/2’de ise yetkinin delege edildiği kişilerin seçiminde makul derecede özen aramakta, söz konusu özen sağlandıysa üyeleri sorumluluktan başışık tutmaktadır. Bununla birlikte, 553. maddenin ikinci fıkrasının gerekçesinde yer alan şu ifade kanun koyucunun asıl niyetini ortaya koyar niteliktedir. Gerekçeye göre, *‘delegasyonda gözetim görevinin devredende olduğu şüphesizdir. Ancak Tasarı (TTK tasarısı) bu görevi hükmün üçüncü fıkrasında değişik bir çözüme bağlamıştır¹³⁸. Anılan hüküm gözetim görevini (yükümünü) açıkça tanımakta, ancak buna İsviçre’de bulunmayan bir sınır getirmektedir’*. TTK m. 375/1-e ve 553/2 gerekçesi bir arada değerlendirildiğinde, delegasyon halinde dahi, yönetim kurulunun üst gözetim yükümlülüğüne sahip olduğu ve bunun ihlal edilmesi halinde üyelerin sorumluluklarının doğacağı sonucuna varmak isabetli olacaktır¹³⁹. Zira aksi görüş, üst gözetim yükümlülüğünün, yaptırımsız bir yükümlülük olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuracaktır¹⁴⁰.

TTK’nın 553. maddesinin üçüncü fıkrası ise hiç kimsenin, kontrolü dışında kalan kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluk-

¹³⁶ İsvBK. m. 754/2: “Wer die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern er nicht nachweist, dass er bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat.”

İsvBK. m. 754/2: “A person who, as authorised, delegates the performance of a task to another governing officer is liable for any losses caused by such officer unless he can prove that he acted with all due diligence when selecting, instructing and supervising him.”

¹³⁷ BÖCKLİ, § 18 – 118a.

¹³⁸ Parantez içindeki bilgi yazar tarafından eklenmiştir.

¹³⁹ 6762 s. eski TK döneminde, Yargıtay 11. HD. tarafından verilen 2003/4466 E. 2003/11543 K. sayılı kararda, *‘Ayrıca, ortaklık işlemlerinin bir kısmını tevdi ettikleri kimse-lerin vazifelerinin gereği gibi ifa edip etmediklerini, yönetim kurulu, kontrol ve nezaretle yükümlüdür. Dolayısıyla, kasıt veya ihmalleri sonucu verilen zarardan şirkete karşı tüm yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar.’* denilmek suretiyle, yetki devrinde dahi yönetim kurulunun üst gözetim yükümlülüğünün bulunduğu beyan edilmiştir. (LegalBank, E.T. 11.05.2021); KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 613.

¹⁴⁰ AYAN, Özge, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhhalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 72.

lar sebebiyle, sorumlu tutulamayacağını; ayrıca, bu sorumlu olmama durumunun, gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamayacağını düzenlemektedir. 553. maddenin ikinci fıkrası, üçüncü fıkra ve gerekçede yer alan açıklamalar dikkate alınarak değerlendirildiğinde, ortaya çıkan sonuç şudur: yönetim yetkisinin, üye veya üçüncü kişilere delege edilmesi halinde, görevli olmayan üyelerin gözetim yükümlülükleri devam etmektedir¹⁴¹. Zira TTK'nın 375. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, yönetim kurulunun, yöneticiler üzerinde üst gözetim görevinin devredilmez olduğu açıkça yer almaktadır. Ancak, üyelerin gözetim yükümlülüğü, üyelerin kontrolleri dışında kalan olgu ve konular açısından söz konusu değildir¹⁴². 553. maddenin üçüncü fıkrası gerekçesine göre, *'yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür'*. Daha açık bir ifadeyle, delegasyon, yönetim kurulu üyelerinin sahip oldukları gözetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmamakta, fakat sorumluluğun unsuru olan illiyet bağı ve kusurun bulunmadığı durumlarda¹⁴³, üyelerin sorumluluğu doğmamaktadır¹⁴⁴.

¹⁴¹ KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 612; TEKİNALP, (Sermaye Ortaklıkları), s. 438.

¹⁴² GÖKTÜRK, (Gözetim Sorumluluğu), s. 190.

¹⁴³ Yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin hukuki sorumlulukları kusur sorumluluğudur. Yukarıda bahsedildiği üzere (C. Sorumluluğun Unsurları), sorumluluğun doğması için aranan unsurlar arasında kusur ve illiyet bağı bulunmalıdır. Dolayısıyla bu iki unsurdan birinin bulunmaması halinde, gözetim yükümlülüğünün ihlali sebebiyle zaten yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu doğmayacaktır. Bu yönde eleştirel görüş için bkz. KAYA, s. 3281.

¹⁴⁴ Göktürk'e göre, üçüncü fıkradaki 'kontrol' kavramından anlaşılması gereken 'yönetim' kelimesidir. Burada kontrol, yönetim anlamında kullanılmıştır. Öyleyse, fıkraya göre, kendi yönetimi altında olmayan aykırılık veya yolsuzluktan dolayı kimsenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bkz. GÖKTÜRK, (Gözetim Sorumluluğu), s. 188. Benzer şekilde, Kirca / Şehirali Çelik / Manavgat'a göre, 553. maddenin üçüncü fıkrası, gözetim yükümlülüğünden ne anlaşılması ve m. 375/1-e'nin nasıl uygulanması gerektiğini ortaya koyan bir hükümdür. Ayrıca, bir husus, yönetim kurulu üyelerinin kontrolü dışında kalıyorsa, bu noktada illiyet bağının varlığının araştırılmasından öte, dikkate alınması gereken durum, üyenin esasında gözetim yükümlülüğünün

Rekabet ihlalleri neticesinde, şirket malvarlığında meydana gelen zararlardan dolayı, icracı yönetim kurulu üyeleri veya yöneticilerin sorumluluklarına gidilebileceği açıktır. Bununla birlikte, yönetim yetki ve görevi delege edilmiş ise devreden üyelerin de gözetim yükümlülüklerinden dolayı sorumluluklarından bahsedilebilmelidir. Ancak, rekabet ihlallerinin çoğunlukla gizli bir şekilde, yöneticiler veya yönetici talimatıyla hareket eden çalışanlar tarafından hayata geçirildiği dikkate alınmalıdır. Gözetim yükümlülüğünü yerine getirmek adına gayret gösteren, gerekli bilgi akışını sağlayabilmek için lüzumlu tedbirleri alan, rekabet hukuku uyum programlarını (compliance)¹⁴⁵ kullanan, fakat buna rağmen rekabet ihlallerine sebep olan davranışları tespit edemeyen veya bu yönde şüphesi oluşmayan yönetim kurulu üyelerinin, gözetim yükümlülüğünü ihlalinden dolayı sorumluluklarına gidilmemesi gerektiği kanaatindeyim¹⁴⁶. Zira bu halde, gözetim yükümlülüğünü yerine getiren üyenin kusurundan söz edilmeyeceği için sorumluluğu da doğmayacaktır.

E. ZAMANAŞIMI

Şirket bünyesinde doğan zararlardan dolayı açılacak sorumluluk davalarına ilişkin zamanaşımı süresi Kanununun 560. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre, sorumlu olanlara karşı tazminat isteme hakkı, davacının zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl geçmekle zamanaşımına uğrar¹⁴⁷. Şu kadar ki bu fiil cezayı gerektirip,

doğmayacağı ve buna bağlı olarak da sorumluluğunun ortaya çıkmayacağıdır. Bkz. KIRCA / ŞEHİRALİ ÇELİK / MANAVGAT, s. 614, 615.

¹⁴⁵ PINAR, s. 376-377; Rekabet Hukuku Uyum Programı, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Rekabet-savunuculugu/uyum-programi> (E.T. 23.06.2021).

¹⁴⁶ YAŞAR / SONGUR, s. 108-110.

¹⁴⁷ TTK m. 560'da düzenlenen zamanaşımı süreleri, İsvBK m. 760 hükmü dikkate alınarak oluşturulmuştur. Dolayısıyla mehaza uygun bir düzenleme yapıldığı söylenebilir. Ancak İsvBK m. 760'dan farklı olarak, TTK m. 560 zamanaşımı sürelerini daha kısa tespit etmiştir. TTK'da zamanaşımı süreleri 2 ve 5 yılken, İsvBK'na göre bu süreler 5 ve 10 yıldır. Ticari hayatın hızlığı sebebiyle kısa tutulan zamanaşımı süreleri öğretilde eleştirilmiştir. Bkz. TANDOĞAN, Haluk, "Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Müruruzamanı Hakkında Bazı Düşünceler"

Türk Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanır¹⁴⁸.

TTK'nın 560. maddesinde, sorumluluk davalarına ilişkin olarak üç farklı zamanaşımı süresi işletilmektedir. İki yıllık süre (nispi/kısa), beş yıllık süre (mutlak/uzun) ve varsa cezai zamanaşımı süresi. İki yıllık süre, zararın ve sorumluların öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Şöyle ki, salt zararın veya sorumluların öğrenilmesi zamanaşımı süresinin başlaması için yeterli değildir. Zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için her iki unsurun da davacı tarafından öğrenilmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Sorumluluğu doğuran zarar verici davranış devam ettiği sürece, zamanaşımı süresi de başlamayacaktır. Zarar dönemsel aralıklarla meydana gelmiş ve illiyet bağı kesilmemiş ise zararın en son meydana geldiği tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır¹⁵⁰. İki yıllık zamanaşımı süresi, dava ehliyetine sahip Kanunda sayılan tüm davacılar için geçerlidir. Başka bir deyişle, şirket, pay sahipleri ve - şirketin iflası halinde - alacaklılar, zararı ve sorumluyu öğrendikleri tarihten itibaren iki yıl içinde sorumluluk davası açmalıdır.

Beş yıllık zamanaşımı süresi ise, her halde zararı doğuran fiilin meydan geldiği tarihten itibaren hesaplanmalıdır. Zarar verici fiil veya olay devam eder nitelikte ise, bu fiil veya olayın en son meydana geldiği

ler", BATİDER, C. III, 1965, s. 122-125; AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 463, 464.

¹⁴⁸ İsvBK m. 760'da yapılan revizyon neticesinde, fiilin suç oluşturması halinde, zamanaşımı 'tazminat talebi en erken ceza dava zamanaşımının gerçekleşmesiyle zamanaşımına uğrar' ifadesi ile düzenlenmiştir. Ayrıca, 'İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararı ile bu artık gerçekleşmeyecek ise; talep, kararın verilmesinden üç yıl sonra zamanaşımına uğrar / Tritt diese infolge eines erstinstanzlichen Strafurteils nicht mehr ein, so verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils' denilmektedir. Bkz. KAŞAK, Esra / GANBARİ, Muhammed Kiomers, "İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1, 2020, s. 118-120; ÖZBOYACI, Alper, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK 560 Uyarınca Uzamış Zamanaşımına Göre Sorumlu Tutulması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 2021, s. 1044.

¹⁴⁹ AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 458.

¹⁵⁰ AKDAĞ GÜNEY, (Yönetim Kurulu), s. 458; ÇAMOĞLU, Ersin, "Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı", BATİDER, C. III, S. 2, 1965, s. 269.

tarihe göre zamanaşımı süresi işletilmelidir¹⁵¹. Benzer şekilde, zarar verici fiil veya olay kesintiler halinde zararın doğmasına neden oluyorsa, mutlak zamanaşımı süresi zarara sebep olan her fiil veya olayın gerçekleşmesi tarihinden itibaren hesaplanır¹⁵².

Rekabet ihlallerinden doğan şirket zararlarına ilişkin yönetim kurulu üyesi veya yöneticiler aleyhine açılacak sorumluluk davalarında, zamanaşımının ne zaman başlayacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. TTK m. 560'a göre, iki yıllık zamanaşımı süresi, zararın ve sorumlunun öğrenilmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Rekabet ihlallerinde, şirketler hukuku temelli zararın doğması, şirketin ödeyeceği idari para cezasının ve/veya tazminatın varlığına bağlıdır. Zira zararın öğrenilmesi, zarar verici eyleme vakıf olunması değil, zararın niteliğinin, unsurlarının ve kapsamının bilinmesidir¹⁵³. Dolayısıyla, zarar doğmadan, başka bir deyişle, rekabet ihlalini gerçekleştiren şirket hakkında idari para cezası verilmeden ve şirket tarafından tazminat ödenmeden, zarar ortaya çıkmayacak ve zamanaşımı süresi de işlemeye başlamayacaktır. Bu anlamda, iki yıllık zamanaşımı süresi açısından bir problem bulunmamaktadır. Ancak, beş yıllık zamanaşımı süresi dikkate alındığında, sürenin işlemeye başlayacağı gün, zararı doğuran fiilin meydana geldiği gün olduğundan, davacılar açısından zamanaşımı süresinin dolması riski gündeme gelmektedir¹⁵⁴. Örneğin, rekabet ihlali doğuran bir anlaşma söz konusu ise, bu anlaşmanın taraflar arasında oluşması, anlaşmaya bağlı olarak hayata geçirilen davranışla ihlallerin süregelen bir şekilde vuku bulmasına neden olmaktadır. Aynı durum hâkim durumun kötüye kullanılmasında da geçerlidir. Hâkim durumun kötüye kullanılmasına neden olan fiyat politikaları devam eden bir süreçte yayılabilir. Bu hallerde, mutlak zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi,

¹⁵¹ EREN, s. 941; BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, Burçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Dora Basım, Bursa, 2016, s. 126.

¹⁵² EREN, s. 941.

¹⁵³ GİRAY, R. Eda / AKTEPE, Sezin, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı Süreleri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl. 7, S. 14, Güz 2008, s. 143.

¹⁵⁴ TANDOĞAN, Haluk, "Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Müruruzamanı Hakkında Bazı Düşünceler", BATİDER, C. III, S. 1, 1965, s. 122-123.

rekabet ihlaline sebep olan anlaşmanın yapıldığı tarih mi, hâkim durumun kötüye kullanılması sonucunu doğuran kararın alındığı tarih mi, rekabet ihlallerinin fiili olarak hayat bulduğu tarih midir? Bu noktada, rekabet ihlali doğuran unsurun tespitinin yapılması ve buna göre tarih belirlenmesi gerekmektedir. Rekabet ihlalini doğuran unsur, bir fiyat tespiti anlaşması ise – bu anlaşma hiç uygulanmasa dahi – rekabet ihlali amaçlandığından, anlaşmanın yapıldığı tarihten itibaren mutlak zamanaşımı süresi işlemeye başlamalıdır. Rekabet ihlalini doğuran unsur, devam eden bir nitelik taşıyor ise – dışlayıcı fiyat uygulanması ve pazarın paylaşılması gibi – fiilin son kez gerçekleştiği tarihten itibaren mutlak zamanaşımı süresi hesaplanmalıdır¹⁵⁵. Ancak, bu tarihlerin, özellikle gizli bir şekilde yürütülen ve sürece yayılan ihlallerde, tespiti oldukça güçtür. Örneğin, bir kartel yapılanmasının en son 17.06.2021 tarihinde toplandığı ve kartele son verdikleri tespit edilmiş olsun. 17.06.2022 tarihinde rekabet soruşturması başlatıldığını ve 17.06.2026 tarihinde soruşturma tamamlanarak idari para cezasına hükmedildiğini düşünelim. Bu halde mutlak zamanaşımı süresinin dolması sebebiyle, sorumluluk davası açılmaması riski gündeme gelebilir. Zarara uğrayan şirket açısından hak kaybı olmaması için bir takım çözüm yöntemlerinin bulunması icap etmektedir. Birinci çözüm yolu, mutlak zamanaşımı süresinin kesilmesinin sağlanmasıdır¹⁵⁶. Bu amaçla, şirket aleyhine yürütülen rekabet soruşturması henüz sona ermeden dava açılabilir¹⁵⁷. Böylece beş yıllık mutlak zamanaşımı süresi dolmadan dava yoluna gidilmiş olacaktır. İkinci çözüm yolu ise, mutlak zamanaşımı süresinin zararın doğduğu tarihten itibaren hesaplanmasıdır. Zarara sebep olan fiil ile zararın mey-

¹⁵⁵ AKDAĞ GÜNAY, (Yönetim Kurulu), s. 460; SAVAŞ, Fatma Burcu, “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, 2008, s. 135.

¹⁵⁶ TANDOĞAN, s. 123-124. Mutlak zamanaşımı süresinin kesilip kesilmeyeceği öğretide tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 941-942.

¹⁵⁷ Burada açılacak dava HMK m. 107’de düzenleme alanı bulan belirsiz alacak davası olmalıdır. Bu halde, TTK m. 561 gereği, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesi, HMK m. 165 temelinde, Rekabet Kurulu’nun rekabet soruşturmasına ilişkin kararını bekletici sorun olarak nitelendirmeli ve karara kadar yargılamayı bekletmelidir. Bkz. ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2019, s. 301-303, 488-494; SEVİNÇ AYDIN, s. 47.

dana geldiği zaman arasında uzun bir süreç bulunması halinde, mutlak zamanaşımı süresinin, zararın ortaya çıktığı tarih dikkate alınarak hesaplanması söz konusu olabilir¹⁵⁸. Burada maksat, zarar gören kişinin mağduriyetini ortadan kaldırmaktır.

SONUÇ

6102 s. TTK ile anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumlulukları, anonim şirketlere ilişkin düzenlemelerin son kısmında, 549 vd. maddelerinde, 'Hukuki Sorumluluk' başlığı altında düzenlenmiştir. TTK m. 553, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde doğacak olan hukuki sorumluluğu düzenlemektedir. Bu halde, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin, şirketler hukuku temelinde hukuki sorumluluklarının doğması için, kusura dayalı bir şekilde, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri neticesinde bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Söz konusu zarar, şirket malvarlığında oluşabileceği gibi, şirket pay sahipleri veya alacaklıları nezdinde de doğabilir. Zarar, şirket malvarlığında meydana gelmişse, şirket ve tazminatın şirkete ödenmesi kaydıyla pay sahipleri sorumluluk davası açabilir (TTK m. 555). Dolayısıyla zararlar nedeniyle şirket alacaklıları, ancak şirketin iflası söz konusu ise dava açabilir. Bu halde, şirket alacaklıları, öncelikle iflas idaresine durumu bildirmeli, iflas idaresi dava açmaz ise alacaklıların kendisi dava yoluna gitmelidir (TTK m. 556). Sorumluluk davaları, davacının, zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıl içinde açılmalıdır. Eğer, bu fiil cezayı gerektirir, Türk

¹⁵⁸ Yargıtay ve Yargıtay Genel Kurulu, 1999 depreminden sonra, depremde zarar görenlerin, haksız fiil hükümlerine göre tazminat davası açması durumunda, mutlak zamanaşımı süresinin binaların yapılıp teslim edildikleri zamana göre değil, zararın doğduğu deprem gününden itibaren işletilmesi gerektiği görüşünü belirtmişlerdir. Yargıtay HGK t. 22.10.2003, E. 2003/4-603, K. 2003/594 ve 04.06.2003 t, E. 2003/4-400, K. 2003/393; Yargıtay 4. HD 29.04.2003 t, E. 2002/12847, K. 2003/5544. Kararlar için bkz. SAVAŞ, s. 136-140.

Ceza Kanununa göre daha uzun dava zamanaşımına tabi bulunuyorsa, tazminat davasına da bu zamanaşımı uygulanmalıdır (TTK m. 560).

RKHK hükümleri, mal ve hizmet piyasalarında, rekabetin korunması amacıyla, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşmaları ve hâkim durumunun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Kanun hükümlerine aykırı davranışlar neticesinde, teşebbüsler hakkında, idari para cezasına karar verilebileceği gibi, bu teşebbüsler özel hukuk temelinde tazminat davalarına muhatap olabilirler. Rekabet ihlalleri neticesinde, idari para cezasının uygulanması ve/veya tazminat bedelinin ödenmesi halinde, anonim şirket malvarlığında zarar oluşabilir. Bu zarar, şirketler hukuku temelinde, rekabet ihlaline sebep olan yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin sorumluluğunu doğurabilir. Bu sorumluluğun doğması için, TTK m. 553'te sayılan unsurların, başka bir deyişle, kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerle aykırılığın, kusurun, zararın ve illiyet bağının mevcut olması gerekir.

Bu bağlamda bu çalışma, öncelikle, rekabet ihlallerinden dolayı ortaya çıkabilecek yaptırımları incelemiştir. Daha sonra, anonim şirketler hukuku temelindeki sorumluluk esasları dikkate alınarak, kimlerin rekabet ihlalleri neticesinde doğan zarardan dolayı sorumlu tutulabileceği tartışılmıştır. Yapılan çalışma neticesinde, yönetim kurulu üyelerinin, TTK hükümlerine uygun olarak kendilerine yönetim yetkisinin delege edildiği yöneticilerin ve delegasyon olmamakla birlikte yönetim yetkisini fiili olarak kullanan fiili organların sorumluluklarının doğabileceği ortaya konmuştur. Bahsi geçen kişiler nezdinde sorumluluğun doğabilmesi için aranan unsurlar şu şekilde özetlenebilir:

1. RKHK hükümlerine uygun davranmak, yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin üstlendiği bir yükümlülük olarak değerlendirilme-
lidir. Bu değerlendirme kabul görmese dahi, rekabet kurallarına aykırılık, TTK m. 369'da düzenlenmiş olan özen yükümlülüğüne aykırılık halini doğurmaktadır. Zira yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler tedbirli bir yöneticinin özeniyle, sahip oldukları bilgi, deneyim ve rasyonel bakış açısına ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranılarak rekabet kurallarına aykırı

davranışlar yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin sorumluluklarının doğmasına neden olabilir.

2. Yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin sorumlulukları kusur sorumluluğudur. Rekabet ihlallerinin oluşması ve idari para cezasına karar verilmesi için kusur şartı aranmamaktadır. Ancak, özellikle ağır rekabet ihlallerinin varlığı, en basit haliyle ihmalin varlığına işaret eder niteliktedir. Ayrıca, rekabet ihlallerine bağlı olarak tazminata hükmedilmiş ise, yönetim kurulu üyelerinin veya yöneticilerin kusurlarının mevcudiyetinin mahkeme kararıyla ortaya konması söz konusu olacaktır.

3. Rekabet ihlalleri neticesinde, şirket tarafından ödenen idari para cezası ve tazminat tutarları, şirketin, bu ihlaller neticesinde elde ettiği iktisadi menfaatlerden fazla ise, şirketin malvarlığında azalmanın ve böylece zararın meydana geldiğini söylemek mümkündür. Bu halde doğan zarar, şirket açısından doğrudan, pay sahipleri ve şirket alacaklıları açısından ise dolayısıyla zarardır. Bu halde, yönetim kurulu üyeleri veya yöneticiler aleyhine sorumluluk davası şirket, tazminatın şirkete ödenmesi şartıyla pay sahipleri, şirketin iflası halinde şirket alacaklıları tarafından açılabilir.

Rekabet ihlalleri sonucu doğan zararlar neticesinde açılacak sorumluluk davalarında, nispi zaman aşımı süresi iki yıldır ve süre, davacının, zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Mutlak zamanaşımı süresi ise beş yıldır ve süre, her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren hesaplanacaktır. Yukarıda bahsedildiği gibi, zarar, idari para cezasının ve/veya tazminatın ödenmesi neticesinde doğacaktır. Dolayısıyla, nispi zamanaşımının uygulanması veya sürenin dolmasıyla ilgili bir sorun tespit edilmemiştir. Ancak, mutlak zamanaşımı süresi nedeniyle bir takım problemler ortaya çıkabilir. Zira beş yıllık süre, rekabet ihlallerinin tespiti, tespite bağlı olarak uygulanacak idari para cezalarının belirlenmesi ve açılacak tazminat davasının sonuçlanması ve tüm bu süreç sonrası şirketler hukuku temelinde açılacak sorumluluk davası için oldukça kısadır. Bu sorunun ortadan kaldırılması için iki çözüm dikkate alınabilir. Buna göre, birinci yol, rekabet soruşturmalarını takiben dava açılması suretiyle mutlak

zamanaşımı süresinin kesilmesi; diğer yol ise, mutlak zaman aşımı süresinin başlangıç tarihi olarak, zararın doğduğu tarihin kabul edilmesidir.

KAYNAKLAR

- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2016 (Yönetim Kurulu).
- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Hukuki Sorumluluk).
- AKSOY, Nazlı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanuna Aykırılığın Özel Hukuk Alanındaki Sonuçları, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi.
- AKSOYAK, Mustafa, Anonim Şirketlerde Fiili Yönetim Kurulu Üyeliği, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016.
- ARI, Haluk / AYGÜN, Esin, "Rekabet Kurulu'nun Ceza Yönetmeliği: Yeni Bir Dönemin Ayak Sesleri", Rekabet Dergisi, C. 10, S. 4, 2009, s. 7-72.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, 4. Bası, Ekin Yayınları, İstanbul, 2007.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2019.
- AYAN, Özge, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yönetimle Görevli Kişilerin Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-2, 2011, s. 63-89 (Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü).
- AYAN, Özge, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (Sadakat Yükümlülüğü).
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin / ÖZDAMAR, Mehmet, Şirketler Hukuku, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- BAHTİYAR, Mehmet, "Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu", Prof. Dr. Seza Reisoğlu Arma-

ğanı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2016, s. 396-414 (Sorumluluk Davası).

BAHTİYAR, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.

BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan, Burçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Dora Basım, Bursa, 2016.

BÖCKLİ, Peter, Schweizer Aktienrecht mit Fusionsgesetz, Börsengesellschaftsrecht, Konzernrecht, Corporate Governance, Recht der Revisionsstelle und der Abschlussprüfung in neuer Fassung - unter Berücksichtigung der angelaufenen Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, Schulthess Juristische Medien AG, 2009.

CAN, M. Çelebi, "Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534'ün Etkisi", GÜHFD, C. 21, S. 4, 2017, s. 3-32.

ÇAMOĞLU, Ersin, "Anonim Şirket İdare Meclisi Üyelerine Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Zamanaşımı", BATİDER, C. III, S. 2, 1965, s. 266-279.

JONES, Alison / SUFRİN, Brenda, EC Competition Law, Oxford Press, 2008.

ÇAMURCU, Emin, Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

DEMİRCİ, Metin, Rekabet Hukukunun İhlalinden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, Hacettepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.

DOĞAN, Beşir Fatih, Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife, "Anonim Ortaklık Yöneticilerinin ve Denetçilerinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu (TTK m. 549-563)",

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi, Cilt 18, S. 2, 2012, s. 683-696.

DUNNE, Niamh, "Role of Private Enforcement with EU Competition Law", The Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 16, 2013-2014, s. 143-187.

DREHER, Meinrad, Die kartellrechtliche Bußgeldverantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern, Festschrift für Horst Konzen, Tübingen, 2006.

EMİNOĞLU, Cafer / ÇAKIR, Fatma Betül, "Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilerin Yönetim Kurulu Üyesi Seçilmesi ve Kamu Tüzel Kişilerinin Yönetim Kuruluna Temsilci Ataması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, S. 3-4, 2014, s. 277-297.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.

FORSTMOSER, Peter / MEIER-HAYOZ, Arthur / NOBEL, Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Stämpfli Verlag AG, Bern, 1996.

FORSTMOSER, Peter (Ed.), Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2011.

GİRAY, R. Eda / AKTEPE, Sezin, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Zamanaşımı Süreleri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl. 7, S. 14, Güz 2008, s. 137-156.

GÖKTÜRK, Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 (Şirketler Topluluğu).

GÖKTÜRK, Kürşat, "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, 2011, s. 207-246 (İşadamı Kararı).

GÖKTÜRK, Kürşat, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 114, 2014, s. 179-200 (Gözetim Sorumluluğu).

- GÜNDÜZ, Harun, Rekabet Hukukunda Uygulanan İdari Para Cezaları, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi No.21, Ankara, 2013.
- GÜRZUMAR, Osman Berat, "Özel Hukuk Açısından 4054 s. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun", 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ve Bu Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Taslak, Bankacılık Enstitüsü, 2006.
- GÜVEN, Pınar, Rekabet Hukuku, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.
- HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Beta Basım, İstanbul, 2001.
- HORN, Norbert, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 Aktg und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, s. 1129-1139.
- İNAN, Nurkut, "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un Özel Hukuka İlişkin Hükümlerine Eleştirel Bir Bakış", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu II, 2004, s. 43-66 (Özel Hukuk Hükümleri).
- İNAN, Nurkut, "Rekabet Hukuku Uygulamasında Adli Mahkemelerin Rolü", Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Ankara Barosu Yayınları Konferanslar Dizisi 03, s. 590-628 (Adliye Mahkemeleri).
- JONES, Alison / SUFRİN, Brenda, EC Competition Law, Oxford Press, 2008.
- KAŞAK, Esra, Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- KAŞAK, Esra / GANBARİ, Muhammed Kiomers, "İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukukunda Zamanaşımı Revizyonu", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 24, S.1, 2020, s. 93-126.
- KAYA, Mustafa İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 16, 2014, s. 3261-3286.

- KENDİGELEN, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- KESİCİ, Buğra, Rekabet Hukukunun İhlalinden Kaynaklanan Haksız Fiil Sorumluluğu, On İki Levha Yayınlar, İstanbul, 2017.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, Sorumluluk Hukuku, Cilt I, Ankara 2002.
- KIRCA, İsmail, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi-Özen Borcu", BATİDER, C. XXII, S. 3, 2004, s. 85-96.
- KIRCA, İsmail / ŞEHİRALİ ÇELİK, Hayal / MANAVGAT, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku Cilt I, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2013.
- KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Überarbeitete, Orell Füssli Verlag AG, Zürich, 2009.
- KORKUT, Ömer, Anonim Şirketlerde İnançlı Yönetim Kurulu Üyeliği, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.
- KORKUTAY, Ayhan, "AB Rekabet Hukukunda Tazminat Davalarına Yönelik Reform Çalışmaları ve Türk Hukuku Bakımından "De Lege Ferenda" Düşünceler", Rekabet Dergisi 2009, 10(1), s. 81-138.
- KÖRBER, Torsten / SCHWEITZER, Heike / ZIMMER, Daniel, Wettbewerbsrecht, 6. Bası, Verlag C.H. Beck Munchen, 2020.
- MOROĞLU, Erdoğan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖZBOYACI, Alper, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK 560 Uyarınca Uzamış Zamanaşımına Göre Sorumlu Tutulması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 2021, s. 1037-1077.

- ROBERTO, Vito / TRÜEB, Hans Rudolf, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung Art. 530-771 OR – VegüV, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2021.
- PINAR, Hamdi, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu”, BATİDER C. XXV s. 4, 2009, s. 370-405.
- PULAŞLI, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ali Naim İNAN’a Armağan, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2009, s. 571-590 (Hukuki Sorumluluk).
- PULAŞLI, Hasan, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Adalet Yayınevi, 2011 (Şerh).
- PULAŞLI, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER C. 25, S.1, 2009, s. 27-63 (Özen Yükümlülüğü).
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016 (Genel Esaslar).
- PULAŞLI, Hasan, “Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu”, BATİDER, C. XXXV, S. 2, 2019, s. 27-59 (Compliance).
- REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- SAVAŞ, Fatma Burcu, “Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlama Anı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, 2008, s. 121-148.
- SEVİNÇ AYDIN, Buket, Bekletici Sorun, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2012.

- ŞAHİN, Eda, “Şemsiye Etkisi Nedeniyle Zarar Görenlerin Tazminat Taleplerinin Avrupa Birliği Rekabet Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi: Kone Kararının Yansımaları”, *Rekabet Dergisi*, C. 15, S. 2, 2014, s. 89-126.
- ŞAHİN, Murat, *Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ŞANLI, Kerem Cem, “Türk Rekabet Hukukunda Haksız Fiil Sorumluluğu”, *Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu I*, Rekabet Kurumu Yayınları No. 0137, 2003, s. 187-262 (Haksız fiil).
- ŞENER, Oruç Hami, *Ortaklıklar Hukuku*, 4. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2019.
- TANDOĞAN, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara, 1963.
- TANDOĞAN, Haluk, “Anonim Şirket İdare Meclisi Azalarına Karşı Açılacak Mesuliyet Davalarında Müruruzamanı Hakkında Bazı Düşünceler”, *BATİDER*, C.III, S.1, 1965, s. 122-126.
- TEKİNALP, Ünal, *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TEKİNALP, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015 (Sermaye Ortaklıkları).
- TOPÇUOĞLU, Metin, “Rekabet Hukukunda Üç Kat Tazminat”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, s. 5-59.
- TUTUMLU, Mehmet Akif, *Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2007.
- YAŞAR, T. Nimet / SONGUR, Damla, “Anonim Şirketlerde Rekabet Hukuku Uyum (Compliance) Programının Oluşturulması ve İşlevleri – 7246 sayılı Kanun ile Yapılan Değişikliklerle Birlikte”, *BATİDER*, C. 36, S. 4, 2020, s. 87-129.



ELEKTRONİK ÜRÜNLER İÇİN YAPILAN İNTERNET SATIŞLARINDA CAYMA HAKKININ KULLANILMASI VE MUTAT KULLANIM KAVRAMI

Dr. Öğr. Üyesi Ayşen ÇİLENTİ KONURALP*

Öz

Mesafeli satım sözleşmelerinde tüketiciye tanınan cayma hakkı sayesinde, tüketici ürünü görme ve inceleme, sonrasında ise kural olarak on dört gün içerisinde sözleşmeden cayarak satış bedelinin iadesini talep etme imkânını elde eder. Cayma hakkına başvurulmasından evvel sözleşme konusu malın tüketici tarafından kullanılıp kullanılmayacağı ve böyle bir kullanımın cayma hakkı bakımından hukuki sonucunun ne olacağı ise tartışmalıdır. Bunun yanında, mevzuatta cayma hakkının satım konusu malın niteliği gereği kullanılmayacağı bazı istisnai durumlar düzenlenmiştir. Tüm bu hususlar, bilhassa internet ortamında yapılan elektronik ürün satışlarında cayma hakkının kullanılması bakımından bazı nitelikli durumlar ortaya çıkmasına neden olur. Bu çalışma, anılan hukuki sorunları Avrupa Birliği'nin 2011/83/EU sayılı Tüketici Hakları Direktifi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği kapsamında incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Tüketicinin Korunması • Cayma Hakkı • Mesafeli Satım Sözleşmesi • Elektronik Sözleşme • Mutat Kullanım

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk ABD, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., İstanbul Aydın University Faculty of Law, Department of Civil Law, İstanbul, Turkey.

✉ aysencilentikonuralp@aydin.edu.tr • ORCID 0000-0002-5626-6970

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KONURALP ÇİLENTİ Ayşen, "Elektronik Ürünler İçin Yapılan İnternet Satışlarında Cayma Hakkının Kullanılması ve Mutat Kullanım Kavramı", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2729-2759.

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

RIGHT OF WITHDRAWAL ON INTERNET SALES FOR ELECTRONIC PRODUCTS AND THE USE OF PRODUCT

Abstract

By means of the right of withdrawal granted to the consumers in distance sales contracts, consumers can see and examine the product, and then, as a rule, to withdraw from the contract within fourteen days and demand the return of the sales price. It is legally controversial whether the goods subject to the contract can be used by the consumer before the exercise of the right of withdrawal and what the legal consequences of such use will be in terms of the right of withdrawal. Besides this, exceptional conditions have been regulated in the legislation in which the right of withdrawal cannot be exercised due to the nature of the goods. All these lead to further controversies especially on the sale of electronic products via internet. This study aims to examine the mentioned legal issues within the scope of the EU Directive on Consumer Rights No. 2011/83/EU, the Consumer Protection Law No. 6502 and the Regulation on Distance Contracts.

Key Words

Consumer Protection • Right of Withdrawal • Distance Sales Contract • Electronic Contract • Ordinary Use

GİRİŞ

Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan cayma hakkı¹, tüketicinin korunmasının en etkin yollarından biri olarak kabul edilmektedir. Tüketici bu hak sayesinde, mesafeli satımlarda ürünü görme ve inceleme, sonrasında ise kural olarak on dört gün içerisinde sözleşmeden cayarak satış bedelinin iadesini talep etme imkânını elde eder. Böylece tüketici herhangi bir bedel ödemeksizin ve gerekçe sunmaksızın mesafeli satım sözleşmesiyle bağlı olmaktan kurtulur. Mesafeli sözleşmelerde cayma hakkının kullanılması, öğretide pek çok yönüyle teorik tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalardan biri de cayma hakkına başvurulmasından evvel sözleşme konusu malın tüketici tarafından kullanılmasının, cayma hakkı bakımından sonucunun ne olacağıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) md. 48/4 ve Mesafeli Sözleşmeler

¹ Öğretide, cayma hakkı terimi bakımından bir tartışma söz konusudur. Bir görüş, cayma hakkı ifadesinin isabetli olmadığını ve geri alma hakkı ifadesinin kullanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu tartışmalar için Bkz. BAYSAL, Başak, "Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXXV, Sayı 1, Yıl 2017, s. 274, dn. 2.

Yönetmeliği (Yönetmelik) md. 13/2 gereği, tüketici sadece malın “mutat kullanımı” dışında kalan fiillerin yarattığı değişim ve bozulmalardan sorumludur. Avrupa Birliği Tüketici Hakları Direktifi (Direktif) md. 14/2²'ye göre de tüketici yalnızca malın yapısını, niteliğini ve kullanımını kavramak için gerekli olan fiiller dışında kalan kullanımdan kaynaklanan değer azalmalarından sorumlu olur. Öğretide de malın tüketici tarafından mutat kullanımı aşan şekilde kullanılmasının cayma hakkına başvurulmasına engel teşkil etmediği, fakat tüketicinin değer azalmasından sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir³. Bu doğrultuda, mutat kullanım kavramının anlamının tespit edilmesi gerekir. Bunun yanında Yönetmelik md. 15 cayma hakkının kullanılmayacağı bazı istisnai halleri düzenlemiştir. Uygulamadaki yaygınlığı dolayısıyla, elektronik ürün satışlarında mutat kullanım kavramının nasıl değerlendirileceği, mutat kullanımın aşılmış olmasının cayma hakkına başvurulmasını engelleyip engellemeyeceği, elektronik ürünlerin cayma hakkının kullanılmayacağı istisnai hallerden sayılıp sayılmadığı ve internet ortamında satış yapan satıcıların elektronik ürünlerde cayma hakkının kullanımını kısıtlayan beyanlarının hangi ölçüde hukuki sonuç doğuracağı, tartışmaya değer güncel hukuki sorunlar doğurur. Avrupa Birliği mevzuatı ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları Türk Hukuku açısından bağlayıcı olmasa da TKHK ve Yönetmelik, büyük ölçüde Avrupa Birliği tüketici hukukunun ve Direktif'in etkisi ile oluşturulan düzenlemelerdir⁴. Bu nedenle Direktif kapsamında yapılan hukuki tartışmalar ve yo-

² “The consumer shall only be liable for any diminished value of the goods resulting from the handling of the goods other than what is necessary to establish the nature, characteristics and functioning of the goods.”

³ Bu görüşler için bkz. Aşa. III, B.

⁴ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, AB tüketici mevzuatının iç hukuka aktarılması amacıyla düzenlemeler öngörmüştür. Bkz. AYDOĞDU, Murat, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, Yıl 2013, s. 4. Aynı yönde bkz. DÖNMEZ, Zeynep, “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku’na Yansımaları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2016, s. 351. Keza, TKHK’nın amacını açıklayan 1. maddesi, Avrupa Birliği’nde kabul edilen tüketicinin beş temel hakkını içermektedir. Bkz. SİRMEN, A. Lâle, “Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri”, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Sayı 8 (Özel Sayı), Yıl 2013, s. 2467.

rumlar, Türk Hukuku bakımından yol göstericidir. Bu çalışma, anılan hukuki sorunları TKHK, Direktif ve Yönetmelik kapsamında incelemeyi amaçlamaktadır.

Son olarak şunu özellikle ifade etmek isteriz: Gerek mesafeli sözleşme kavramı gerekse cayma hakkı, öğretide pek çok yönü ile tek bir monografinin kapsamını aşabilecek teorik tartışmalara konu olmuştur. Bu çalışma, mesafeli sözleşme ve cayma hakkı kavramlarını, yukarıda özellikle anılan sorunlar kapsamında incelemeyi amaçladığından, bu kavramlara yönelik her türden teorik tartışma ayrıca incelenmemektedir.

I. MESAFELİ SATIM SÖZLEŞMELERİNDE CAYMA HAKKI

A. Mesafeli Satım Sözleşmeleri Kapsamında İnternet Satışları

Sözleşme, en başat ifadesi ile bir irade mutabakatıdır⁵. Bu mutabakat çoğu zaman, öncesinde tarafların sözleşme kurma iradesini oluşturmak için müzakere ettikleri bir aşama gerektirir. Müzakere ve kurulma aşamaları alıcı ile satıcının karşı karşıya gelmeden, mektup, telefon, faks, e-posta, akıllı uygulamalar gibi her türden yazılı, görsel veya elektronik iletişim aracı ile gerçekleştirilen sözleşmeler ise mesafeli sözleşme olarak adlandırılmaktadır⁶. TKHK md. 48/1 ve Yönetmelik md. 4/e de benzer

⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 95 vd.

⁶ ÇABRİ, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 870; AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Tüketici Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 406; ÖZLÜK, Betül, "Akıllı Mesafeli Sözleşmelerde Bilgilendirme Yükümlülüğü", Bilişim Hukuku Dergisi, Sayı 1, Yıl 2020, s. 86; AKKURT, Sinan Sami, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 1, Yıl 2011, s. 35; MODUL 2, s. 7; STEENNOT, Reinhard, "The Right Of Withdrawal Under The Consumer Rights Directive As A Tool To Protect Consumers Concluding A Distance Contract", Computer Law & Security Review, Sayı 29, Yıl 2013, s. 107; AVCI BRAUN, Cihan, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayı, Cilt XII, Sayı 2, Yıl 2015, s. 29; UYUMAZ, Alper, "Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, Yıl 2007, s. 912 vd.; BOZBEL, Savaş / ATALI, Murat, "Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, Sayı 1-2, Yıl 2005, s. 451; BÜTÜN YILMAZ, Derya G., "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 69, Sayı 2, Yıl 2020, s. 330 vd.; BOZBEL, Savaş, "Türk Huku-

bir tanımı içermektedir. Buna göre: “Mesafeli sözleşme, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde, taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dâhil olmak üzere uzaktan iletişim araçlarının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmelerdir.” Ayrıca, hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere, mesafeli sözleşmelerde sadece müzakere veya kuruluş aşamalarından birinin “uzaktan” gerçekleştirilmesi yeterli sayılmaz. Bu iki aşamadan biri satıcının iş yerinde gerçekleştiyse, sözleşme “mesafeli” yapılmış sayılmamaktadır⁷.

Bir sözleşmenin mesafeli sözleşme sayılması için gerekli olan bir diğer unsur ise, satıcının mesafeli sözleşme yapma amacıyla bir sistem kurmuş olmasıdır. TKHK md. 48/1 hükmü lafzında bu husus açıkça ifade edilmektedir. Dolayısıyla satıcının münferit olarak ve bir sistem kurmadan yapmış olduğu sözleşmeler, iletişim araçları ile uzaktan kurulmuş olsalar bile TKHK anlamında mesafeli sözleşme kavramına girmeyeceğinden, tüketicinin de mesafeli sözleşmelere özgü koruma imkanlarından -özellikle cayma hakkından- faydalanması söz konusu olmaz⁸. Örneğin, sosyal medya profiline ilan koyarak ve bu mecradan iletişim kurarak eski bilgisayarını satan kişinin, bu satış için bir sistem kurduğu söylenemez. Bu durumda, mesafeli sözleşmenin varlığı ve tüketicinin bu sözleşme kapsamında korunması söz konusu olamaz.

Mesafeli sözleşme, her türden özel sözleşme türünü içinde barındırabilen bir genel kavramdır. Zira bu kavram, bir sözleşme kurma biçimini ifade eder⁹. Dolayısıyla her türden sözleşme, aksine bir düzenle-

kunda mesafeli Sözleşmeler”, Atatürk Üniversitesi Erzinan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 3-4, Yıl 2003, s. 785; DEMİR, Mehmet, “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, Yıl 2003, s. 66; YÜCEDAĞ GÖZTEPE, Nafiye, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 27, Yıl 2016, s. 668; AYDOĞDU, Murat, Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 134.

⁷ ÖZLÜK, s. 87; BÜTÜN YILMAZ, s. 331; UZUN KAZMACI, Özge, “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s. 2795; AYDOĞDU, Kılavuz, s. 134.

⁸ UZUN KAZMACI, s. 2795. Bu yönde bkz. BÜTÜN YILMAZ, s. 332; BOZBEL, s. 788; YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 669; AYDOĞDU, Kılavuz, s. 135.

⁹ ÖZLÜK, s. 88; AVCI BRAUN, s. 22.

me yoksa, kural olarak mesafeli sözleşme biçiminde kurulabilir¹⁰. Bu nedenle, günümüzde bilhassa teknolojik gelişmelerin sonucunda kullanım alanı gittikçe yaygınlaşmaktadır¹¹. Bu aşamada, elektronik sözleşme ve internet satışı kavramlarını ayrıca incelemek gerekir.

Elektronik ticaret ve elektronik sözleşme kavramı, elektronik iletişim araçları aracılığıyla yapılan işlemleri ifade eder¹². Sözleşme yapma amacı taşıyan tarafların sözleşme yapma iradelerinin elektronik veriler yoluyla açıklandığı her türden araç, elektronik sözleşmeye aracılık teşkil edebilir¹³. Bu türden işlemler, internet bağlantısı aracılığıyla kurulabildiği gibi, telefon, faks, teleks gibi geleneksel elektronik iletişim yolları ile de oluşturulabilir¹⁴. İnternet satışı ise, internet yoluyla ve internet araçlarının kullanılması ile kurulan sözleşmeyi ifade eder¹⁵. Bu bağlamda, elektronik sözleşme kavramının, internet satışı kavramında daha geniş bir anlamı olduğunu, internet yolu ile kurulan sözleşmelerin ise elektronik sözleşmelerin bir türü olduğunu ifade etmek gerekir¹⁶. İnternet satışları, ekonomik getirileri ve sağladıkları kolaylık ile günümüzde elektronik sözleşmelerin en yaygın türünü oluşturmaktadır¹⁷.

Elektronik sözleşmelerin hukuki niteliklerinden biri, mesafeli sözleşme olmalarıdır¹⁸. Elektronik sözleşmelerin bir türü olan internet satışları da mesafeli sözleşmelerden sayılmaktadır¹⁹. Tabii, internet satışının tüketici hukuku anlamında mesafeli sözleşme sayılabilmesi için, tüketici işlemlerinin diğer şartlarını da taşıması gerektiği göz ardı edilmemelidir. Zira, tüketici sıfatı taşımayan kişilerin internet aracılığıyla kurduğu söz-

¹⁰ AVCI BRAUN, s. 22. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği md. 2/2 bazı sözleşme türlerini kapsam dışında bırakmıştır. Kapsam dışı unsurlar bu çalışmada ayrıca incelenmeyecektir.

¹¹ AVCI BRAUN, s. 18.

¹² AKKURT, s. 22; UYUMAZ, s. 908.

¹³ AKKURT, s. 25.

¹⁴ AKKURT, s. 22, 26.

¹⁵ UZUN KAZMACI, s. 2792; ÖZLÜK, s. 94; AKKURT, s. 22.

¹⁶ UZUN KAZMACI, s. 2793; AKKURT, s. 35; bu yönde UYUMAZ, s. 908.

¹⁷ UYUMAZ, s. 910; UZUN KAZMACI, s. 2792.

¹⁸ AKKURT, s. 30; MODUL 2, s. 8; UYUMAZ, s. 916.

¹⁹ ÖZLÜK, s. 94.

leşmeler de elektronik sözleşme kavramının kapsamına dahil olmaktadır²⁰.

İnternet yoluyla kurulan elektronik sözleşmeler, uygulamada çoğunlukla etkileşimli internet siteleri aracılığıyla kurulmaktadır. Etkileşimli internet sitesi, bu ortamda satış yapan satıcının doğrudan pazarlama yapmasına imkân tanınan, satıcının sözleşmenin esaslı unsurlarını yayınladığı internet sitesi üzerindeki beyanının icap niteliğinde kabul edildiği, böylece alıcının kabul beyanı ile sözleşmenin kurulabildiği elektronik ortamdır²¹. Günümüzde bu türden internet siteleri, gerek bireylerin çok büyük çoğunluğunun kullandığı akıllı telefon uygulamalarıyla yapılan işlemlerde²² gerekse ekonomik getirileriyle tercih nedeni olan internet satışlarında²³ kullanılmakta ve bu işlemler mesafeli sözleşmelerin en önemli örneklerini oluşturmaktadır. İnternet satışlarının bu denli yaygınlaşması ve bu yöndeki düzenleme ihtiyacı, Türk tüketici mevzuatında yapılan değişikliklerin de en önemli nedenlerinden biridir²⁴.

B. İnternet Satışlarında Cayma Hakkının Kullanılması

a. Genel Olarak

Tüketicinin en üst seviyede korunması, Avrupa Birliği hukuk politikasının en öncelikli amaçlarından biri olarak görülmektedir²⁵. Cayma

²⁰ Benzer tespit için bkz. ÖZLÜK, s. 94; UYUMAZ, s. 916; BÜTÜN YILMAZ, s. 329; BOZBEL, s. 786.

²¹ AKKURT, s. 40.

²² Akıllı uygulamalar ile yapılan işlemlerin mesafeli sözleşme niteliği için bkz. ÖZLÜK, s. 88.

²³ AVCI BRAUN, s. 19.

²⁴ Hem 4077 sayılı kanunda yapılan değişikliklerde, hem de 6502 sayılı kanunun hazırlanmasında bu saik için bkz. AYDOĞDU, s. 4. Mesafeli satım sözleşmelerinde tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler henüz kanuni düzenlemelerde yer almazken, agresif satış yöntemleri nedeniyle kapıdan satışlarda geri alma hakkı düzenlenmişti. Bkz. KURT, Leyla Müjde, "TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, Yıl 2011, s. 45 vd.

²⁵ SÁNCHEZ ABRIL, Patricia / OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco / MARTÍNEZ EVORA, Joan, "The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: a comparative analysis of American and European Law", InDret, Sayı 3, Yıl 2018, s. 30; GEZDER, Ümit, "The Right of Withdrawal in Distance Contracts", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Sayı 8, Yıl 2013, s. 1185.

hakkı sayesinde tüketiciye tek taraflı olarak ve hiçbir gerekçe sunmaksızın sözleşme ile bağlı olmaktan kurtulma “kudreti” tanınmış olması da bu koruma amacının bir yansımasıdır²⁶. Gerçi, tüketiciye tanınan cayma hakkı öğretide *pacta sunt servanda* ilkesine aykırılık teşkil edip etmediği bakımından tartışılmış ve öğretinin bir kısmınca eleştirilmiş olsa da²⁷, aşağıda da incelendiği üzere hem Avrupa Birliği hem de bunun tüketici hukuku bakımından fazlasıyla etkilediği Türk Hukukunda tüketicinin korunması bakımından geniş yer tutmaktadır.

Cayma hakkı, tüketiciye, herhangi bir gerekçe sunmaksızın ve cezai şart ödemeksizin mesafeli satım sözleşmesi ile bağlı olmaktan kurtulma imkânı veren bir hak²⁸. Bu esas, TKHK md. 48/4, Yönetmelik md. 11 ve Direktif md. 9 vd. düzenlenmektedir. Cayma hakkının kullanılmasından evvel sözleşme kurulmuş ve taraflar sözleşme ile bağlı duruma gelmiştir²⁹. Sözleşme ile bağlı olması beklenen tarafın, sözleşmeden böylesine kolayca “kurtulmasına” imkân veren bu hakkın tanınması ise, bizatihi mesafeli sözleşmelerin “mesafeli” niteliğinden kaynaklanır. Mesafeli sözleşme kuran tüketici, klasik alışveriş hayatında olduğu gibi sözleşmenin karşı tarafını görmemekte, ayrıca malı muayene etme ve hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olma imkanını elde edememektedir. Bu nedenle tüketicinin, sözleşme konusu mal hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olmadan sözleşme yapma tehlikesi vardır³⁰. İşte bu bilgi asi-

²⁶ ABRIL/BLANQUEZ/EVORA, s. 31.

²⁷ GEZDER, s. 1188; LUZAK, Joasia, “To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers”, Journal of Consumer Policy, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013/04, s. 1. Bu yönüyle cayma hakkının sözleşme ile bağlılık prensibinin bir istisnası mı, yoksa onun tamamlayıcısı mı olduğu yönündeki tartışmalar ve cayma hakkının sözleşme ile bağlılık ilkesinin tamamlayıcısı olduğu yönündeki görüş için bkz. BAYSAL, s. 277 vd.

²⁸ BAYSAL, s. 275; STEENNOT, s. 106; ÇABRİ, s. 64; AVCI BRAUN, s. 36; DÖNMEZ, s. 368. Dolayısıyla cayma hakkı, halihazırda kurulmuş ve bağlayıcı olan bir sözleşme ilişkisinin çözülmesini sağlar. Bu yönüyle sadece bir “düşünme süresinden” (*Thinking period*) ayrılır. Zira düşünme süresi içerisinde sözleşmenin henüz kurulmamış, tüketicinin de henüz ifayı talep edemez durumda olduğu kabul edilir. Bkz. Gezder, s. 1191.

²⁹ BAYSAL, s. 277; GEZDER, s. 1193.

³⁰ BAYSAL, s. 275, dn. 5, s. 284; ÇABRİ, s. 868; BAŞ SÜZEL, Ece, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, Yıl

metrisi, mesafeli sözleşmelerde tüketicinin hukuki durumunun özel olarak düzenlenmesini ve tüketicinin korunmasını gerektirmiştir³¹. Keza, tüketicinin elektronik iletişim araçları ile kolaylıkla uzaktan sözleşme kurabiliyor olması, riskin gerçekleşme ihtimalini arttırmaktadır. Zira bu kolaylık, uygulamadaki işlem sayısını artırır³². İnternet araçlarının pek çok özelliğini bilmeyen ve bu yönüyle zarar görmeye açık olan tüketicinin korunması gerekir³³. Cayma hakkı ayrıca, tüketim çağında bireyin rasyonel olmayan tüketim davranışlarının telafisi için bir araçtır³⁴. Üstelik tüketicinin üstlendiği riskin ve bundan kaynaklanan zararın artması, piyasa dengesini bozabilecek, sonuç olarak ise tüm piyasa aktörlerinin zarara uğramasına neden olabilecek bir husustur. Dolayısıyla, tüketiciye yönelik koruyucu düzenlemeler, dolaylı olarak tüm piyasa aktörlerini korumaktadır³⁵. Bu nedenle cayma hakkı, tüketiciye aksi kararlaştırılmayacak biçimde tanınmıştır³⁶. Böylece, mesafeli sözleşme yapan tüketici satıcıyı/sağlayıcıyı ve ürünü görmeden, yalnızca iletişim araçları ile uzaktan bir sözleşme ilişkisi kurduğu için, kanun koyucu tarafından özel olarak korunmuştur.

b. Tüketicinin Cayma Hakkı Konusunda Bilgilendirilmesi

Tüketicinin mesafeli satım sözleşmesinde cayma hakkı ile korunması, ancak bu hakka sahip olduğunu ve nasıl kullanacağını bilmesi ile sağlanabilir. Bu korumanın sağlanması amacıyla öncelikle TKHK md. 48 ve Yönetmelik md. 5, mesafeli sözleşmelerde tüketiciye bilgi verme yükümlülüğünü özel olarak düzenlemiştir.

İlk olarak, tüketicinin mesafeli satım sözleşmelerinde cayma hakkı bakımından bilgilendirilmesi Yönetmelik'in 5/1 maddesinin g, ğ ve h

2018, s. 340; MODUL 2, s. 7; ABRIL/BLANQUEZ/EVORA, s. 32; AVCI BRAUN, s. 19; BÜTÜN YILMAZ, s. 338; UZUN KAZMACI, s. 2801; BOZBEL, s. 799; DÖNMEZ, s. 358; DEMİR, s. 66; BOZBEL/ATALI, s. 452; YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 669.

³¹ ÇABRİ, s. 881; BAYSAL, s. 281; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 881; BAŞ SÜZEL, s. 341; AVCI BRAUN, s. 36; GEZDER, s. 1188; UZUN KAZMACI, s. 2801; DEMİR, s. 71; BOZBEL/ATALI, s. 452.

³² BAŞ SÜZEL, s. 341; GEZDER, s. 1189; UZUN KAZMACI, s. 2806; DÖNMEZ, s. 363.

³³ UYUMAZ, s. 916.

³⁴ BAYSAL, s. 275, 280; BOZBEL/ATALI, s. 452; YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 669.

³⁵ Bu yönde bkz. BAŞ SÜZEL, s. 342.

³⁶ SİRMEN, s. 2468. Fakat öğretilerde bu husus eleştirilmektedir. Bkz. YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 670.

bentlerinde oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre “*cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler, cayma bildiriminin yapılacağı açık adres, faks numarası veya elektronik posta bilgileri, 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi*” tüketiciye verilmelidir. Zira tüketici, ancak cayma hakkı konusunda bilgi sahibi ise bu hakkı gereği gibi kullanabilir³⁷.

İnternet üzerinden kurulan sözleşmelerde ise satıcıya bu bilgilendirme konusunda ek yükümlülükler getirilmiştir³⁸. Yönetmelik md. 6/2’ye göre satıcı/sağlayıcı, sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, mal veya hizmetin tüm vergiler dahil toplam fiyatı, niteliği itibariyle önceden hesaplanamıyorsa fiyatın hesaplanma usulü, varsa tüm nakliye, teslim ve benzeri ek masraflar ile bunların önceden hesaplanamaması halinde ek masrafların ödenebileceği bilgisi, cayma hakkının olduğu durumlarda, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü ve satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ilişkin bilgiler ve 15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi hakkında tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce açık bir şekilde bilgilendirmede bulunmak ve herhangi bir gönderim kısıtlamasının uygulanıp uygulanmadığını ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiğini, en geç tüketici siparişini vermeden önce, açık ve anlaşılabilir bir şekilde belirtmek zorundadır. Direktif md. 8/2 hükmü, Yönetmelik’in md. 6/2 hükmüne kaynaklık etmiştir. Direktif gerekçesinin 39. paragrafı md. 8/2’nin amacını, tüketicinin verdiği onay ile sözleşme kurarak bir ödeme yükümlülüğü altına girdiği yönünde dikkatinin çekilmesi olarak açıklamaktadır. Böylece tüketici, internet satış sitesinde tek bir “tıklama” işlemi ile ortaya çıkan sonucu ve üstlendiği yükümlülüğü açıkça kavrayabilecek duruma getirilecektir³⁹. Kanımızca, tüketicinin internet ortamında oldukça basit bir işlem ile üstleneceği bu olası yükümlülüklerden önce işlemin

³⁷ ROTT, Peter, “Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?”, German Law Journal, Cilt 12, Sayı 7, Yıl 2006, s. 1116.

³⁸ ÖZLÜK, s. 91.

³⁹ Bu yönde bkz. ÖZLÜK, s. 91, 92; BAŞ SÜZEL, s. 341, 350; DÖNMEZ, s. 363.

sonuçları ile ilgili son bir defa uyarılması, tüketicinin korunması amacıyla etkin bir şekilde hizmet edebilecek bir araçtır. Bununla birlikte, uygulamada internet satışlarında bu bilgi verme yükümlülüğü, siparişin oluşturulmasındaki son aşamada, ödeme onayından evvel, internet sayfasında ürünün ve kargolama ücretinin gösterilmesi ve kurulacak mesafeli satım sözleşmesi ile ön bilgilendirme metnini “Okudum, anladım.” sekmeleri ile sağlanmaktadır. Kanımızca, tüketicinin şartları tek tek okumaksızın bir “global kabul” eğiliminde olduğu kabul edildiğinde, bu yöntemin ne kadar işlevsel olduğu tartışmaya açık hale gelir.

Tüketicinin cayma hakkına ilişkin bilgilendirilmemesinin yaptırımını, Yönetmelik md. 10/2’de düzenlenmiştir. Buna göre, eğer tüketici cayma hakkına ilişkin gerektiği şekilde bilgilendirilmezse, bu hakkı bir yıl içerisinde yapılan bilgilendirmenin ardından on dört gün içinde kullanılabilir. Tüketicinin cayma hakkına ilişkin olarak bilgilendirilmesi yükümlülüğü sadece cayma hakkının “varlığına” ilişkin değildir, ayrıca cayma hakkının kullanılacağı süre, taşıyıcının bilgileri gibi unsurları da içerir. Bunun yanında somut olayda cayma hakkının mevcut olmadığı istisnai hallerle ilişkin bilgilendirmenin yapılmaması halinde, tüketicinin cayma hakkını kullanabilir hale geleceği kabul edilmektedir⁴⁰. Diğer bir deyişle, tüketici istisnai hali bilmeksizin sözleşme yapmış ise, bu istisna ona karşı ileri sürülemez, tüketici cayma hakkını kullanabilir. Ayrıca tüketici cayma hakkı konusunda bilgilendirilmemişse, bu süre içerisinde yaptığı kullanımın mutata kullanım çerçevesinde kalması beklenmez⁴¹. Diğer bir ifade ile, tüketici cayma hakkına ilişkin bilgilendirilmeksizin malı gerçek anlamıyla kullanmış ve mutata kullanımı aşmış ise, malda meydana gelen değişimlerden sorumlu olmaksızın cayma hakkını kullanabilecektir. Esasında bu husus, Direktif md. 14/2 de açıkça düzenlenmiştir⁴². Türk Hukukunda benzer bir düzenleme olmasa da kanımızca aynı yorumu yapma gerekir⁴³. Zira cayma hakkının var olduğunu bilmeyen veya bu hakkı usulüne uygun kullanmak için gerekli bilgileri

⁴⁰ BAŞ SÜZEL, s. 362; MODUL 2, s. 11; GUIDANCE, s. 37.

⁴¹ Esasında tüketici, aşağıda da incelendiği üzere, kural olarak mutata kullanımı aşan fiillerin yarattığı değişim ve bozulmalardan sorumludur. Bkz. TKHK md. 48/4, Yönetmelik md. 13/2.

⁴² “...The consumer shall in any event not be liable for diminished value of the goods where the trader has failed to provide notice of the right of withdrawal in accordance with point (h) of Article 6(1).”

⁴³ Aynı yönde görüş için bkz. BAŞ SÜZEL, s. 363; YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 680.

elde edemeyen tüketicinin, malı bu süre içerisinde kullanmamasının beklenmesi, hayatın olağan akışı ve dürüstlük kuralı ile bağdaşan bir sonuç değildir.

Tüketici cayma hakkını kullandığı vakit, Yönetmelik md. 12/3 gereği, malı satıcının ön bilgilendirmede belirttiği taşıyıcı aracılığıyla geri göndermesi halinde, iadeye ilişkin masraflardan sorumlu tutulmamaktadır. Satıcı ön bilgilendirmede iade için herhangi bir taşıyıcıyı belirtmemiş ise, yine tüketiciden iade masrafına ilişkin bedel talep edilemez. Eğer belirtilen taşıyıcı, tüketicinin bulunduğu yerde şube sahibi değilse, satıcı hiçbir bedel talep etmeksizin malı tüketiciden almakla yükümlüdür⁴⁴. Uygulamada taşıyıcı bilgileri genellikle, satışa aracılık eden etkileşimli internet sitelerinin “iade koşulları” başlıklı bilgilendirme notlarında yer almaktadır. Uygulamada tartışmalı olabilecek bir husus, belirtilen taşıyıcının tüketicinin bulunduğu yerde bir şubesinin bulunmaması halidir. Hükümdeki “bulunduğu yer” ifadesi, kanımızca yerleşim yeri olarak değerlendirilmelidir. Uygulamada bu amaçla kullanılan kargo firmalarının pek çok küçük ilçe merkezinde ve köyde şubesi bulunmadığı düşünüldüğünde, satıcının bu hükmün gereğini yerine getirmede “isstekli” olmaması durumunun yaratacağı sonuç, düşündürücüdür.

c. Cayma Hakkının Kullanılmasında Şekil ve Süre

Tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için, Yönetmelik md. 11/2 gereği Yönetmelik ekinde yer alan formları kullanması yeterlidir. Fakat bu yöntem zorunluluk arz etmez. Tüketici bu anlama gelecek bir beyan ile cayma hakkını kullanabilir⁴⁵. Cayma hakkının kullanıldığının ispat yükümlülüğü ise, Yönetmelik md. 11/4 gereği tüketicieye aittir⁴⁶. Uygulamada internet satışlarında bu beyan genellikle, satışa aracılık eden internet sitesinde kurulmuş bir sistem ile sağlanmakta ve tüketici “iptal/iade” butonu ile cayma hakkını kullandığını beyan etmektedir.

⁴⁴ Yönetmelik md. 12/3 hükmü, satıcının iade masraflarından sorumlu olmadığını düzenleyen Direktif md. 14 hükmünden ayrılmakta ve tüketiciyi daha fazla korumaktadır. Bu durum öğretide isabetli olarak eleştirilmiş, tüketiciye tanınan bu keyfi şekilde sözleşmeyi sona erdirmenin imkanının satıcıyı parasal yükümlülük altına sokmaması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. ÇABRİ, s. 888.

⁴⁵ DÖNMEZ, s. 371; STEENNOT, s. 110; GUIDANCE, s. 40; AVCI BRAUN, s. 38.

⁴⁶ Tüketici cayma hakkını telefon görüşmesi aracılığıyla kullanıyor ise, bunu ispatla yükümlüdür. Zira, telefon kayıtlarından görüşmenin içeriğini tespit etmek mümkün değildir. Bkz. Yarg. 13. HD, E. 2012/11225, K. 2012/14730, T. 5.6.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- Erişim Tarihi 09.07.2021).

Yönetmelik md. 9/1 gereği, tüketici “on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin sözleşmeden cayma hakkına sahiptir.” Cayma hakkının kullanan tüketici on gün içinde söz konusu malı satıcıya göndermekle (Yönetmelik md. 13/1), satıcı ise on dört gün içinde ödediği bedeli tüketiciye iade etmekle yükümlüdür (Yönetmelik md. 12/1). Bu doğrultuda satıcı, tüketiciye yapacağı iadeyi tüketicinin kullandığı ödeme aracına uygun biçimde yapmalıdır (Yönetmelik md. 12/2). Ayrıca bedelin tüketiciye iadesi için yapılan masraflara da satıcı katlanmaktadır. Örneğin bedelin kredi kartına iadesi için yapılacak havale masrafı satıcıya ait olacaktır⁴⁷. İnternet satışları, hemen her zaman kredi kartı veya havale aracılığıyla yapılan işlemler olduğu için, ücret iadesi de bu araçlarla gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla satıcının bedel iadesini aynı internet sitesinde kullanılacak bir hediye çeki veya para yerine geçen puan gibi yöntemleri kullanarak yapacağına dair tek taraflı beyanları sonuç doğurmaz⁴⁸. Elbette, satıcı ve tüketici iade aracı konusunda farklı bir kararlaşırma yapabilirler. Fakat bu aşamada şuna dikkat çekmek gerekir: Satıcının, iadenin farklı bir yöntem ile gerçekleştirileceğine yönelik önceden mesafeli satım sözleşmesine ekleyerek tüketiciye sunduğu ve müzakere olanağı olmayan kayıtlar, kanımızca haksız şart niteliğinde sayılabilir. Zira para iadesini elde edemeyen ve örneğin yine hediye çeki ile alışverişe zorlanan tüketicinin ekonomik menfaatinin ihlal edildiği açıktır. Bu durum TKHK md. 5/2 gereği söz konusu kaydın hükümsüz olmasına neden olacaktır⁴⁹.

Tüketici, kendisine teslim edilen ürünün ayıplı olması halinde dilerse ayıp hükümlerine başvurabilir, dilerse cayma hakkını kullanabilir. Fakat bu ihtimalde de cayma hakkını kullanma süresinin on dört gün ile

⁴⁷ ÇABRİ, s. 888.

⁴⁸ GUIDANCE, s. 46.

⁴⁹ Haksız şart, tüketici ile müzakere edilmeden sözleşmeye eklenen ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülük dengesini dürüstlük kuralına aykırı şekilde tüketici aleyhine değiştiren kayıtlardır. Buradan tüketicinin haksız şartlar ile ilgili önceden bilgilendirilmesi yeterli değildir. Gerçek anlamıyla bir müzakere imkânı aranır. Bkz. AKİPEK ÖCAL, Şebnem, “Hukukumuzda Haksız Şartlar ve Sonuçları”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayı, Cilt XII, Sayı 2, Yıl 2015, s. 207, 208. Kanımızca iade yönteminin değiştirilmesi ve tüketicinin bir hediye çeki yöntemi ile aynı internet satıcısından alışverişe zorlanması da -somut olayın şartları dahilinde- tüketici bakımından haksız şart olarak değerlendirilebilir.

sınırlı olduğu dikkatten kaçmamalıdır. Fakat sözleşmede kararlaştırılan şeyden başka bir şeyin ifası (ailud ifa) söz konusu ise, sözleşmede kararlaştırılan şeyden başka bir şeyin teslimi söz konusu olduğu için, borç ifa edilmemiş sayılacağından, cayma hakkının kullanılması söz konusu olmaz. Bu durumda tüketicinin malın iadesi için on dört günlük süre ile bağlı olmayacağını kabul etmek gerekir⁵⁰. Örneğin uygulamada sık görülen bir sorun olan; tüketiciye ısmarladığı yüksek fiyatlı elektronik ürünler yerine basit ve ucuz nesnelere yollanması örneklerinde, kanımızca aynı esas geçerli olacak ve tüketici on dört günlük cayma süresi ile sınırlı olmayacaktır.

II. MUTAT KULLANIM KAVRAMI

A. Mutat Kullanım Kavramının Sınırları

TKHK md. 48/4 ve Yönetmelik md. 13/2 gereği, cayma hakkını kullanan tüketici sadece malın “mutat kullanımı” dışında kalan fiillerin yarattığı değişim ve bozulmalardan sorumludur. Direktif md. 14/2’ye göre de tüketici yalnızca malın yapısını, niteliğini ve kullanımını kavramak için gerekli olan fiiller dışında kalan kullanımdan kaynaklanan değer azalmalarından sorumlu olur. Tüketici, mutat kullanım kavramı çerçevesinde kalan fiillerin sonuçlarından ise sorumlu olmayacak, bundan kaynaklanan değer azalmalarını tazmin etmek zorunda olmayacaktır⁵¹. Esasında bu, cayma hakkının doğasına uygun bir kabuldür. Zira tüketici, mesafeli bir sözleşme ile satın aldığı malı kontrol etmek amacıyla olağan şekilde muayene edebilecek kadar dahi kullanma hakkına sahip olmasaydı, cayma hakkı işlevini yitirirdi⁵². Bunun yanında, tüketicinin mutat kullanımın aşılmasından kaynaklanan tazmin sorumluluğunun doğması için, bu konuda bilgilendirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla tüketici, mutat kullanımı aşması halinde bundan kaynaklanacak tazmin sorumluluğuna ilişkin bilgilendirilmemişse, bu yükümlülük doğmaz⁵³. Bu nedenle tüketicinin cayma hakkına ilişkin bilgilendirilmesi yükümlülüğünün mutat kullanım ve onun aşımı sonucunu da kapsar şekilde değerlendirilmesi gerekir.

⁵⁰ DÖNMEZ, s. 371.

⁵¹ AVCI BRAUN, s. 38; BOZBEL/ATALI, s. 473.

⁵² ABRIL/BLANQUEZ/EVORA, s. 41; BOZBEL/ATALI, s. 473.

⁵³ Bu yönde bkz. DÖNMEZ, s. 375.

Sonuçları itibarıyla tüketiciyi ciddi bir ekonomik yük altına sokabilecek olan mutata kullanım kavramının kapsamını doğru biçimde tespit etmek gerekir. Öğretide mutata kullanım kavramı, genel olarak dar biçimde yorumlanmaktadır. İlk olarak Direktif'in yorumunda, tüketicinin mutata kullanımının, esasında tüketici fiziken malın satıldığı ortamda, yani örneğin dükkânda olsaydı, malı nasıl inceleyecek ve deneyecek idiyse, o şekilde kullanması olduğu işaret edilmiştir. İşte bunu aşan davranışlar, mutata kullanımın aşılması anlamına gelir⁵⁴. Bu esas, Direktif'in gerekçesinin 47. paragrafında açıkça ifade edilmiştir⁵⁵. Mutata kullanım kavramının bu kapsamda yorumlanması, esasında kanun koyucunun mesafeli satım sözleşmesi yapan tüketiciyi menfaat dengesi bakımından mağazadan alışveriş yapan tüketici ile aynı konuma getirmek istemesinden kaynaklanır. Keza, mağazadan alışveriş yapan tüketici de bu esnada malı dilediği gibi denemek ve kullanmak imkanına sahip olmayacaktır⁵⁶. Mutata kullanım kavramı Türk Hukukunda da çoğunlukla benzer bir biçimde dar yorumlanmaktadır. Buna göre, tüketicinin malı oldukça geniş şekilde kullanması fakat yine de sözleşmeden hiçbir değer kaybını tazmin etmeden cayması mümkün olursa, bu satıcı-tüketici arasındaki menfaat dengesini hakkaniyete aykırı biçimde bozar⁵⁷. Keza, mesafeli satım sözleşmesi, muayene şartıyla satım anlamına da gelmez⁵⁸. Örneğin, bir mağazadan bilgisayar satın almak isteyen kişi, bilgisayara yazılım yükleyemez. Dolayısıyla bir internet sitesinden satın aldığı bil-

⁵⁴ STEENNOT, s. 111; MODUL 2, s. 14.

⁵⁵ *"In order to establish the nature, characteristics and functioning of the goods, the consumer should only handle and inspect them in the same manner as he would be allowed to do in a shop. For example, the consumer should only try on a garment and should not be allowed to wear it. Consequently, the consumer should handle and inspect the goods with due care during the withdrawal period."*

⁵⁶ ROTT, s. 1126.

⁵⁷ Bu yönde dar yorum için bkz. DÖNMEZ, s. 375; YILDIRIM, Abdülkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2010, s. 258; İNAL, Emrehan, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler", Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu Metinler Kitabı, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları No: 189, İstanbul 2013, s. 130; BOZBEL/ATALI, s. 472, 473; YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 679.

⁵⁸ BAŞ SÜZEL, Ece, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 169-170, Yıl 2018, s. 257 vd. Karş. Bozbel'e göre, burada muayene şartı ile satımın bir türü söz konusudur. Bkz. BOZBEL, s. 799.

gisayara yazılım yüklerse, bundan kaynaklanan değer azalmasını tazmin etmek zorundadır⁵⁹. Bir mağazadan ses veya görüntü kaydeden bir cihaz almak isteyen kişi, bu cihaza ses/görüntü kaydetmeyi deneyebilir⁶⁰. Elektrikli mutfak aletleri satın almak isteyen kişi, bu ürünlerin mekanik aksamını test etmek dışında, gerçek anlamıyla malzeme ile birlikte deneyemez. Zira bu türden bir deneme sonrası üründe eski hale getirilemez⁶¹. Telefon alacak olan kişi, sim kartını bu telefona takıp kullanmaz⁶². Fakat uygulamada, bu dar yorumu aşan kararlara da rastlanmaktadır. Örneğin Alman Federal Mahkemesi elektronik ürünlere ilişkin olmasa da bir kararında, su yatağı alan tüketicinin, ürünü evine götürüp içine su doldurarak denedikten sonra sözleşmeden caymasında mutata kullanımın aşılmadığına, su yatağının ancak bu şekilde denenebileceğine ve tüketicinin denemeden kaynaklanan değer azalmasını tazmin etmek zorunda olmadığına hükmederek mutata kullanım kavramını geniş yorumlamıştır⁶³. Bu noktada ayrıca şunu da önemle vurgulamak gerekir: Mutata kullanımın aşılması bahsinde ölçüt, bizzat malın tüketicinin elinde kaldığı süre olmamalıdır. Zira cayma hakkını kullanmada acele etmesi gerektiğini düşünen tüketici, yine rasyonel olmayan kararlar verebilir. Bu ise cayma hakkının amacı ile bağdaşmaz⁶⁴. Önemli olan, kullanımın niteliği olmalıdır.

Malın ambalajının açılması da mutata kullanım kavramı ile doğrudan ilgili bir husustur. Eğer mal bu türden şeylerin satıldığı mağazalarda ambalajsız bir şekilde sergileniyorsa, malın sadece paketinin açılmış olması mutata kullanımın aşıldığı anlamına gelmez. Bu nedenle açılma sırasında ambalajda meydana gelen tahribat, tazmin edilmesi gereken bir değer azalması değildir⁶⁵. Ayrıca, tüketicinin malın niteliğini anlayabilmek için ambalajından çıkarması gerekiyorsa, bunun da mutata kulla-

⁵⁹ MODUL 2, s. 14; GUIDANCE, s. 47; LUZAK, s. 9.

⁶⁰ GUIDANCE, s. 47.

⁶¹ GUIDANCE, s. 47.

⁶² GUIDANCE, s. 47. Ticaret Bakanlığı'nın yayımladığı Güncel Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Sıkça Sorulan Sorular' a göre, sim kart takılan telefonun ikinci el haline geldiği kabul edilmektedir. Bkz. s. 49.

⁶³ BGH VIII ZR 337/09 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=54033>).

⁶⁴ LUZAK, s. 10.

⁶⁵ ROTT, s. 1128; STEENNOT, s. 111; GUIDANCE, s. 47. Benzer yönde bkz. YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 679.

nım kapsamında kaldığı kabul edilmektedir. Fakat tüketicinin ambalajı dürüstlük kuralı çerçevesinde özen yükümlülüğüne uygun davranarak açması gerekir⁶⁶. Bu nedenle malın mutlaka orijinal ambalajı ile iade edilmesi zorunluluğunun, sözleşmede yer alan haksız şartlardan sayılma ihtimali yüksektir⁶⁷. Mal eğer koruyucu film gibi bir ambalaj ile satılıyorsa, bunun çıkarılması ancak malın denemesi için zorunlu ise mümkün olmalıdır⁶⁸. Elbette bu yorum, koruyucu ambalajın tekrar yerine takılmadığı ihtimal için geçerlidir. Örneğin telefon ekranlarının koruyucu filmleri, somut olayda çoğu zaman tekrar yapıştırılabilmektedir. Kanımızca bu filmin çıkarılması mutad kullanımın aşıldığı anlamına gelmez.

Mutad kullanımın aşılmış aşılmadığı, her somut olayda ayrıca tespit edilmesi gereken bir husustur⁶⁹. Oysa, tüketicinin malı kullanımının sadece deneme aşamasında mı kaldığı, yoksa gerçek bir kullanımını mı başladığı, somut olayda tespiti çoğu zaman imkânsız bir olgudur⁷⁰. Yukarıda da ifade edildiği gibi, bu kavramı geniş yorumlayan yargı kararlarına da rastlanmaktadır. Bu husus tartışılırken, tüketici hukukunun amacını ve bunun ekonomik yapıyla ilişkisini düzenleyen hukuk politikasını bir bütün olarak ele almak gerekir. Kanımızca tüketici hukukunun amacına hizmet edecek olan, bu kavramın dar yorumlanmasıdır. Zira, bu kavramın geniş yorumlanması, aşağıda da ifade edildiği üzere, malda meydana gelebilecek değer azalmasına satıcının katlanacağı anlamına gelir. Kullanım nedeniyle yapısı değişen/zarar gören mal, piyasada ikinci el ürün statüsüne girdiği vakit, satıcının bu nedenle bir gelir kaybı yaşaması muhtemeldir. Zira, tüketici davranışı, ikinci el ürünü kullanılmamış ürün ile aynı değerde görmemek ve aynı bedeli ödememek yönündedir. Bu durumda internet ortamında satış yapan kişilerin, malda meydana gelen değer azalmasına katlanması -elektronik ürünlerin fiyat yüksekliği de düşünüldüğünde-, ekonomik olarak sürdürülebilir bir yöntem midir? Kanımızca bu soruyu olumsuz yanıtlamak gerekir. Zira tüketici hukukunun nihai amacı, toplumun yararını gözetmektir.

⁶⁶ LOOS, Marco, "Rights of Withdrawal", Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, No. 2009/04, s. 25.

⁶⁷ YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 679.

⁶⁸ GUIDANCE, s. 47.

⁶⁹ GUIDANCE, s. 47.

⁷⁰ ROTT, s. 1128.

Bu nedenle hukuk tüketiciyi, ekonominin taşıyabileceği yük oranında koruyabilir. Dolayısıyla bu koruma, pazardaki aktörlerin ekonomik varlığını sarsacak seviyeye gelirse, kendi işlevi ile çelişir⁷¹. İnternet satışlarından kaynaklanan değer azalmalarının ekonomik yükünü taşıyamayan satıcının yeniden klasik mağaza satımına yönelmesi durumunda ortaya çıkacak maliyet artışına katlanacak olan ise, yine tüketiciler olacaktır. Görüldüğü üzere, ekonomik dengeyi bozan bir düzen, nihai olarak tüketicinin menfaatine hizmet edemez. Ayrıca, internet satışı ile elektronik ürün satın alan tüketici, çoğu zaman ürünün özelliklerini araştırarak hareket etmekte ve esasında bu özelliklere ilişkin araştırma faaliyetini satımdan önce yerine getirmektedir. Bu durumda, ürünün tesliminin ardından yaptığı ise malı fiziksel olarak incelemek ve açarak çalışmasını kontrol etmektir. Bu aşama, zaten mutata kullanım kavramının içerisinde kalmakta ve tüketici malı mağazadan alan kişi ile aynı konuma gelerek mesafeli satımın olası olumsuzlukları giderilmektedir. Fakat mutata kullanımın, tüketicinin malın niteliklerini sadece bir süre gerçek anlamıyla kullanarak anlayabileceği biçiminde geniş yorumlanması, diğer bir deyişle, tüketicinin ürünü bir süre gerçek anlamıyla kullanarak sonrasında iade etmesi, mesafeli satımın adeta ödünç almaya dönüşmesi anlamına gelir. Üstelik, Direktif'in aksine, iade masraflarına da satıcı katlanmaktadır. Biz, bu yorumun nihai olarak tüketici hukukunun işlevi ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

Tabii, bu tartışma daha ziyade internet/yazılım kullanarak çalışan bilgisayar ve telefon gibi ürünler bakımından söz konusu olmaktadır. Zira bu türden ürünlerde çoğunlukla önceki kullanıcıların izi takip edilebilmekte, ürünü yeniden satın alan kişi de bunu tespit edebilmekte, böylece ürün kaçınılmaz olarak ikinci el haline dönüşmektedir⁷². Böyle olmayan elektronik ürünlerde, somut olayda tüketici malı gerçek anlamıyla kullanmış olsa bile, bunun tespit edilememesi mümkündür. Örneğin, bir ütü satın alan kişinin bunu on dört gün boyunca gerçek anlamıyla kullanması ve son anda cayma hakkını kullanması söz konusu olabilir. Elbette tespit edilemeyen bu durum nedeniyle tüketiciye tazmi-

⁷¹ Bu yönde bkz. SİRMEN, s. 2467.

⁷² Plazma televizyonlardaki akıllı yazılımların daha önce kaç saat izlendiğini tespit edebilmesi, bilgisayarların daha önce yüklenen yazılımların yüklenme tarihlerini tespit edebilmesi, cep telefonlarından IMEI kayıtları nedeniyle yaşanan güvenlik sorunları gibi.

nat sorumluluğu yüklenmesi söz konusu olamaz. Bu durumda mutata kullanımın aşılmasının tespit edilememesi, bu kullanımın üründe kalıcı bir değer azalması/değişim yaratmadığı anlamına da gelir. Kanımızca bu durumda malı yeniden kullanılmamış olarak satabilecek olan satıcı zaten bir gelir kaybı yaşamayacağı için, bir sorun doğmaz.

B. Mutat Kullanımın Aşılmasının Hukuki Sonucu

Mutat kullanım kavramını tanımladıktan sonra, şunu tespit etmek gerekir: Mutat kullanımın aşılması tüketicinin cayma hakkını ortadan kaldırır mı? Mutat kullanım kavramını düzenleyen hükümlerin yorumunda öğretinin görüşü, isabetli olarak malın tüketici tarafından mutata kullanımı aşan şekilde kullanılmasının cayma hakkına başvurulmasına engel teşkil etmediği, fakat tüketicinin değer azalmasından sorumlu tutulacağı yönündedir⁷³. Keza, Direktif'in gerekçesinin 47. paragrafı aynı esası açıkça düzenlemektedir⁷⁴. Kanımızca Türk Hukuku bakımından da aynı yorumu yapmak gerekir. Zira TKHK md. 48/4 ve Yönetmelik md. 13/2 hükümleri tüketiciyi koruma amacı çerçevesinde yorumlandığında, hükümlerin lafızlarının zıt anlamından, tüketicinin cayma hakkını kullanabileceği fakat malın mutata kullanımı aşmaktan doğan sonuçlardan sorumlu olduğu çıkarılmaktadır. Dolayısıyla hükümler, mutata kullanımı aşan durumları cayma hakkının kapsamı dışında bırakmamaktadır. Üs-

⁷³ MODUL 2, s. 14; GUIDANCE, s. 46; YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 680. AYDOĞDU'ya göre ise, tüketici malı hor kullanmış ise, bu tüketicinin malı beğendiği ve cayma hakkını kullanmayacağı anlamına geldiğinden, artık cayma hakkı kullanılamaz. Bkz. AYDOĞDU, Kılavuz, s. 138. Yargıtay da bir kararında, sözleşmeyi benimsemeye yönelik davranışların ardından cayma hakkının kullanılmasını, dürüstlük kuralına aykırı bulmuştur: "Sözleşmenin yapıldığı tarihten fesih tarihine kadar uzun zaman geçmiş ve davacı borcun büyük kısmını ödemiştir. Bu durumda sözleşmenin davacı tarafça benimsendiğinin kabulü gerekir. Sözleşmenin bu şekilde benimsenmesinden sonra cayma belgesi verilmediği gerekçesiyle fesih talebinde bulunmak iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz." Bkz. Yarg. 13. HD, E. 2004/15679, K. 2005/4033, T. 10.3.2005. Aynı yönde bkz. Yarg. HGK, E. 2017/13-637, K. 2017/757, T. 19.4.2017. Fakat Yargıtay'ın aksi yönde karar verdiği ve bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediği her halde cayma hakkının süreye bağlı olmadan kullanılabileceğini ifade ettiği kararları da mevcuttur. Bkz. Yarg. 13. HD, E. 2004/14235, K. 2005/1804, T. 8.2.2005; Yarg. 13. HD, E. 2004/5531, K. 2004/14707, T. 18.10.2004; Yarg. 13. HD, E. 2002/2246, K. 2002/5136, T. 6.5.2002 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- Erişim Tarihi 09.07.2021).

⁷⁴ "Some consumers exercise their right of withdrawal after having used the goods to an extent more than necessary to establish the nature, characteristics and the functioning of the goods. In this case the consumer should not lose the right to withdraw but should be liable for any diminished value of the goods."

telik tüketici hukuku kuralları tüketiciyi koruma amacı taşıdığından, bu kuralların tüketici lehine yorumlanması gerekir⁷⁵. Bu ilke ve normun koruma amacı birlikte düşünüldüğünde, kanımızca aksi bir yorumla cayma hakkına hükümde yer almayan bir sınırlama getirmek isabetli olmayacaktır⁷⁶. Eğer kanun koyucu mutata kullanımını aşan durumları cayma hakkının kapsamı dışında bırakacaksa, bunu açıkça ifade etmelidir.

Mutata kullanımının aşılması cayma hakkını ortadan kaldırmasa da tüketicinin malda meydana gelen değer azalmasını tazmin etmekle yükümlü olması kanımızca oldukça yerinde bir düzenlemedir. Zira tüketicinin malı istediği gibi kullanarak on dört gün sonunda hiçbir tazminat ödemediği iade edebilecek olması, yukarıda da incelendiği üzere, oldukça hakkaniyete aykırı sonuçlar doğururdu⁷⁷. Tüketicinin değer kaybını tazminde izlenecek en pratik yol ise, cayma hakkının kullanan tüketiciye iade edilecek olan ürün bedelinin bu miktarda indirilmesidir⁷⁸. Bu durumda, mutata kullanımının aşıldığı ve malda değer azalması meydana geldiğini ispat yükü ise, satıcının üzerinde olacaktır⁷⁹. Fakat bunun için, tüketicinin mutata kullanımının aşılması durumunda bundan kaynaklanan değer azalmasını tazmin etmekle yükümlü olacağı yönünde önceden bilgilendirilmesi gerekir. Aksi halde değer azalması tüketiciye yüklene-

⁷⁵ SİRMEN, s. 2472.

⁷⁶ Benzer yönde bkz. DÖNMEZ, s. 375.

⁷⁷ Bu yönde bkz. BOZBEL/ATALI, s. 472.

⁷⁸ Yargıtay bir kararında, cayma hakkına konu olan elektrikli süpürgeadaki değer azalması oranı olan %24'ün tüketici tarafından fiilen ödenen bedel üzerinden değil, tüm satış bedeli üzerinden hesaplanması gerektiğini ifade etmiştir. Fakat Yargıtay burada değer azalmasının hesaplanması yöntemine açıkça değinmemektedir: *"Hükme esas alınan ek raporda, süpürgecinin davacıda kaldığı süre içinde uğradığı değer kaybı yüzdesi %24 olarak bulunmuştur. Ancak bulunan bu değer kaybı yüzdesinin süpürgecinin satış bedeli olan 2250 dolara yansımalarının bulunması gerekirken, davacının ödediği 1270 dolara yansımaları bulunmuştur. Mahkemece yapılacak iş, süpürgecinin değer kaybı yüzdesinin toplam satış bedeline yansımaları bulunmalı, böylece elde edilecek değer kaybı, davacının ödediği 1270 dolardan düşülmeli, geri kalan miktarın davacıya iadesine karar verilmelidir. Mahkemece bu yönler gözetilmeden, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozma nedenidir."* Bkz. Yarg. 13. HD, E. 2000/6249, K. 2000/6518, T. 3.7.2000 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- Erişim Tarihi 09.07.2021).

⁷⁹ STEENNOT, s. 111; MODUL 2, s. 15; LOOS, s. 25. Avrupa Birliği Adalet Divanı, ulusal hukukların malın mutata kullanımının aşılmadığını ispat yükünü tüketiciye yüklemesinin tüketicinin etkin biçimde korunmasının önüne geçeceği yönünde karar vermiştir. Bkz. CJEU C-489/07 Pia Messner (Para 27).

mez⁸⁰. Dolayısıyla bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali, mutata kullanımın aşılmasının olası sonuçlarını ortadan kaldırmaktadır.

Tüketicinin sorumluluğunu belirleyebilmek için, mutata kullanımın aşılmasının yarattığı değer azalması ile kastedilenin ne olduğunu tespit etmek gerekir. Malda meydana gelen değer azalması, en basit ifadeyle malın temizlenmesi ve onarılması için yapılacak masraflar ile eğer mal artık yeni ve kullanılmamış olarak satılamayacak durumda ise satıcının malı kullanılmış (ikinci el) bir mal olarak satmasından kaynaklanan gelir kaybıdır⁸¹. Bu hesaplanırken, malın objektif piyasa değeri dikkate alınmalıdır⁸². Kullanılmış ürün haline gelen maldaki değer kaybı ise, esasında malın o sürede kullanımı için ödenecek kira parasından çok daha fazla bir miktara denk gelir. Zira bu durumda mal "ikinci el" eşyaya dönüşerek ciddi bir değer kaybı görmektedir⁸³. Fakat, tüketiciye yansıtılacak değer kaybı bedeli çok yüksek olursa, tüketicinin malı iade ederek ekonomik olarak elverişsiz duruma düşmesi, adeta cayma hakkının kullanılmasının önünde bir engel teşkil eder⁸⁴. Tüketicinin sorumluluğunda olan değer kaybını satıcının omzuna yüklemek ise piyasa dengesini bozabilecek ve satıcıların mesafeli satım yöntemlerinden çekinmesine neden olabilecek bir rizikodur. İşte bu noktada, piyasada satıcı ve tüketici arasında menfaat dengesinin sağlanabilmesi için, tüketicinin bu konuda bilgilendirilmesi çok önemli bir rol oynar. Tüketici, malı basitçe test etmenin ötesindeki gerçek kullanımlarından kaynaklanacak değer azalmasının ve malın ikinci el halinde dönüşmesinin neden olacağı iade indiriminin farkında olabilirse, davranışlarını buna göre düzenleyebilir⁸⁵. Bu nedenle, satıcının cayma hakkının şartları bakımından tüketiciyi bil-

⁸⁰ STEENNOT, s. 111; MODUL 2, s. 15; GUIDANCE, s. 48; AB-RIL/BLANQUEZ/EVORA, s. 42; DÖNMEZ, s. 375. Yazara göre bu sorumsuzluğun sınırını dürüstlük kuralı oluşturur. Aynı yönde BOZBEL/ATALI, s. 473.

⁸¹ GUIDANCE, s. 47.

⁸² YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 680.

⁸³ ROTT, s. 1126; STEENNOT, s. 112.

⁸⁴ ROTT, s. 1126, 1128; STEENNOT, s. 111. Avusturya Yüksek Mahkemesi bir kararında, cayma hakkını kullanarak plazma televizyonu iade eden tüketiciye, 43 saat boyunca kullanıldığı tespit edildiği için ikinci el olarak satılacak olması nedeniyle 2.179 Euro değerindeki bir televizyon için sadece 1.499 Euro iade etmek isteyen bir satıcıyı haksız bulmuş ve değer azalmasını sadece 349 Euro olarak tespit etmiştir. Bkz. OGH, 27.9.2005, Az. 1 Ob 110/05s (Rott, s. 1128)

⁸⁵ ROTT, s. 1129.

gilendirme yükümlülüğünün kapsamına, malı mutata kullanımı aşan şekilde kullanılması durumunda değer azalmasını tazmin sorumluluğunun doğacağı ve bu sorumluluğun tahmini miktarı bilgisi de girmelidir⁸⁶. Aksi halde satıcı tüketicinin söz konusu değer kaybını tazmin etmesini talep edememelidir⁸⁷. Fakat uygulamada, bu bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediği görülmektedir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, piyasada yüksek pazar payına sahip internet satıcıları standart bilgi notlarında cayma hakkının varlığına ve mutata kullanımın aşılması halinde değer kaybından sorumluluğa yönelik bilgilere yer verse de bu sorumluluğun tahmini sınırları çizilmemektedir. Keza, bu bilgilendirmenin standart metinlerde yer alan ve tüketicinin çoğu zaman okumadığı hükümlerle sağlanması da mümkün görünmemektedir⁸⁸.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar doğrultusunda, kanımızca internet sitesinden satın aldığı cep telefonuna sim kart takan veya bilgisayarına yazılım yükleyen kişi mutata kullanımı aşmış sayılır, fakat bu durum, cayma hakkını kaybettiği anlamına gelmez. Fakat uygulamada internet satışı yapan pek çok elektronik ürün satıcısı sıkça sorulan sorular veya iade/değişim bilgilendirme sekmelerinde, tüketiciye sağlanan cayma hakkını kısıtlar nitelikte notlar barındırmakta, örneğin sim kart takılan cep telefonunun, kablosuz internete bağlanan bilgisayarın veya yazılım yüklenen bilgisayarın cayma hakkı kapsamında iade edilemeyeceği yönünde ifadeler yer vermektedir⁸⁹. Bazı satıcılar ise bu türden şartları mesafeli satım sözleşmesine ekleyerek tüketiciye dayatmaktadır. Bu durumun uygulamada sıkça görülmesi, elektronik sözleşmelerin katılmalı (iltihaki) sözleşmeler olmasından kaynaklanır⁹⁰. Katılmalı sözleşmelerde, sözleşme taraflarından biri, diğer tarafın önceden hazırladığı sözleşme şartlarına müzakere olanağı olmaksızın katılmakta ve sözleşme kurulmaktadır. Bu nedenle katılmalı sözleşmelerin içeriği genel işlem şartlarından oluşmaktadır⁹¹. Dolayısıyla internet yoluyla sözleşme

⁸⁶ ROTT, s. 1126.

⁸⁷ ROTT, s. 1128.

⁸⁸ Bu sorun, sadece Türk Hukuku bakımından değil, Avrupa Birliği mevzuatını ulusal yasalara entegre eden üye devletler bakımından da mevcuttur. Üye ülke uygulamalarında bu sorun için bkz. ROTT, s. 1128.

⁸⁹ BOZBEL/ATALI, s. 457, 458.

⁹⁰ AKKURT, s. 33; UYUMAZ, s. 915.

⁹¹ AKKURT, s. 33; UYUMAZ, s. 915.

kurmak isteyen tüketici ya satıcının sunduğu şartları kabul eder, ya da sözleşme kurulmaz⁹². Tüketici sözleşmeyi kurmak istiyorsa, kabul tuşuna basılması ile kabul beyanında bulunmuş sayılır⁹³. Elektronik sözleşmelerin bu niteliği, satıcı/sağlayıcının bazı sözleşme şartlarını tüketiciye dayatma ihtimalini ortaya çıkarır. Fakat tüketiciyi koruyan kurallarının emrediciliği gereği, bunların aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Bu nedenle tüketiciye tanınan cayma haklarının sözleşme ile kaldırılması veya süresinin kısaltılması geçerli sayılmaz⁹⁴. Mesafeli sözleşmelerde tüketiciye tanınan cayma hakkı da aksi kararlaştırılmayan biçimde tanındığından⁹⁵, satıcıların kanunda yer almayan kısıtlamalarla tüketicinin cayma hakkını sınırlaması hukuken geçerli değildir. Tüketici yine de cayma hakkını kullanabilmelidir.

III. ELEKTRONİK ÜRÜNLER BAKIMINDAN CAYMA HAKKININ İSTİSNALARI

Yönetmelik md. 15, aksi kararlaştırılmadıkça cayma hakkının kullanılamayacağı bazı istisnai halleri düzenlemiştir. Hükmün özellikle b, e ve ğ bentlerinde yer alan hususlar, doğrudan veya dolaylı olarak elektronik ürünlere ilişkin olduğu için incelenmelidir.

Öncelikle, Yönetmelik md. 15/1/b bendine göre “*tüketicinin istekleri veya kişisel ihtiyaçları doğrultusunda hazırlanan mallara ilişkin sözleşmeler*” de cayma hakkı kullanılamaz. Örneğin; seri üretimde olmamasına rağmen alıcının isteği üzerinde bazı kişiselleştirilmiş parçalar ve özellikler eklenen bilgisayarlarda cayma hakkı kullanılamaz⁹⁶. Bu istisna, tüketicinin özel talebine göre hazırlanan ürünün bir başkasına satılmasında zorluk olması ve ürünün değerinin düşmesi rizikosundan kaynaklanmaktadır. Fakat tüketicinin isteği üzerine elektronik parçalar ve aksamlar bir araya getirilerek oluşturulan bir bilgisayarda (örneğin ekran, anakart, ekran kartı, klavye gibi unsurların ferden seçilmesi ve satıcı tarafından birleştirilmesi), bu parçaların iadenin ardından tekrar ayrılarak değer azalması olmadan satılması mümkün ise, cayma hakkının kullanılabilmesi gere-

⁹² UYUMAZ, s. 915; DEMİR, s. 68.

⁹³ UYUMAZ, s. 919.

⁹⁴ SİRMEN, s. 2468; ÇABRİ, s. 882. Bu yönde bkz. AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 47. Bu yönde bkz. Yarg. 13. HD, E. 2004/844, K. 2004/8276, T. 31.5.2004 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- Erişim Tarihi 09.07.2021).

⁹⁵ YÜCEDAĞ GÖZTEPE, s. 670.

⁹⁶ GUIDANCE, s. 47.

kir⁹⁷. Alman Federal Mahkemesi de bir kararında, tüketicinin isteği ile hazırlanan bilgisayar seri üretilen parçaların tüketicinin istediği şekilde bir araya getirilmesi ile oluşmuş ise ve bu parçaların makul bir çaba ile değer kaybetmeden sökülmesi ve yeniden satılması mümkün ise, cayma hakkının kullanılabilmesine hükmetmiştir⁹⁸. Görüldüğü üzere, Federal Mahkeme cayma hakkının kullanılabilmesi için bilgisayar parçalarının tüketicinin isteği üzerine üretilmemiş seri üretilen parçaları olmasını aramıştır. Zira seri üretimde olmayan bir parçanın daha sonra aynı değer üzerinden satılmama rizikosu vardır. Bunun yanında parçaları ayırmak için gerekecek işçilik değerinin makul sınırı aşması durumunda, kanımızca değer azalmasının gerçekleştiği varsayılarak bu masrafın tüketiciye yüklenebilmesi gerekir.

Yönetmelik md. 15/1/e ise özellikle yazılım ve bilgisayar sarf malzemelerini düzenlediği için önem taşır. Hükme göre; *“malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler”* de cayma hakkı kullanılamaz. Örneğin; bilgisayarda izlemek için satın alınan bir DVD'nin koruyucu paketinin açılması, cayma hakkının ortadan kalktığı anlamına gelir⁹⁹. Aynı esas, yazıcı için kartuş almak ve ambalajını açtıktan sonra iade etme talebinde bulunmakta da söz konusu olur. Yönetmelik md. 15/1/ğ bendine göre ise; *“elektronik ortamda anında ifa edilen hizmetler veya tüketiciye anında teslim edilen gayrimaddi mallara ilişkin sözleşmeler”* de cayma hakkı kullanılamaz. Örneğin; cep telefonuna bir uygulama indirildiğinde, indirme işleminin tamamlanması ile uygulama bakımından cayma hakkı kaybedilmiş olur¹⁰⁰. Aynı doğrultuda, dijital ortamda bir film veya yazılım satın alıp bilgisayara indirdikten sonra bu içerik bakımından cayma hakkı ortadan

⁹⁷ BOZBEL, s. 801.

⁹⁸ BGH VIII ZR 295/01 (<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bg h&Art=en&Datum=Aktuell&nr=25935&linked=urt&Blank=1&file=dokument.pdf>).

⁹⁹ BOZBEL/ATALI, s. 464; MODUL 2, s. 10. Tabii, malın ayıplı olması halinde ayıba dayalı giderim hükümlerine başvurma imkânı saklıdır. Örneğin paketi açılan DVD'nin bozuk bir ürün olması halinde, tüketici ayıba dayalı giderim imkanlarına başvurabilecek, örneğin sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa bedel iadesi talep edebilecektir.

¹⁰⁰ GUIDANCE, s. 54.

kalkar.¹⁰¹ Zira işlem tamamlanmış ve ürün kullanılabilir hale gelmiş, hatta bilgisayara veya telefona kopyalanması mümkün olmuştur¹⁰². Bu durumda, bilgisayar ile birlikte yazılım satın alınması durumunda, eğer yazılım bilgisayara yüklenmiş ise, bilgisayar bakımından cayma hakkı kullanılabilir, fakat yazılım bakımından kullanılamayacaktır¹⁰³. Bilgisayar ise, daha önce yazılım yüklediği için kullanılmış bir bilgisayar olarak satılacağından, yukarıda da incelendiği üzere, bu değer kaybının tüketici tarafından tazmin edilmesi gerekir¹⁰⁴.

Elektronik ürünlerle doğrudan ve dolaylı bir şekilde bağlantılı olan bu türden malzemelerin veya içeriklerin cayma hakkının kapsamı dışında kalması, kanun koyucunun bu unsurları açıkça zikretmesi ile mümkün olmaktadır. Fakat yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, satıcının cayma hakkının kullanılmayacağı istisnaları genişleten veya cayma hakkının kullanılmasını zorlaştıran bildirimlerinin geçerli kabul edilmemesi¹⁰⁵ ve tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi, fakat mutlak kullanım aşılmış ise ürünlerdeki değişikliklerden maddi olarak sorumlu olması gerekir¹⁰⁶.

Tüketicinin cayma hakkının istisnaları veya cayma hakkını kaybedeceği şartlar konusunda bilgilendirilmesi gerekir. Aksi halde tüketicinin istisna hallerinde dahi cayma hakkını kullanmaya devam edebileceği kabul edilmelidir¹⁰⁷. Bu esas Yönetmelik md. 15/1/h'de "15 inci madde uyarınca cayma hakkının kullanılmadığı durumlarda, tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağına ya da hangi koşullarda cayma hakkını kaybedeceğine ilişkin bilgi"nin verilmesi zorunluluğu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hükümde yer alan bilgi verme yükümlülüğüne aykırılık, tüketicinin esasında sahip olmadığı cayma hakkının doğumuna yol açar. Kanımızca bu çıkarım, tüketicinin cayma hakkını kullanamayacağını bilmesi halinde ürünü satın almak konusunda bir kez daha düşünceği, belki de ürünü bir internet sitesinden satın almaktan vazgeçip mağazada görerek satın almayı tercih edeceği düşünüldüğünde, yerindedir.

¹⁰¹ UZUN KAZMACI, s. 2809; BOZBEL, s. 800.

¹⁰² UZUN KAZMACI, s. 2809; BOZBEL/ATALI, s. 462.

¹⁰³ Bu yönde bkz. BOZBEL/ATALI, s. 465, 466.

¹⁰⁴ Bkz. Yuk. III, B.

¹⁰⁵ Modul 2, s. 12.

¹⁰⁶ Bkz. Yuk. III, B.

¹⁰⁷ DÖNMEZ, s. 375; Modul 2, s. 10

Üstelik bu bilgilendirmenin amacını yerine getirebilmesi için, sadece ön bilgilendirme metninde veya sözleşmenin genel işlem şartlarında yer alması yeterli görülmemelidir. Ürünün üzerinde, tüketicinin açarken göreceği bir uyarının mevcut olması gerekir¹⁰⁸. Böylece tüketicinin davranışını bu uyarıya uygun olarak şekillendirmesi mümkün olur.

SONUÇ

Mesafeli sözleşmeler, tüketici satıcıyı ve ürünü görmeden “uzaktan” kurulduğu için, tüketicinin korunması bakımından özellik arz eder. Gerek tüketicinin işlemin şartları hakkında ayrıntılı biçimde bilgilendirilmesi, gerekse cayma hakkının onu sözleşmenin bağlayıcılığından adeta “kurtarması”, bu korumanın en önemli göstergeleridir.

Mesafeli satım sözleşmelerinin uygulamadaki en yaygın örneği olan internet satışları ise, piyasadaki işlem yoğunluğu nedeniyle tüketiciye olan etkileri bakımından önem taşır. Diğer ürünlere nazaran daha yüksek fiyatlı olan elektronik ürünlerin daha uygun fiyatlı olması nedeniyle internet siteleri aracılığıyla satın alınması, günümüzde tüketiciler arasında çok yaygın bir davranıştır. Bu nedenle internet üzerinden satın alınan elektronik ürünlerde cayma hakkının kullanılması, güncel bir hukuki sorundur.

Cayma hakkı bakımından mutata kullanım kavramı, tüketiciye yüklenecek olası tazminat sorumluluğu nedeniyle, tüketicinin/satıcının menfaat dengesi bakımından dikkatlice tespit edilmesi gereken bir kavramdır. Kanımızca mutata kullanım kavramının dar yorumlanması, nihai olarak tüketicinin menfaatine hizmet eder. Zira tüketici mutata kullanım kapsamında malı mağazadaki kadar inceleyip kullanabiliyorsa, zaten mesafeli satımın yarattığı olumsuzluktan kurtulmuş olacaktır. Fakat bunu aşan gerçek kullanım, tüketicinin adeta maldan bir süre bedelsiz olarak faydalanması anlamına gelir. Ayrıca malda meydana gelen değer kaybı, özellikle elektronik ürünlerde satıcıya katlanılması beklenemeyecek bir ekonomik külfet yükler. Bu durum, sonuç olarak piyasa dengesinin bozulmasına, satıcıların geleneksel mağaza satışını tercih etmesine ve nihai olarak fazla maliyetin tüketiciye yüklenmesine neden olur. Aynı esas, değer kaybının belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Tüketiciyi koruma düşüncesi ile değer kaybını düşük hesaplamak, maliyeti ise satıcıya yüklemek, aynı gerekçe ile nihai olarak tüketicinin korunamama-

¹⁰⁸ BOZBEL/ATALI, s. 464.

sına neden olur. Bunun tüketici bakımından çözümü ise, bilgi verme yükümlülüğünün gerçek anlamda tüketicinin anlayabileceği ve olası sonuçları somut olarak kavrayabileceği biçimde gerçekleştirilmesidir. Bilgi verme yükümlülüğünün bu şekilde gerçekleştirilemeyeceği ve olası değer kaybının maliyetinin satıcıya yüklenerek bir çözüm bulunması yorumu ise kanımızca isabetli değildir. Bu nedenle, tüketicinin korunması bahsinde her alanda olduğu gibi, cayma hakkı konusunda da bütüncül ve piyasanın tüm aktörlerini koruyan bir yorumda bulunmak ve hukuk politikasını buna uygun olarak şekillendirmek gerekir. Bu nedenle yukarıda da ifade edildiği gibi, malın mutata kullanımının aşılması cayma hakkının kullanılmasını ortadan kaldırmamalıdır. Fakat mutata kullanımı aşan tüketici maldaki değişimi/değer azalmasını tazmin etmekle yükümlüdür. Üstelik cayma hakkına ilişkin emredici hükümlerin tüketici aleyhine değiştirilmesi söz konusu olamaz. Aynı esas, cayma hakkının kullanılmayacağı istisnai durumların dar yorumlanması ve taraf iradesi ile genişletilememesi bahsinde de geçerlidir.

KAYNAKLAR

- AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Hukukumuzda Haksız Şartlar ve Sonuçları", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayı, Cilt XII, Sayı 2, Yıl 2015, s. 201-217.
- AKKURT, Sinan Sami, "Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 1, Yıl 2011, s. 19-46.
- AVCI BRAUN, Cihan, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Mesafeli Sözleşmeler", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Tüketici Hukuku Sempozyumu Özel Sayı, Cilt XII, Sayı 2, Yıl 2015, s. 17-45.
- AYDOĞDU, Murat, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Getirdiği Yeniliklere Genel Bakış, Sözleşmeye Aykırılık, Ayıplı İfa Kavramlarına Getirdiği Farklı Yaklaşım ve Bu Konudaki Önerilerimiz", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Sayı 2, Yıl 2013, s. 1-62.
- AYDOĞDU, Murat, Tüketici Kılavuzu-Hukuk Rehberi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014. (Kılavuz)
- AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan, Tüketici Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- BAŞ SÜZEL, Ece, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Korunması: Cayma Hakkı", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 169-170, Yıl 2018, s. 257-307. (Cayma)
- BAŞ SÜZEL, Ece, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, Yıl 2018, s. 337-370.
- BAYSAL, Başak, "Cayma Hakkının Sözleşme Hukukundaki Yeri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXXV, Sayı 1, Yıl 2017, s. 273-292.
- BOZBEL, Savaş / ATALI, Murat, "Mesafeli Sözleşmelerde Cayma Hakkının Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", Atatürk

- Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX, Sayı 1-2, Yıl 2005, s. 451-474.
- BOZBEL, Savaş, "Türk Hukukunda mesafeli Sözleşmeler", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 3-4, Yıl 2003, s. 783-804.
- BÜTÜN YILMAZ, Derya G., "Mesafeli Sözleşmelerin Kapsamı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 69, Sayı 2, Yıl 2020, s. 325-368.
- Consumer Law Module 2, Right of Withdrawal, European Parliament, January 2018, https://www.consumerlawready.eu/sites/default/files/2018-03/CLR_Module_2_UK.pdf (Çevrimiçi Kaynak).
- ÇABRİ, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- DEMİR, Mehmet, "Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1-2, Yıl 2003, s. 61- 90.
- DG Justice Guidance Document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on Consumer Rights, Amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC, June 2014, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/crd_guidance_en_0.pdf (Çevrimiçi Kaynak).
- DÖNMEZ, Zeynep, "2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukuku'na Yansımaları", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 1, Yıl 2016, s. 351-380.
- GEZDER, Ümit, "The Right of Withdrawal in Distance Contracts", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Sayı 8, Yıl 2013, s. 1185-1201.
- Güncel Tüketici Uyuşmazlıklarına İlişkin Sıkça Sorulan Sorular, Ticaret Bakanlığı Tüketicinin Korunması ve Piyasa Gözetimi Genel Müdürlüğü, Ankara 2019, (<https://ticaret.gov.tr/data/5d43e87b13b876433065530b/e6cc584020982965ddb7ff9daa39edd1.pdf>) (Çevrimiçi Kaynak).

- İNAL, Emrehan, "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması ve Buna İlişkin Güncel Gelişmeler", Uluslararası Tüketici Hukuku Sempozyumu Metinler Kitabı, İstanbul Kültür Üniversitesi Yayınları No: 189, İstanbul 2013, s.117-131.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, 4. Bası, İstanbul 2008.
- KURT, Leyla Müjde, "TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2, Yıl 2011, s. 43-68.
- LOOS, Marco, "Rights of Withdrawal", Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, No. 2009/04, s. 1-30. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1350224).
- LUZAK, Joasia, "To Withdraw or Not to Withdraw? Evaluation of the Mandatory Right of Withdrawal in Consumer Distance Selling Contracts Taking into Account Its Behavioural Effects on Consumers", Journal of Consumer Policy, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2013/04, s. 1-38. (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2243645).
- ÖZLÜK, Betül, "Akıllı Mesafeli Sözleşmelerde Bilgilendirme Yükümlülüğü", Bilişim Hukuku Dergisi, Sayı 1, Yıl 2020, s. 81-113.
- ROTT, Peter, "Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?", German Law Journal, Cilt 12, Sayı 7, Yıl 2006, s. 1109-1136.
- SÁNCHEZ ABRIL, Patricia / OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco / MARTÍNEZ EVORA, Joan, "The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: a comparative analysis of American and European Law", InDret, Sayı 3, Yıl 2018, s. 1-56.
- SİRMEN, A. Lâle, "Tüketici Hukukunun Amacı ve Özellikleri", Yaşar Üniversitesi E-Dergisi, Sayı 8 (Özel Sayı), Yıl 2013, s. 2465 – 2476.
- STEENNOT, Reinhard, "The Right Of Withdrawal Under The Consumer Rights Directive As A Tool To Protect Consumers Concluding

A Distance Contract”, Computer Law & Security Review, Sayı 29, Yıl 2013, s. 105-119.

UYUMAZ, Alper, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, Yıl 2007, s. 907-930.

UZUN KAZMACI, Özge, “İnternet Ortamında Kurulan Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Özel Sayısı, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s. 2791-2818.

YILDIRIM, Abdulkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2010.

YÜCEDAĞ GÖZTEPE, Nafiye, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Cayma Hakkı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı 27, Yıl 2016, s. 667-690.



HAVACILIK VE SAĞLIK SEKTÖRÜNÜN YORGUNLUK RİSK YÖNETİMİ BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMASI

Dr. Ertunç MEGA*

Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT**

Öz

Akademik alanda tartışılrsa da hasta güvenliği ve uçuş emniyeti uygulamaları birbirine çok yaklaşmış durumdadır. Bu durum ulusal üstü örgütlerin düzenlemelerinde olduğu gibi, Türkiye’de yürürlükteki mevzuatta da görülmektedir. Makale’de, hasta güvenliğini amaçlayan ve sağlıkta kalite şemsiyesi altındaki yerel düzenlemelerin içerik, esas ve şekil itibariyle havacılık sektörü uygulamalarına yaklaştığı gerçeği somutlanmaya çalışılmış ve yorgunluk risk yönetimi başlığı altında pilotlara yönelik yürürlükteki düzenlemelerin sağlık meslek mensupları açısından mevcudiyeti araştırılmıştır. Türkiye’de, pilotların yorgunluk risk yönetimi açısından gözetildiği uygulamaların yeterli olup olmadığının tartışılması makalenin sınırlılıklarındandır. Ancak biz, sağlık meslek mensupla-

* Sağlık Hukuku Doktoru, Uzman Tabip, Sağlık Yönetimi Bilim Uzmanı, Özel Hukuk Bilim Uzmanı, Sağlık Bilimleri Üniversitesi Fatih Sultan Mehmet Eğitim Araştırma Hastanesi, İstanbul, Türkiye | PhD of Health Law, Specialist Physician, MSc of Health Management, MSc of Civil Law, Medical Sciences Faculty Fatih Sultan Mehmet Education and Research Hospital, Istanbul, Turkey.

✉ drertuncmega@gmail.com • ORCID 0000-0002-9446-023X

** Profesör Dr., Kamu Hukuku/Ceza Hukuku Doktoru, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Tıp Hukuku, Sağlık Hukuku, Tıp Ceza Hukuku, Toplumsal Eşitlik, Toplumsal Cinsiyet Eşitliği, İstanbul, Türkiye | Professor Dr., PhD of Public Law and Criminal Law, Ozyegin University Faculty of Law Department of Criminal and Criminal Procedural Law, Medical Law, Health Law, Medical Criminal Law, Social Equality, Social Gender Equality, Istanbul, Turkey

✉ ozlem.cakmut@ozyegin.edu.tr • ORCID 0000-0002-5247-5062

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: MEGA Ertunç, YENERER ÇAKMUT Özlem, “Havacılık ve Sağlık Sektörünün Yorgunluk Risk Yönetimi Bakımından Karşılaştırması”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2761-2804.

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

rının yorgunluk risk yönetimi açısından sadece Türkiye’de değil, evrensel ölçekte de gözetilmediği kanısındayız ve düşünmekteyiz ki, bu yöndeki tartışma ve çalışmalar ne kadar erken başlatılırsa, hastanın sağlık hakkına erişimiyle sağlık meslek mensuplarının yorgunluk risk yönetimi çalışmaları arasındaki denge o ölçüde doğru kurulacaktır.

Anahtar Kelimeler

Yorgunluk Risk Yönetimi • Sağlık ve Havacılık • Hasta Güvenliği • Uçuş Emniyeti • Pilot, Tabip ve Hemşireler

A COMPARISON OF THE FATIGUE RISK MANAGEMENT ISSUES IN AVIATION AND HEALTH SECTORS

Abstract

Although academic discussions continue, patient safety and flight safety regulations are close to each other. This nighness is remarkable in the regulations of Turkey and supranational organizations. In the article, we aimed to embody the regulative nighness of two sectors’ in terms of content, principle and form as wording of safety under the umbrella of quality, and tried to explore the existence of the fatigue risk management (FRM) system about healthcare professionals (HP), which is available for pilots. It is in the limitations of the article discussing whether the regulations on FRM of pilots in Turkey are efficient. However, we think that HPs are not accentuated professionals in FRM not only in Turkey but also on a global scale. In our opinion, the sooner discussions in this issue are initiated, the more accurate and fair balance between patient's access to health and preventive actions about HPs’ FRM will be established.

Key Words

Fatigue Risk Management • Health and Aviation • Patient Safety • Aviation Safety • Pilots, Physicians and Nurses

GİRİŞ

Prof. Dr. Sahir Erman’ın, 1985 yılında yayınladığı bir makalesi, bir kazazedeye müdahalede geciken bir tabibin cerrahi müdahaleyi geciktirdiği gerekçesiyle taksirle ölüme neden olma suç tipi nedeniyle cezalandırılmasına ilişkindir. Erman, makalesinde bu kararı, nedensellik bağı açısından kesinlik ölçütü yerine ihtimal ölçütünün benimsenmiş olması yönünden eleştirmiştir. Kararın, bazı davranış değişikliklerini sonuçlayabileceğini ise, *“İlerde her hangi bir mesuliyetten çekinen bir hekimin, faydasız veya zararlı görmesine rağmen, cerrahi müdahale yapılmasını*

sağlaması mümkündür. Halbuki uçakta pilot, gemide kaptan ne ise, hastanın başındaki hekim de o olmalı ve meslek kurallarına açıkça aykırı olmayan fiil ve hareketlerinden sorumlu tutulmamalıdır..." ifadesiyle vurgulamıştır.¹ Erman'ın yazısını ceza hukuku değil de farklı bir açıyla yorumlarsak; temelde, müellifin iki önemli öngörüsü ortaya konulabilir: Birisi pozitif defansif tıp, diğeryse pilot ve tabip ilişkisinin vurgulanmasıdır.

Pozitif ve negatif defansif tıp, güncel sağlık hizmeti sunumunun iki önemli gerçeğidir. Defansif tıp, 1970'lerin başında ABD'de ortaya çıkan ve daha sonra Avrupa dahil diğer kıtalara da uzanan bir kavramdır. İlginç olarak, defansif tıp ifadesini ilk vurgulayanlardan birisi de hukukçu olan, aynı zamanda Amerikan Tıp Örgütü Baş Hukuk Müşavirliği görevini yürütmüş Richard P. Bergen'dir. Bergen, 70'li yıllarda, tıp hukuku hakkında pek çok makale yazmıştır.²

Bergen, makale olarak da yayımlanan³ 1974 yılındaki bir kongre konuşmasında⁴ hatalı tıbbi uygulama nedenli davalardan kaçınmanın yollarını; cerrahi uygulama yapmamak, reçete yazmamak, hastalara dokunmamak ve çok dua etmek şeklinde önermiştir.⁵ Bergen, ifade ettiği keskin sınırlardan bazılarının uygulanmasının zorluğunu işaret ederken de defansif tıp uygulamasını tanımlamış, uygulamanın pozitif ve negatif defansif tıp şeklindeki iki hâlini vurgulamıştır. Pozitif defansif tıp uygulamalarını davalardan kaçınmak ve sigorta primlerini düşük tutmak için önemli bir vasıta olduğunu ifade etmiştir. Yazar, makalesinde öz olarak, defansif tıp teriminin olumsuz tahayyülünden uzaklaşmak amacıyla pozitif defansif tıp uygulamasını olumlamıştır. Bergen bu yaklaşımıyla,

¹ ERMAN, Sahir, "Hekimin Ceza Sorumluluğu Hakkında İlgili Çekici Bir Yargıtay Kararı", Adli Tıp Dergisi, 1, 3, 1985, s. 341-343.

² BERGEN, P. Richard, "Protection Against Malpractice Litigation, Archives of Otolaryngology", 1975, 101, 3, 182-184; BERGEN, P. Richard, "Legal Regulation of Heart Transplants", Diseases of the Chest, 54, 4, 1968, s. 352-355.

³ BERGEN, Protection Against Malpractice Litigation, s.182-184.

⁴ BERGEN, P. Richard, Tenth Annual Meeting of the American Academy of Facial Plastic and Reconstructive Surgery Incorporated, Palm Beach, Florida, April 1974.

⁵ İfadenin özgün dildeki hâli, "This catalog of risks suggests one way I might instruct you on how to defend yourselves against malpractice litigation. (1) Do not perform any surgery. (2) Do not prescribe or administer any drugs. (3) Do not touch your patient or perform any manipulations. (4) Pray a lot." şeklindedir.

esasen, defansif tıbbın doğru olmadığını, defansif tıbbın bir pozitif hâlinin mevcut olduğunu, hastanın yararına olan tüm testlerin yapılması, gerekli olmayanlardan da kaçınılması, şeklinde tanımlanmıştır.⁶ Tanım yapmanın zorluğu ve her tanımın tehlikeli olduğu gerçeği bir kez daha ortaya çıkmış⁷ ve bugün negatif/pozitif defansif tıp terimleri, birlikte, olumsuzluğu işaret eden iki alt grup şeklinde kullanılır hâle gelmiştir.

Aynı yıllarda Yale Üniversitesi Sosyoloji Profesörü Charles Perrow, Türkçeye *Normal Kazalar* ismiyle çevrilebilecek kitabında, özellikle, yüksek riskli teknolojileri incelemiştir. Perrow, havacılık emniyetinin konu edildiği bölümde, alanının getirdiği transdisipliner bakış açısıyla, uçuş emniyeti modellerinin tıbbi uygulamalara transferini olumlamıştır. Perrow'a göre, tabipler ve pilotlar bireylerin yaşama haklarını ellerinde barındıran meslek gruplarıdır ve tıbbi uygulamalarda da uçuş güvenliği yaklaşımında uygulanan sistemlere başvurulmalıdır.⁸

Erman'ın öngörüsü, Bergen'in tavsiyeleriyle karşılaştırıldığında defansif tıp yönünde benzer olmakla birlikte, pilotlar ve tabiplerin sorumlulukları hakkındaki yaklaşırma Erman'ın makalesinde ve Perrow'un kitabında mevcuttur. Erman'ın makalesindeki iki meslek grubu açısından ortaya sürülen benzerlik, sonraları, iki sektörün benzer kalite uygulamaları temelinde yürütülür olması şeklinde karşımıza çıkmıştır.⁹

Her iki sektör ve sektörlerin temel uygulayıcılarının insan odaklı hizmet ürettiği açıktır ve hatalı faaliyetlerin insana dair sonuçlarının

⁶ İfadenin özgün dildeki hâli, "*Defensive medicine indicates that you should order whatever tests are necessary for the welfare of your patient, but not extra tests that are of no value to him.*" şeklindedir.

⁷ Her bilim, tanım konusunda, kendi temel kavramlarıyla temel güçlükler yaşar. Bu ifade *omnis definitio periculosa* yani her tanım tehlikelidir şeklinde, öz olarak deyimlenebilir. Bu nedenledir ki sormak kolay fakat cevaplandırmak güçtür. Bkz. ARAL, Vecdi, "Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi ile Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1974, 39, s. 1-4 (Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Hatıra Sayısı), 307.

⁸ PERROW, Charles, *Normal Accidents: Living with High-Risk Technologies*, New York: Basic Books, 1984, s. 123-125.

⁹ Bu yöndeki çalışmaların sayısındaki artış için bkz. GARATTINI, Livio/PADULA, Anna, "Defensive Medicine in Europe: A 'Full Circle'?", *European Journal of Health Economics*, 21, 2020, s. 477-482.

olumsuzluk ölçüsüyle oldukça yüksektir. Olumsuzluk ölçüsünü ister sosyal terim olarak vefat istersek de tıbbi terim olarak mortalite olarak adlandıralım, sonucun geri dönüşümü olanaksız durumu işaret ettiği ortadadır. Yaşama veya vücut bütünlüğüne yönelik haklara temas eden bu meslek gruplarının hizmet alan ölçütünde emniyet odaklı olmaları, her iki sektörün ise kalite ve emniyet ölçütünde en gelişimci sektörler olması, bize göre son derece doğaldır. Önemli olansa etkileşimin sınırlarının belirlenmesi ve yaklaştırmanın hizmet alan bağlamında olduğu kadar hizmet veren özelinde de başarılabilir olmasıdır.

Makalemizde havacılık sektörünün ve sağlık sektörünün gerek evrensel gerekse yerel uygulamalarda son derece benzer kalite ve emniyet/güvenlik ölçütlerine tabi tutulduğu ortaya konulacaktır. Ardından dikkat kavramının hukuki ve biyo-psikolojik yansımaları irdelenecektir. Bu irdelenmeyi takiben, Türkiye mevzuatında pilotların ve sağlık mensuplarının çalışma şartları *yorgunluk* açısından karşılaştırılacaktır.

I. UÇUŞ EMNİYETİ VE HASTA GÜVENLİĞİ

Havacılık sektöründe emniyet ve güvenlik terimleri farklı amaçlarla kullanılır. İlki İngilizcede *safety*, ikincisi ise *security* kelimeleriyle karşılanır. İngilizce terimlerin Türkçeye çevirilerinde karmaşa yaşanmış, *emniyet* ve *güvenlik* terimleri farklılık gözetilmeden kullanılır hâle gelmiştir. 2920 kanun numaralı Sivil Havacılık Kanunu'nda ve Kanun dayanağında çıkartılan adsız düzenleyici metinlerde dahi bu farkın gözetilmediği ve dilbirliğinin sağlanamadığı görülmektedir.¹⁰ Öte yandan, sağlık sek-

¹⁰ Uçuş güvenliği, bir havacılık sistemi veya kuruluşunun hava aracının operasyonuyla ilgili veya hava aracının operasyonunu doğrudan destekleyen havacılık faaliyetleriyle ilişkili risklerin, kabul edilebilir bir düzeye indirildiği ve kontrol edildiği durumu ifade eder. Uçuş emniyeti, uçağın tasarımı, üretimi, bakımı ve kullanımı hususlarını kapsar. Uçuş emniyeti, amacı uçaklara, yolculara ve mürettebata karşı kötü niyetli eylemleri önlemek olan havacılık güvenliği ile karıştırılmamalıdır. Özgün dildeki ifade "*Aviation safety covers the design, manufacture, maintenance and use of aircraft. It should not be confused with aviation security, the purpose of which is to prevent malicious acts against aircraft and their passengers and crew.*" şeklindedir. Bkz. EUROPEAN PARLIAMENT, Aviation Safety, Fact Sheets on the European Union, https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_3.4.9.pdf (ET: 15.05.2021); ayrıca, havacılık sektöründe emniyet ve güvenlik terimlerine yönelik bir araştırma için Bkz. GEREDE, Ender, "Havacılık Emniyeti ve Havacılık Güvenliği Kavramları Ara-

töründe gerek hastalar açısından gerekse çalışanlar açısından mevzuatta kullanılan terim, güvenlidir. Biz, makalede bu kavramların tartışmasından uzak kalmaya çalışacağız ve dilbirliğini *uçuş emniyeti ve hasta güvenliği* terimleriyle sağlamaya çalışacağız.

Her iki sektörü hizmet sunanlar açısından değerlendirdiğimizde karşımıza çok geniş bir insan gücü envanteri çıkar. İnsan gücünün incelemesinde ise hizmette gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği durumlarda kişinin yaşam hakkına/vücut bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı sonuçlar doğurması muhtemel olan; havacılık sektöründeki pilotlar, sağlık sektöründeki tabipler ve hemşireler olarak üç meslek grubu görülür. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinden kaynaklanan hatalar ceza hukuku, özel hukuk veya idare hukuku yaptırımlarıyla karşılanır.

Uçuş emniyeti ile hasta güvenliği çalışmalarında temel amaçlardan birisi insan kaynaklı hataların asgari düzeye indirilmesinin sağlanmasıdır.¹¹ Uçuş emniyeti ile hasta güvenliği, kavram açısından olduğu gibi uygulama ve akademik boyutta da birbirine çok yaklaşmış iki sistem hâline gelmiştir. Kuramsal anlamda yolcu emniyeti ve hasta güvenliği benzer temellerden köken almaktadır ve bu köken güncel olarak hizmet sunumunda kalite şemsiyesi altında yer bulmuş durumdadır. Bu konuda temel olarak; bu iki hizmet sektörünün aynı koşullarda değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşler yanında iki sektörün kalite ve güvenlik bağlamında birbirine yaklaştırılmaz iki sektör olduğunu vurgulayan görüşler bulunmaktadır.

Uçuş emniyeti, *“Uçuş ile ilgili tehlikelerin tanınması, bu tehlikelerin ortadan kaldırılması veya bu tehlikelere karşı uygun önlemlerin alınması yoluyla uçak olayları ve kazalarının en alt seviyeye indirilmesi”* şeklinde tanımlanmıştır.¹² Hasta güvenliği açısından, Türkiye’de, mevzuat düzenlemele-

sındaki ilişki ve farkların Belirlenmesine Yönelik Bir Araştırma”, Yönetim, 2006, 17, 54, s. 26-37.

¹¹ DOKUMAN, İpek/AKINCI, Göker, “Uçuşa Elverişlilik Sertifikasyonunda Emniyet ile İnsan Faktörlerine Yeni Bir Bakış”, IX. Ulusal Uçak, Havacılık ve Uzay Mühendisliği Kurultayı Bildiriler Kitabı, Eskişehir: MMO Yayınları, 2001, s. 93-107.

¹² AKSOY, Elif, Uçuş Emniyetinin Sağlanmasında İnsan Unsuru ve Bu Süreçte Mesleki Eğitimin Önemine İlişkin Bir Araştırma, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilim-

rinin 2009 yılında yayımlanan tebliğ ile başladığı görülür. Bu tebliğde hasta güvenliği, çalışan güvenliğini de içerecek biçimde, 4'üncü maddenin b fıkrasında, *“Sağlık hizmeti sunumunda hasta ve sağlık çalışanlarının zarar görmesine yol açabilecek her türlü işlem ve süreçlere karşı, alınacak tedbir ve iyileştirme uygulamalarını, [ifade eder].”* şeklinde tanımlanmıştır.¹³ Tebliğ yürürlükten kaldırıldıktan sonra¹⁴ yürürlüğe giren Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanması Dair Yönetmelik'te¹⁵ de aynı tanım yapılmıştır. 2013 yılından itibaren ise hasta güvenliği meselesi, sağlıkta kalite uygulamaları çerçevesine alınmış Sağlık Hizmeti Kalitesinin Geliştirilmesi ve Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik çıkarılmıştır.¹⁶ 2015 yılında yapılan değişiklik ardından en son 2021 yılı Mayıs ayı itibariyle yürürlüğe giren Sağlıkta Kalitenin Geliştirilmesi ve Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik¹⁷ çıkarılmıştır. Hasta güvenliği, an itibariyle, T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlıkta Kalite Standartları Hastane Kılavuzu'nda, *“Hizmet alan tüm paydaşların zarar görmelerine yol açabilecek ve önceden öngörülebilir tüm tehlikeleri, kabul edilebilir bir düzeyde risk seviyesinde tutmak için alınabilecek tedbir ve iyileştirme faaliyetleri”* şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁸

Birbirine çok yaklaşan veya yaklaştırılmaya çalışılan iki emniyet ve güvenlik sistemi hakkında son yıllarda çalışma ve uygulamaların

ler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İnsan Kaynakları Yönetimi Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s. 79.

- ¹³ Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanması ve Korunmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, Resmî Gazete, 9 Nisan 2009, 27214.
- ¹⁴ Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Hasta ve Çalışan Güvenliğini Sağlanması ve Korunmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tebliğ, Resmî Gazete, 6 Nisan 2011, 27897.
- ¹⁵ Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanması Dair Yönetmelik, Resmî Gazete, 6 Nisan 2011, 27897.
- ¹⁶ Sağlık Hizmeti Kalitesinin Geliştirilmesi ve Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik Resmî Gazete, 6 Ağustos 2013, 28730.
- ¹⁷ Sağlıkta Kalitenin Geliştirilmesi ve Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik, Resmî Gazete, 27 Haziran 2015, 29399.
- ¹⁸ T.C. SAĞLIK BAKANLIĞI SAĞLIKTA KALİTE, AKREDİTASYON VE ÇALIŞAN HAKLARI DAİRESİ BAŞKANLIĞI, Sağlıkta Kalite Standartları (Hastane Sürüm 6.0), Ankara: Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Daire Başkanlığı, 2020, s. 20-21.

arttığı görülmektedir. Öyle ki ABD’de bazı hastaneler hasta güvenliği hakkında havacılık sektöründen uygulama eğitimleri almaktadırlar.¹⁹

Nebraska Üniversitesi Eğitim Araştırma Hastanesi Baştabibi Stephen B. Smith, havacılık emniyeti ve sağlık güvenliği hakkında, New York Times Gazetesinde da yayımlanan bir konuşmasında, sağlık sektöründe güvenlik uygulamalarının havacılık sektörünün 30 yıl gerisinde olduğunu ifade etmiştir.²⁰ Sağlık mensuplarının, başta pilotlar olmak üzere, havayolu meslek mensuplarından eğitim almalarının gerekliliğini vurgulayanlardan birisi de Stanford Üniversitesi Simülasyon Temelli Tıp Fakültesi Dekanı David M. Gaba’dır. Gaba bu gerekliliği, sağlık sektörü ve havacılık sektörü arasındaki önemli benzerlikler kaynağında temellendirmiştir. Gaba, bu vurguyla yetinmemiş ve anesteziyoloji uzmanlık dalından başlayarak diğer uzmanlık dallarını da kapsayan ve Havacılıktan Sağlık Hizmetlerine Kaynak Yönetimi Eğitim Programı şeklinde isimlendirdiği programı da kurmuştur.²¹ Gaba, tıbbın hasta güvenliği bağlamında havacılık sektöründen destek alması gerektiğini savunanların başında gelmektedir.²² Ricci ve arkadaşları makalelerinde, özellikle tıbbi uygulama hatalarının azaltılmasında, havacılık sektöründeki uygulamaların sağlık hizmetlerine transferinin önemini vurgulamaktadır.²³ Kapur ve arkadaşları da havacılık sektöründeki uygulamala-

¹⁹ Son yıllarda havacılık sektöründen danışman istihdam eden veya havacılık güvenliği uygulamalarını benimseyen artan sayıdaki sağlık kuruluşları arasında; Vanderbilt Üniversitesi Tıp Merkezi, Johns Hopkins Tıp Kurumları; Los Angeles’taki Cedars-Sinai Tıp Merkezi; New York’ta Vassar Brothers Tıp Merkezi, Nebraska Üniversitesi ve Galveston’daki Texas Üniversitesi Tıp Şubesi sayılabilir. Bkz. THE NEW YORK TIMES, <https://www.nytimes.com/2006/10/31/health/31safe.html> (ET: 21.05.2021).

²⁰ THE NEW YORK TIMES, <https://www.nytimes.com/2006/10/31/health/31safe.html> (ET: 21/05/2021).

²¹ GABA, M. David/HOWARD, K. Steven/FISH, J. Kevin/SMITH, E. Brian/SOWB, A. Yasser, “Simulation-Based Training in Anesthesia Crisis Resource Management (ACRM): A Decade of Experience”, *Simulation & Gaming*, 32, 2, 2001, s. 175-193.

²² GABA, M. David, “Have We Gone Too Far in Translating Ideas from Aviation to Patient Safety? No.”, *British Medical Journal*, 342, 2011, c7310.

²³ RICCI, Marco/PANOS, L. Anthony/LINCOLN, Joy/SALERNO, A. Tomas/ WARS-HAUER, Lewis, “Is Aviation a Good Model to Study Human Errors in Health Ca-

rın sağlık uygulamalarına transferinin hasta güvenliği bağlamında olumlu sonuçlar doğuracağını ifade etmektedir.²⁴ Wilf-Miron ve arkadaşları ise uçuş emniyeti yöntemlerinin ayakta hasta bakım hizmetlerine uygulanmasının olumlu sonuçlar ortaya koyduğunu belirtmişlerdir.²⁵ Tartışmaya somut verilerle katılıp, nicel veri sunma gayretinde olan Sullenberger ise bu hususta genel sektörel değerlendirmeleri kaynak gösterirken, havacılık sektöründe 1993-2013 arasında toplam yolcu sayısı iki katına çıkmışken kaza nedenli ölüm sayısının aynı oranda azalmış olduğunu vurgulamıştır.²⁶ Hatalı tıbbi uygulama ya da istenmeyen olaylar²⁷ nedeniyle önlenebilir hasta ölümü Avrupa Birliği Ülkelerinde tüm hastane başvurularında %10 ila %12 arasındadır.²⁸ Bu iki istatistik veriyi bir araya getiren ve bir pilot olan Sullenberger'in 2013 yılında yayınladığı makalesindeki ifadesine göre, sağlık hizmet sunumundaki bu olum-

re?" *The American Journal of Surgery*, 203, 6, 2011, 798-801. Bu çalışmada yer alan Warshauer aynı zamanda lisanslı bir pilottur.

- ²⁴ KAPUR, Narinder/PARAND, Anam/SOUKUP, Tayana/READER, Tom/SEVDALIS, Nick, "Aviation and Healthcare: A Comparative Review with Implications for Patient Safety", *The Royal Society of Medicine*, 7, 1, 2015, 2054270415616548.
- ²⁵ WILF-MIRON, Rachel/LEWENHOFF, Irene/ BENYAMINI, Zvi/AVİRAM, Ari, "From Aviation to Medicine: Applying Concepts of Aviation Safety to Risk Management in Ambulatory Care", *Quality and Safety in Health Care*, 12, 1, 2003, s. 35-39.
- ²⁶ KAPUR, 2054270415616548. Ticari uçuşlarda ölümle sonuçlanan kazalara yönelik istatistik için Bkz. BOEING, *Statistical Summary of Commercial Jet Airplane Accidents Worldwide Operations | 1959-2017*, Chicago: Boeing Commercial Airplanes, 2018, s. 1-14.
- ²⁷ Bir hatalı tıbbi uygulama sonucunda istenmeyen sonuç ortaya çıkabilir ya da çıkmayabilir. İstenmeyen sonuç; hastanın ölümü, yaralanması, engelli hâle gelmesi, yatış süresinin uzaması gibi durumları işaret eder ve hizmet sunan tarafından olabileceği gibi sağlık sistemi kaynaklı da olabilir. Bkz. GARROUSTE-ORGEAS, Maité/PHILIPPART, François/BRUEL, Cédric/MAX, Adeline/LAU, Nicolas/MISSET, Benoit, "Overview of Medical Errors and Adverse Events", *Annals of Intensive Care*, 2, 1, 2012, s. 2.
- ²⁸ WORLD HEALTH ORGANIZATION, Data and Statistics, <https://www.euro.who.int/en/health-topics/Health-systems/patient-safety/data-and-statistics> (ET: 21.05.2021).

suz oran havacılık faaliyetlerinde ortaya çıkmış olsaydı, bu oran tüm uçuşların durdurulması için yeterli bir oran kabul edilirdi.²⁹

Uçuş emniyeti ve hasta güvenliği üzerine çalışmalar yürüten Helmreich, iki sektörün benzerliklerini ve emniyet-güvenlik hususlarında sağlık sektörünün havacılık sektöründen öğrenmesi gereken çok şey olduğunu ifade etse de, Avustralya’da 9 Kasım 2006 tarihinde verdiği seminerde, tıbbın havacılıktan daha karmaşık bir yapıyı haiz olduğunu da vurgulamıştır.³⁰

İki sektör arasında benzemezlik vurgusu yapanlar da mevcuttur. Rismiller, Kortgen’in septik şok olgularında standart operasyon prosedürlerinin uygulanmasını olumlayan makalesine³¹ ve Rivers’in başlığı *sepsis pilotu uçuşa geçmeden önce nelere dikkat etmelidir* başlıklı makalesine³² yazdığı yorumunda³³ ne hastaların uçak ne de doktorların pilot olduğunu işaret etmiştir. Roger’s, havacılık sektöründeki uçuş emniyeti uygulamalarının hasta güvenliğine katkısını yadsımasa da bu etkileşimin sınırının belirlenmesinin gerekli olduğunu ve güncel hâl ile uçuş emniyeti uygulamalarının hasta güvenliğine çevrilmesi hususunda fazla ileri gidildiğini belirtmiştir.³⁴ Reader ise havacılık sektöründe ekip çalışmasına yönelik standart prosedürlerin yoğun bakım hizmetlerinde uygulanır hâle geldiğini, ancak, bunun iki meslek grubunun doğası ge-

²⁹ SULLENBERGER, B. “Sully” Chesley, “Making Safety a Core Business Function”, *Healthcare Financial Management*, 67, 2013, s. 50-54.

³⁰ HELMREICH, Robert, Riding the Tsunami of Threat and Error, Australian Aviation Psychology Seminar, Manly Beach, Australia, November 2006. <https://liberalarts.utexas.edu/psychology/news/robert-helmreich-will-deliver-keynote-address-at-australian-aviation-psychology-seminar> (ET: 17.05.2021).

³¹ KORTGEN, Andreas/NIEDERPRUM, Petra/BAUER, Michael, “Implementation of an Evidence-Based ‘Standard Operating Procedure’ and Outcome in Septic Shock, *Critical Care Medicine*”, 34, 4, 2006, s. 943-949.

³² RIVERS, Emanuel, “Implementation of an Evidence Based ‘Standard Operating Procedure’ and Outcome in Septic Shock: What a Sepsis Pilot Must Consider Before Taking Flight With Your Next Patient”, *Critical Care Medicine*, 34, 2006, s. 1247.

³³ RISSMILLER, Richar, “Patients Are Not Airplanes and Doctors Are Not Pilots”, *Critical Care Medicine*, 34, 11, 2006, s. 2869.

³⁴ ROGERS, James, “Have We Gone Too Far in Translating Ideas From Aviation to Patient Safety? Yes”, *British Medical Journal*, 342, 2011, s. 7309.

reği çok önemli farkları haiz olduğunu vurgulamıştır.³⁵ Kar, makalesinde, 2017 yılında uçak kazalarında 59 kişinin öldüğünü³⁶, bu sayının 2018 yılında %950 artarak 555'e³⁷ ulaştığını ifade ederken bazı sektörlerin, zaman zaman, beklenmedik durumlarla karşı karşıya kalabileceğine dikkat çekmiştir.³⁸

Akademik tartışmalar sürse de hasta güvenliği ve uçuş emniyeti uygulamaları birbirine çok yaklaşmış durumdadır. Wolf'un da ABD özelinde vurguladığı "*Uzun yıllar boyunca Washington'daki liberal yasa koyucuların uzun vadeli misyonununun tıbbın havacılık endüstrisine benzer bir sisteme dönüştürülmesi olduğunu savundum.*" yaklaşımına³⁹ biz de, Türkiye özelinde uzak değiliz. Bu konudaki gerekçemiz ise Wolf'un makalesinde vurguladığı *Federal Havacılık İdaresi Havacılık Bilgi El Kitabı'nın*⁴⁰, bugün T.C Sağlık Bakanlığının cerrahi kontrol listesi ve sair kılavuzlardan, temelde, farklı olmamasıdır.

Esasen vurgulamaya çalıştığımız yaklaştırmanın mevcudiyetine yönelik tartışmalar, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün (EİKÖ, Organisation for Economic Co-operation and Development-OECD)⁴¹

³⁵ READER, W. Tom/CUTHBERTSON, Brian, "Teamwork and Team Training in The ICU: Where Do the Similarities with Aviation End?", *Critical Care*, 15, 2011, s. 1-6.

³⁶ SHEPARDSON, David, "2017 Safest Year on Record for Commercial Passenger Air Travel: Groups", *Reuters*, 1 Jan 2018 <https://www.reuters.com/article/us-aviation-safety/2017-safest-year-on-record-for-commercial-passenger-air-travel-groups-idUSKBN1EQ17L> (ET: 21.05.2021).

³⁷ SHEPARDSON, David, "Fatalities on Commercial Passenger Aircraft Rise in 2018", *Reuters*, 2 Jan 2019. <https://uk.reuters.com/article/uk-airlines-safety-worldwide/fatalities-on-commercial-passenger-aircraft-rise-in-2018-idUKKCN1OW009> (ET: 21.05.2021).

³⁸ KAR, Partha, "Applying Aviation Safety to Healthcare—Are We Missing the Fundamental?", *British Medical Journal*, 2019, 364, I735.

³⁹ WOLFE, B. James, "What Do Physicians & Pilots Have in Common?", *Missouri Medicine*, 2014, 111, 1, s. 22-23.

⁴⁰ El kitabının özgün dildeki ismi *Federal Aviation Administration Aeronautical Information Manual* şeklindedir. Wolfe, makalesinde bu uygulamaları, yemek kitabı tıbbi (cookbook medicine) şeklindeki ifadesi ile de eleştirmektedir.

⁴¹ T. C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün EİKO ve sağlık bakım kalite göstergelerini ilişkilendiren "*Sağlık hizmeti kalitesinin hem ulusal hem de uluslararası düzeyde izlenmesi ve geliştirilmesi, Sağlıkta Dönüşüm Programının ikinci fazında Bakanlığımızın en önde gelen politikaları arasında yer almaktadır. Bu kapsamda, fark-*

2019 yılında yayınladığı Avrupa’da Sağlık Hizmet Kalitesini Geliştirme Kitabı’nda, bize göre, son bulmuştur. Burada, havacılık sektörü için geliştirilen ekip kaynak yönetimi programının sağlık hizmetlerine uygulandığı açıkça vurgulanmıştır.⁴²

Yolcu emniyetine yönelik uygulamaların hasta güvenliği uygulamalarına transferinin olumlu ya da olumsuz yanlarının tartışılması makalemizin sınırlılıklarındandır.⁴³ Ancak, Türkiye’de bu iki yaklaşımın benzerliğini, T.C. Sağlık Bakanlığı ve T.C. Ulaştırma Bakanlığı⁴⁴, çalışma-

lı ülkelerde sunulan sağlık kalitesini ölçmeyi ve karşılaştırmayı amaçlayan ve OECD bünyesinde yürütülen Health Care Quality Indicators (HCQI-Sağlık Bakım Kalitesi Göstergeleri) projesine katılım sağlamak üzere çalışmalar başlatılmıştır. OECD dokümanları esas alınarak ülkemiz için kullanılacak gösterge kartı formatları hazırlanmış, sonrasında ilgili birimler tarafından ülkemiz için kullanılacak kartlar ve göstergelere ilişkin tanı ve işlem kodları belirlenmiştir. Akabinde, ilgili birimlerce, verilerin elde edilmesine ilişkin çalışma yürütülmüştür. Öncelikli olarak “Birinci Basamak Hizmetler (Reçetelendirme), Akut Bakım ve Birinci Basamak Sağlık Hizmetleri (Önlenebilir Hastane Kabulleri)” kategorilerine yönelik veriler, OECD ile paylaşılmıştır. Bu çalışmalar çerçevesinde oluşturulan kurumsal yapı ve göstergelere ilişkin detaylı bilgi, OECD HCQI Türkiye dokümanında derlenmiş ve paydaşlarımızın kullanımına sunulmak üzere yayımlanmıştır.” şeklindeki ifadesine yönelik Bkz. <https://shgmkalitedb.saglik.gov.tr/TR-24824/oeed-hcqi-turkiye-hakkinda.html> (ET: 26.05.2021).

⁴² WORLD HEALTH ORGANIZATION/ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, Improving Healthcare Quality in Europe Characteristics, Effectiveness and Implementation of Different Strategies, Editors BUSSE, Reinhard/KLAZINGA Niek/PANTELI, Dimitra/QUENTIN, Wilm, United Kingdom: WHO PublicaTİons, 2019, s.305-306 <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/327356/97892289051750-eng.pdf> (ET: 26.05.2021).

⁴³ İki sektörün, hizmet alanların emniyeti/güvenliği bağlamında karşılaştırılmasına yönelik bir tablo için Bkz. KAPUR, 2054270415616548.

⁴⁴ T.C. Sağlık Bakanlığı, Türkiye’de sağlık hizmetinin etkin, etkili, verimli, zamanında ve hakkaniyet çerçevesinde sunulmasını sağlarken; amacı hasta ve çalışan güvenliği ile hasta ve çalışan memnuniyetini en üst seviyeye çıkarmak olan sağlıkta kalite sistemini, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü Sağlıkta Kalite, Akreditasyon ve Çalışan Hakları Dairesi Başkanlığı vasıtasıyla yürütmektedir. Başkanlık, görev ve yetki dayanağını 1 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 355’inci maddesinin h fıkrasından, sistem ise hukuki dayanağını Sağlıkta Kalitenin Geliştirilmesi ve Değerlendirilmesine Dair Yönetmelik’ten almaktadır. Bu sistem 3 yapı taşı üzerine kurulmuştur. Bunlar; kurumsal yapı, sağlıkta hizmet kalitesi ve klinik kalitedir.

T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, Sivil Havacılık Talimatı ile Uluslararası Sivil Havacılık Örgütünün kurallarına bağlı kalarak kalite

ları vasıtasıyla somutlayabiliriz. Esasen, her iki bakanlığın uygulamaları incelendiğinde ulusal üstü kuruluşların uygulamalarına çok yakın hareket ettikleri saptanır. Sağlık Bakanlığı açısından bu kuruluşlar Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ, World Health Organization-WHO)⁴⁵, EİKÖ⁴⁶, Avrupa Birliği⁴⁷ iken Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı açısından Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (USHÖ, International Civil Aviation Organisation-ICAO), Avrupa Birliği Havacılık Emniyeti Ajansı (ABHEA, European Union Aviation Safety Agency-EASA) ve Uluslararası Hava Taşımacılığı Birliği (UHTB, International Air Transport Association-IATA) sayılabilir.⁴⁸

Meseleyi somutlaştırmak için bakanlığın emniyet-güvenlik ve/veya kalite hususundaki yaklaşımlarına yönelik örnek şu şekilde verilebilir, ki burada en önemli ortak terim *standart*tir. T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlıkta Kalite Standartları Hastane Kılavuzu'nda "*Hastaneden hizmet alan tüm hastaların, hasta bakım sürecinin her aşamasında hasta güvenliğini ve memnuniyetini sağlayacak şekilde ve bilimsel kurallar çerçevesinde aynı standartta bakım hizmeti almalarını sağlamaktır.*"⁴⁹ ifadesi mevcutken; Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı konuyu, "*Bakanlığımıza bağlı, kamu tüzel kişili-*

yönetim sistemi oluşturmuştur. Temel olarak ISO 9001:2000 standardı kullanılmaktadır. Sağlık sektöründe kalite uygulamaları açısından Bkz. <https://shgmkalitedb.saglik.gov.tr/TR-8785/turkiye-saglikta-kalite-sistemi.html> (ET: 30/05/2021) ve havacılık sektöründe kalite uygulamaları hakkında Bkz. ANNAÇ GÖV, Sabiha, "Havacılık Sektöründe Kalite Sistemi", Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 15, 2, 2018, s. 391-406.

⁴⁵ T.C. Sağlık Bakanlığı Güvenli Cerrahi Kitabı'nda ifade şu şekilde yer bulmuştur: "*Dünya Sağlık Örgütü'nün 2008 yılında başlatmış olduğu 'Güvenli Cerrahi Hayat Kurtarır' projesi kapsamında, Bakanlığımız, Hizmet Kalite Standartlarında güvenli cerrahi uygulamalarına yer vererek bu projeyi ülkemizde de hayata geçirmiştir.*" Bkz. T. C. SAĞLIK BAKANLIĞI SAĞLIK HİZMETLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, Güvenli Cerrahi Uygulama Rehberi (Versiyon 2.0; Revizyon 00), 2. Baskı, Ankara: Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Daire Başkanlığı, Ankara, 2015, s. 1.

⁴⁶ Bkz. dipnot 44.

⁴⁷ T.C. SAĞLIK BAKANLIĞI AVRUPA BİRLİĞİ KOORDİNASYON DAİRESİ BAŞKANLIĞI, Avrupa Birliği ve Sağlık Bakanlığı Uyum Çalışmaları, Editör BOR EKMEKÇİ, Elif, Ankara: Sağlık Bakanlığı, 2010, s. 1-38.

⁴⁸ ANNAÇ GÖV, s. 391-406.

⁴⁹ T.C. SAĞLIK BAKANLIĞI SAĞLIKTA KALİTE, AKREDİTASYON VE ÇALIŞAN HAKLARI DAİRESİ BAŞKANLIĞI, s. 157.

ği haiz, özel bütçeli bir kuruluş haline getirilen SHGM'nin sivil havacılık faaliyetlerinin gerek uluslararası standartlarda yürütülmesi gerekse uçuş emniyeti ve havacılık güvenliğinin en üst düzeyde gerçekleştirilebilmesi için denetim ve kontrol mekanizmalarının etkinliği artırılmıştır.”⁵⁰ şeklindedir. İki yaklaşım incelendiğinde, insan üzerinde yapılan uygulamalara yönelik aynı standartta ifadesi kullanılırken, makine üzerinde yapılan uygulamalara yönelik uluslararası standartlarda ifadesinin tercih edilmesi ise bize göre, dikkate değerdir ve ayrıca üzerinde durulmalıdır.

Kanaatimizce, sağlık hizmet sunumunda hasta güvenliği gerek evrensel uygulamalarda gerekse yerel uygulamalarda, havacılık sektörünün uçuş emniyeti yaklaşımından etkilenmiştir ve Sağlık Bakanlığının hasta güvenliğini aynı standartta sağlayabilmesi amacı, ülkemizde bu benzeşmenin son derece yakın olduğunu da somutlamaktadır. Bu hususta, Sağlık Bakanlığının Rehberleri⁵¹ ve kontrol listeleri⁵² özellikleri vurgumuzu kanıtlamaya yakın kabul edilebilir.

Sağlık hizmet sunumunda hasta güvenliğinin olabilecek en yüksek standarda getirilmesi ve sistem ya da insan kaynaklı hataların mümkünse ortadan kaldırılması son derece doğru bir yaklaşım olacağı düşünce-sindeyiz. Bu amaca yönelik, havacılık sektörünün tecrübesinden ve bu

⁵⁰ T.C. ULAŞTIRMA BAKANLIĞI SİVİL HAVACILIK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, Havacılık Güvenlik Sistemi, Ankara: Cantekin Matbaacılık, 2010, Önsöz.

⁵¹ T.C Sağlık Bakanlığı rehberleri için Bkz. <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/yayinlarimiz/rehberler> (ET: 01/06/2021); ve kontrol listeleri için Bkz. <https://shgm.saglik.gov.tr/TR-45986/rehberler.html> (ET: 01.06.2021).

⁵² İlginç olarak bu kontrol listeleri, başka bir ifade ile ameliyata yönelik “Yap ve Yapmaları” içeren güvenli cerrahi kontrol listeleri, esasen, 1903 yılında Atlantik Okyanusu’nu ilk geçen Wright kardeşlere borçlu olduğumuz bir sistemin yansımasıdır. Wright kardeşlerin, benzin miktarı ve iniş takımlarına pozisyonuna yönelik iki maddelik kontrol listesi formu bugün alışverişten uzay bilimlerine yaşamın her alanında kullanılmaktadır. Bkz. NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION, The Wright Way: The Process of Invent, https://www.nasa.gov/pdf/143715main_Process.of.Invention.pdf (ET: 01.06.2021); Bu kontrol listeleri TÜBİTAK tarafından yayımlanan Sağlıkta Kalite ve Verimlilik adlı kitapta da “Checklist veya kontrol listeleri, ağırlıklı olarak havacılıkta kullanılan ve kontrollerin tam yapılmasını sağlayan bu araçlar, süreçlerdeki eksikliklere engel olur. Daha güvenli ve hızlı bir akışa yardımcı olur.” ifadesi ile olumlanmıştır. ALAHDAB, Hişam, Sağlıkta Süreç Verimliliğinde Araç ve Yöntemler, içinde Sağlıkta Kalite ve Verimlilik, Editör ÖNAL, Binnur, İstanbul: Elma Basım Matbaacılık, 2018, s. 128.

sektörün uygulamalarındaki koşul bağlı ve sert çerçeveli standartlarından faydalanmak da bir yaklaşımdır ve bu yaklaşım İdare'nin bir tercihidir. Ancak bu tercihin işlevsel olabilmesi, insan kaynaklı hataların temellerinin doğru saptanması ve özellikle dikkat sürecine etki eden durumların doğru tahlil edilmesi ile mümkündür. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde sırasıyla insan kaynaklı hata meselesini ve havacılık ve sağlık sektöründeki iki hizmet grubunda işgörenlerin çalışma şartlarındaki farkları irdeleyeceğiz.

II. İNSAN KAYNAKLI HATA

Yanlış sıfatı, yanlış eylem adının kalıplaşmasından ses düşmesiyle oluşmuştur ve doğru olmayan, hatalı anlamına gelmektedir.⁵³ Dilsel norma göre yanlış veya hatalı faaliyet; akla, mantığa, duruma, ahlaka, bilgiye veya kanunlara uygunsuzluk olarak tanımlanabilir.⁵⁴

Rasmussen, Norman, Hollnagel ve Reason hata kavramı üzerinde çalışmış müelliflerden kimileridir. Rasmussen, doğru veya hatalı insan performansını bilişsel kontrol düzeyinde; bilgi, kural ve yetenek tabanlı olarak modellemiştir.⁵⁵ Hatayı eylem aşamasındaki beceri hataları ile karar aşamasında kural/bilgi eksikliğinden kaynaklanan hatalar şeklinde gruplamıştır.⁵⁶ Hollnagel ve Marsden'in hata incelemesinin, sağlık hizmet sunumuna modellenebilirliği, bize göre, daha uygundur. Yazarlar, hatayı, genotipik ve fenotipik olarak tanımlamıştır. Genotipik anlamda hata, hatanın ortaya çıkış nedenini incelerken; genotip anlamda hata; insandan, sistemden ve çevreden kaynaklanan hatalar olmak üzere üç ana bölümde incelenir. İnsan kaynaklı hatalar; gözlem, planlama, yo-

⁵³ AYVERDİ, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, 3. Cilt, İstanbul: Kubbealtı İktisadi İşletmesi, 2005, s. 3364.

⁵⁴ Çalışmamız kapsamında malpraktis ifadesinin kullanımı tercih edilmemiştir. Malpraktis, yapmak veya uygulamak anlamındaki –praxis (G) eylem son ekine, yanlış veya hatalı anlamındaki –malum (L) ön ekinin birleşmesiyle oluşmuş melez bir sözcüktür. Bkz. STOLBERG, B. Victor, Malpractice: In Cultural Sociology of Mental Illness An A-to-Z Guide, California: Sage Publications, 2014, s. 477.

⁵⁵ RASMUSSEN, Jens, "Skills, Rules and Knowledge; Signals, Signs and Symbols, and Other Distinctions in Human Performance Models IEEE Transactions on Systems", Man and Cybernetics, 13, 3, 1983, s. 258.

⁵⁶ NORMAN, Donald Arthur, "Categorization of Action Slips", Psychological Review, 88, 1, 1981, s. 9.

rumlama hataları olarak değerlendirilir. Sistem hataları; bileşen, işlev, kalıcı veya geçici arabirim kaynaklı olarak incelenir. Çevresel kaynaklı hatalar ise iletişim, organizasyon veya ortam temelli olarak değerlendirilir.⁵⁷ Fenotipik hata ise hatanın izlenebilen sonucudur. Fenotipik anlamda hata, icrai faaliyetin yanlış zaman, şekil, yer veya nesne üzerinde yapılmasını tanımlar.⁵⁸ Sağlık hizmet sunumundaki hataya yönelik yapılan çalışmalarda sıklıkla atfedilen araştırmacı ise Reason'dur. Reason'a göre hatalı insan davranışı, bireysel ve teknik faktörleri içeren iki ayrı kümenin, organizasyonel unsurlar altındaki birleşim veya kesişimlerinden oluşan şemadır. Bireysel davranış faktörleri kümesi, eylemin uygulayıcısının insani hatalarını kapsar. Teknik faktörler kümesi ise, sistem, alt sistem veya sistem parçalarında ortaya çıkan bozulmaları kapsar. Organizasyonel faktörler kümesi ise iletişim, performans ve kontrol aşamalarını içermekte ve her hâliyle bireysel ve teknolojik faktörler kümelerini kapsamaktadır.⁵⁹

Kanaatimizce, sosyolojik anlamda hata, bir tıbbi faaliyet açısından yorumlandığında, hedeflenen sonuçtaki bilişsel duruma ve süreçteki ortaya çıkış zamanına göre gruplandırılabilir. Bilişsel düzeyde hatalar, doğru uygulamayı yapmamak anlamında ihmalden veya uygulamayı yanlış yapmak anlamında kusurlu hareketten kaynaklanır. Hata, süreçteki ortaya çıkış zamanına göre ise karar veya eylem aşamalarında oluşabilir. Her durumda hatanın, dikkat faktörüne bağlılığı açıktır. Dikkat, biyo-psiko-sosyal bir hâli işaret eder ve biyolojik olarak anlık durumu, psikolojik olarak bir duygu ve davranış hâlini somutlar. Dikkatin, psikolojik bağlamda kronikleşmiş bir hastalık şekli de mevcuttur.⁶⁰ Sosyal

⁵⁷ HOLLNAGEL, Erik/MARSDEN, Phil, Institute for Systems, Informatics and Safety, Yorkshire: Human Reliability Associates Ltd., 1996, s. 119.

⁵⁸ HOLLNAGEL, s. 5.

⁵⁹ REASON, James, "Human Error: Models and Management", British Medical Journal, 320, 2, 2000, s. 768.

⁶⁰ DSM-5 Tanı Ölçütleri Başvuru Elkitabı'na (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) göre dikkat eksikliği, Dikkat Eksikliği ve Hiperaktivite Bozukluğu'nun (DEHB) üç alt tipinden birisidir. DEHB'in diğer iki alt tipleri ise hiperaktivite/dürtüsellik ve birleşik tip olarak bilinir. Dikkat eksikliği alt tipi, verilen bir görevi tamamlamada zorluk yaşama, yönergeleri takip edememe, dinlemiyormuş gibi görünme, eşyalarını kaybetme, zihinsel çaba gerektiren etkinliklerden hoşlanmama ya

açından ise dikkat, pek çok disiplinin teori ve pratiğinde yer bulan bir kavramdır ki hukuk biliminde de taksir tanımının en önemli bileşenidir.

A. İNSAN KAYNAKLI HATA VE HUKUK

Sorumluluk sözcüğü temel anlamıyla kişinin iş ve davranışlardan hesap sorulabilmesini ifade ederken aynı zamanda hukuki terimdir.⁶¹ Bu anlamıyla, uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın; hesabını verme, tazminatla yükümlü tutulma veya işlenmiş bir suçun gerektirdiği yaptırıma maruz kalma halidir.⁶² Bu tanım kavramın disiplin hukuku, idare hukuku, özel hukuk ve ceza hukuku işlevlerine de göndermede bulunur. Yaptırım, sorumluluğun yerine getirilmemesidir ve hukuki karşılıktır.⁶³ Kanaatimizce sorumluluk, bir yanıyla davranışsal kişilik özelliğinin vücut bulmuş hâli, diğer yanıyla ise kişiye yükümlülük yükleyen, sosyal ve mesleki ödevlere yönelmiş bir kavramdır.

Meslek erbabının sorumluluk üstlendiği her faaliyet dikkat ve özeni gerektirir. Faaliyetin teknik varlığındaki normatif dikkat ve özen dayanağını, mesleki ilkelerde bulur. Dikkat ve özenin hukuki yansıması yürürlükte bulunan ve mesleğe yönelik mevzuata tam bir uyumu talep eder.

Meslek erbabının dikkatsiz ve özensiz faaliyetinden kaynaklanan ceza hukuku sorumluluğu, hukuka uygun olmayan ve suç teşkil eden davranış nedeniyle karşılığını ceza hukuku yaptırımlarında bulur.⁶⁴ Başka bir ifade ile meslek erbabı, tipe uygun, hukuka aykırı olarak ve

da kaçınma, dikkatsizce hatalar yapma ve detaylara dikkatini verememe gibi gelişimsel seviyesine ya da yaşına uygun olmayan belirtiler ile; hiperaktivite/dürtüsellik alt tipi aşırı hareketlilik, başkaları konuşurken onları bölme ve bir yerde uzun süre oturamama gibi belirtiler ile ve birleşik tip ise her iki görünümün de kişide mevcut olması şeklinde ortaya çıkmaktadır. ERYILMAZ, Ece/ÜSTÜNDAĞ-BUDAK, A. Meltem, "Dikkat Eksikliği ve Hiperaktivite Bozukluğunu Erken Tanımda Cinsiyet Önyargısı", *Türk Psikoloji Yazıları*, 22, 43, 2019, s. 91.

⁶¹ AYVERDİ, 3. Cilt, s. 2830.

⁶² YILMAZ, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 1. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2003, s. 618.

⁶³ CORNOCK, Marc, "Legal Definitions of Responsibility, Accountability and Liability", *Nursing Children and Young People*, 23, 3, 2011, s. 25.

⁶⁴ ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 228.

dikkatsizliği veya özensizliği biçiminde ortaya çıkan kusurlu davranışla gerçekleştirdiği sonuç nedeniyle kınanacaktır ki bu da ceza hukukunun işlevidir. Meslek erbabının kusurundan doğan bu kınanma ise sorumluluğun ceza hukuku anlamında sonucudur.⁶⁵

Kusurun görünüş şekilleri olan kast ve taksir, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir içtihadında ve özellikle de kaza ya da tesadüfe vurgu yapılarak, *“Gerek kanun tarafından konulan, gerekse ortak deneyimler ürünü olan kurallara iradi olarak riayetsizlik suretiyle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıldığı takdirde, bir takım zararlı neticelerin doğabileceği öngörülebiliyorsa taksir söz konusu olacaktır. Yapılan hareketin neticesi ortak tecrübeye göre öngörüleliyorsa ve hukuken de böyle bir yükümlülük getirilmemişse,...”* kaza” ya da “tesadüf” olarak adlandırılan bu hal sebebiyle cezai sorumluluk gündeme gelmeyecektir.” şeklinde yer bulmuştur.⁶⁶

Mülga 765 Kanun Numaralı Türk Ceza Kanunu⁶⁷ mehazı İtalyan Ceza Kanunu'na⁶⁸ benzer bir düzenleme ile taksir tanımı yapmamış ve boşluk öğretisi tarafından doldurulmuştur. *“Dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizam, emir ve talimatlara riayetsizlik”* biçiminde ifade edilen taksir kalıpları, 5237 Kanun Numaralı Türk Ceza Kanunu'nda⁶⁹ terk edilmiş ve Kanun'un 22'nci maddesinin 2'nci fıkrasında taksir, *“Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesidir”* biçiminde tanımlanmıştır.⁷⁰ Centel ve arkadaşları, bu tanım-

⁶⁵ İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967, s. 10.

⁶⁶ YARGITAY CGK., 09.02.2016, E.2014/12-67, K.2016/45 (UYAP) (ET: 10/04/2021).

⁶⁷ 765 kanun numaralı Türk Ceza Kanunu, Resmî Gazete, 13 Mart 1926, 320.

⁶⁸ İtalyan Ceza Kanunu'nda taksir, *“Netice öngörülmüş olsun veya olmasın fail tarafından istenmediği ve tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut sanatta acemilik ve yahut kanun, nizam, emir ve talimata riayetsizlik sebebiyle meydana geldiği takdirde suç taksirli veya maksada aykırıdır”* şeklinde tanımlanmıştır. İÇEL, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk, 25. Taksir tanımının İtalyan Ceza Kanunu 4'üncü. Maddesindeki orijinal ve İngilizce tercüme metni için Bkz. <http://italiantortlaw.altervista.org/penalcode.html> (ET: 11.04.2021).

⁶⁹ 5237 kanun numaralı Türk Ceza Kanunu, Resmî Gazete, 12 Ekim 2014, 25611.

⁷⁰ İÇEL, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016, s. 439.

daki eksikliğe vurgu yaparken, Avusturya Ceza Kanunu'nun 6'ncı maddesine⁷¹ atfetmektedirler. Yazarlar, atfedilen maddede, failin dikkat ve özen yükümlülüğünün çerçevesinin üç kavramla çizildiğini işaret ederken bunları; hâl ve koşullara göre özen göstermekle yükümlü olma, akli ve bedeni durumuna göre özen göstermeye yükümlü olma ve özen göstermenin kendisinden beklenir olması şeklinde vurgulamışlardır.⁷² Yazarlar, bu çerçevenin uygulamada gözetilmesine karşın tereddütlere neden olmamasının, ancak, taksir tanımındaki açıklıkla sağlanabileceğini de vurgulamaktadırlar.⁷³

Taksirde kusurluluk, kişinin, belli durumlarda belli kurallara yönelik yükümlülüklerini konu edilen yükümlülüklerin karşılanmasına yönelik olanakların varlığına karşın yerine getirmemesinden doğar.⁷⁴

Sanayi devrimine kadarki süreçte, taksirli davranışları önlemek için ceza yaptırımına başvurmanın gerekip gerekmediği uzun süre tartışılmıştır. Bu yönde düşünen hukukçular, genel olarak, ceza yaptırımından farklı bir yaptırım olması gerekliliğini savunmuşlardır.⁷⁵ Bu anlayış, sanayi devrimi sonrasında sanayi faaliyetlerinin ortaya çıkardığı top-

⁷¹ Avusturya Ceza Kanunu'nun 6'ncı maddesi "*Hâl ve koşullara göre yükümlü olduğu ve akli ve bedeni durumuna göre ehil olduğu ve kendisinden beklenecek özeni göstermeyen ve bu nedenle yasadaki tanıma uyan bir neticeyi gerçekleştirebileceğini öngörmeyen taksirli davranmıştır. Ayrıca, gerçekleşmesini istemese de öyle bir netice doğacağını öngören de taksirli davranmış demektir.*" şeklinde Türkçeleştirilebilir. Bkz. CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020, 381. Madde'nin özgün dildeki "*Fahrlässig handelt, wer die Sorgfalt außer acht läßt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, daß er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. (2) Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, daß er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.*" şeklindeki hâli için Bkz. https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=&p_isn=93674 (ET: 11.04.2021).

⁷² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 382.

⁷³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 383.

⁷⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 360.

⁷⁵ DELOGU, Tullio, "Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi", Çeviren ERSOY, Yüksel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39, 1, 1982, s. 115.

lumsal tehlikeler ve işçilerin maruz kaldığı zararlar nedeniyle değişmeye başlamıştır.⁷⁶

Taksir kusurluluğuna ceza hukuku yaptırımını uygulanmasının gerekliliği yönünde yaklaşan hukukçular ise, yaptırımın, genel önleme işlevini öne çıkarmışlardır. Taksirden doğan kusurluluğa ceza hukuku yaptırımını olumlayan yaklaşım ile esasen, toplumsal yaşamda bireysel davranış ve faaliyetlerin sonucu ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçların önlenmesi ya da genel kabul edilebilirlik sınırlarına çekilmesi amaçlanmıştır. Taksir kusurluluğunda ceza hukuku yaptırımını yanlısı hukukçuların çoğunluğu, amaca yönelik yaptırımın hayatın genel akışını bozmayacak şekilde uygulanmasının gerekliliğini de savunmuşlardır.⁷⁷

Toplum kurallarına karşı gelmenin yaptırımla karşılandığı kasti suçlardan farklı olarak taksirli suçlarda yaptırımın temelini; kurallara dikkat etmemek, özensiz davranmak, sonucu engelleyebilecek bir davranış içinde bulunmamak veya yapılan hareketin ortaya çıkan sonucu gerçekleştirebileceğini öngörememektir.⁷⁸ Taksirden doğan kusurlulukta ceza yaptırımı, başkalarına da zarar vermemek için kişiden gerekli dikkat ve özeni göstermesini, pasif kalmamasını ve ihmalkâr davranmamasını amaçlar.⁷⁹ Bu esas Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından da kararlarında vurgulanmıştır.⁸⁰

Taksirin hukuki esaslarının tanımlanmasında, unsurlarının saptanmasında ve sınırlarının belirlenebilmesinde çeşitli teoriler öne sürülmüştür.⁸¹ *Stoppato* tarafından savunulmuş ve fazla soyut olması nedeniyle

⁷⁶ DELOGU, s. 116.

⁷⁷ DELOGU, s. 116.

⁷⁸ ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genişletilmiş 2. Baskı, 1. Cilt, Ankara: Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 464.

⁷⁹ İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, S. Fatih/ÜNVER, Yener, Suç Teorisi 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000, s. 234.

⁸⁰ YARGITAY CGK., 11.03.2008, E.2007/9-275, K.2008/49 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) (ET: 10.04.2021).

⁸¹ ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", Ankara Barosu Dergisi, 3, 2013, 322; CENTEL, s. 383.

le eleştirilen teoriye göre, hukuka aykırı bir amaca yönelme kastı olmasa dahi hukuka aykırı araçlar kullanan fail, sonucun öngörülmesi veya önlenmesi olanağına bakılmaksızın, sadece iyi bir insan olmadığı için sorumlu tutulmalıdır.⁸² Etkili neden görüşü olarak da adlandırılan bu teoriye göre subjektif yönden başkaca bir araştırma da gereksiz hâle gelir.⁸³ *Brusa* tarafından savunulmuş, önleyebilme teorisine göre taksir, öngörülebilen ve önlenebilir olduğu hâlde bu yönde gereken dikkatin iradi olarak gösterilmemesi sonucunda doğan hukuka aykırı neticeyi işaret eder.⁸⁴ Göreve aykırılık teorisine göre taksir, kişinin kendisine yüklenen göreve uymamasının ve bu göreve aykırı harekette bulunmasının sonucudur.⁸⁵ Yanılma teorisine göre taksir, duraksamaksızın, failin kaçınılması olanaklı olan bir hatasından kaynaklanır ve taksirden önce gelen bu hata dikkatin azalması ya da hiç bulunmaması şeklinde ortaya çıkar.⁸⁶ *Carrara* tarafından savunulmuş öngörebilme teorisi ise taksirin hukuki esasının açıklanmasında fazlasıyla kabul görmüştür. *Carrara*'ya göre taksirden doğan kusurluluk kişiye, ancak iradi bir hareketinin öngörülebilen sonuçlarını saptamadaki özensizliği nedeniyle yüklenebilmelidir.⁸⁷

Öngörebilme teorisi, taksirin kaza ve tesadüften ayrılmasında önemli bir işleve sahiptir.⁸⁸ Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen görüşe göre de taksirin esasını öngörebilmeye dayandırmak, hem taksirli suçla-

⁸² İÇEL, Ceza Hukukunda Taksir, 66; DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1997, 966; DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul: Bahçeşehir Yayınları, 2003, s. 272.

⁸³ İÇEL, Ceza Hukukunda Taksir, 81; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara: Savaş Kitabevi, 2005, s.117; Ayrıca görüşler için Bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 383.

⁸⁴ İÇEL, Ceza Hukukunda Taksir, s. 71; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 383.

⁸⁵ İÇEL, Ceza Hukukunda Taksir, 66; DÖNMEZER, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 966; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 383.

⁸⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 383.

⁸⁷ DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku, s. 268.

⁸⁸ İÇEL, Ceza Hukukunda Taksir, s. 81; DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku, s. 313; TOROSLU, s. 115; PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer, Kast ve Taksir, Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 323; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 434.

rın yaptırımla karşılanmasının nedenini açıklamak gibi bir yarar sağlar, hem de toplumun savunma ve adalet düşüncelerine cevap verir.^{89 90}

Toplumsal yaşamın güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için çeşitli alanlarda kişilerin, daha dikkatli ve özenli davranma gerekliliklerine yönelik kurallar vardır. Bu kurallar bir yandan toplumsal yaşamda tehlike sorumluluğuna yönelik farkındalık ve düzen sağlamaktayken, bir yönüyle de toplum için zararlı sonuçlar doğurma olasılığı görece yüksek meslekler icra eden kişilerin, daha *basiretli* ve daha *dikkatli* ve *özenli* davranmalarının sağlanmasının da temelidir.⁹¹

Basiret sözcüğü, farklı tanımlar olsa da⁹², temel anlamında, “Gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş, sezisi, anlayış, kavrayış, sağgörü, vizyon” olarak tanımlanmaktadır.⁹³ Kanaatimizce hukuk öğretisinde sıklıkla yer bulan basiret kavramı ile kastedilen, doğru ve ölçülü bir görüşün verdiği uyanıklık ile ileriye görme durumudur.

Dikkat sözcüğü temel anlamında, “duygularla düşünceyi bir şey üzerinde toplama, uyanıklık, ilgi ve özen” şeklinde tanımlanmaktadır.⁹⁴ Dikkat, terim anlamında ise daha kavramsal bir durumun açıklanmasına yönelir.

Dikkat, hukuki anlamda, taksirin psikolojik kaynağını temsil eder. Bu yönde dikkat, belleğin dış etkenlere karşı takındığı tavır ya da bilinci yerinde bir kişinin uğraşacağı konu ile ilişkisini de somutlar hâle gelir ve kendiliğinden oluşabilir ya da iradi olarak oluşturulabilir. Hukuki ma-

⁸⁹ İÇEL, Ceza Hukukunda Taksir, 81; DÖNMEZER, Genel Ceza Hukuku, 313; TOROSLU, s. 115.

⁹⁰ YARGITAY CGK., 09.02.2016, E.2014/12-67, K.2016/45 (UYAP) (ET: 14/04/2021).

⁹¹ DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 373.

⁹² AYVERDİ, 1. Cilt, s. 286.

⁹³ TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=BASİRET (ET: 01.06.2021).

⁹⁴ TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=DİKKAT (ET: 01.06.2021).

nada taksir, bu iradenin yeterli olarak kullanılmamasının bir sonucudur.⁹⁵

Özen, sözcük anlamı olarak, “bir iş üzerinde büyük bir dikkatle durarak çalışma, mümkün olduğu kadar iyi olmasına gayret etme, bu yolda titizlik gösterme” anlamındadır.⁹⁶ Bir başka ifade şekliyle özen, “işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, itina, ihtimam” olarak tanımlanmıştır.⁹⁷ Özen sözcüğü öğretide, hukuk düzeni tarafından talep edilen bir tipik hareketin gerçekleştirilmesinden somut bir durumda istemeksizin kaçınmak için yapılması gereken genel ve bağlayıcı bir davranış formuna aykırılık olarak tanımlanmaktadır.⁹⁸ Bireysel veya sosyal bir faaliyeti düzene sokmak için konulmuş her türlü hukuk normu, meslek kuralları ya da yetkili merciler tarafından verilmiş emir ve talimatlar ise bu davranış formlarını oluşturur.⁹⁹ Her iki tanımda da özen sözcüğünün dikkat sözcüğünün kapsamında olduğu düşünülebilir.¹⁰⁰ Biz, taksirin tanımlanmasında, “Dikkat ve Özen Yükümlülüğü” kalıbı yerine “Basiretli ve Dikkatli Davranış Yükümlülüğü” kalıbının kullanılması gerek Türkçenin kullanım özelliği gerekse hukuki amaca yönelme açısından daha işlevsel olabileceğini de düşünmekteyiz.

Basiretli ve dikkatli davranış kalıbı ile hukuken amaçlanan ise başkalarının hak ve menfaatlerinin, bazı işlerde ve kimi kişilerce, daha titizlikle gözetilmesi ve umursamaz hareketlerin önüne geçilebilmesi olarak yorumlanabilir. İnşaat işleri, trafik düzeni ve sağlık hizmetlerinin yürütülmesi, çağdaş dünyada kişilerin dikkatli, özenli ve basiretli dav-

⁹⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 383.

⁹⁶ AYVERDİ, 3. Cilt, s. 2438.

⁹⁷ TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=ÖZEN (ET: 01.06.2021).

⁹⁸ KEÇELİOĞLU, Elvan, Taksirli Suçun Dogmatığı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015, s. 67.

⁹⁹ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 470.

¹⁰⁰ Dikkatsizlik, hukuki bakımından taksirin diğer şekillerinden farklı bir niteliğe sahip olmasına karşılık, psikolojik yönden bütün taksir şekillerinin dayandığı müşterek temeli ifade eder. Çünkü, hepsinde ister müşterek tecrübeden doğsun ister konulan kanuni düzenlemelerin bir sonucu bulunsun kişilere yüklenilmiş dikkat vazifesinin ihlali söz konusu olmaktadır. İÇEL, Ceza Hukukunda Taksir, s. 81.

ranişlarda bulunmalarını gerektiren faaliyetlere örnek olarak gösterilebilirler.¹⁰¹

Taksirli davranış tıp hukukunda yerini, kişilerin hayatına ve beden bütünlüğüne ilişkin davranış normlarından kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali olarak bulmaktadır.¹⁰² Burada, taksir kusurluluğunda suça konu olan hareketin, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali suretiyle gerçekleştiği vurgulanmalıdır.¹⁰³ Başka bir ifade ile dikkat ve özen yükümlülüğü altındaki kişi, dikkatli ve özenli davranışta bulunma yükümlülüğünü ihlal ederek suç konusu eylemi gerçekleştirmektedir. Yazılı ve yazılı olmayan hukuk ve davranış kuralları, yükledikleri ödev ve sorumluluklarla, tabiplerin ve hemşirelerin faaliyetlerinde; dikkatli, özenli ve basiretli olmalarını talep eder.¹⁰⁴ Esasen pilotların taksirle öldürme ya da yaralama yönünden yargılanması da benzer temelleri haizdir.

B. İNSAN KAYNAKLI HATA VE DİKKAT

Taksir kavramının tanımında yer alan dikkat kavramı, psikoloji ve nöroloji biliminin çalışma alanındadır. Nörofizyologlar, dikkatin fizyolojik temeline yönelirken, nöropsikologlar kavramı davranışsal anlamda ele almışlardır.¹⁰⁵

Duyum, algılama, düşünme, karar verme, bellek ve uyanıklık kavramlarıyla ilişkili olan dikkat, duyu organları ile ulaşılabilen uyarılar arasından, seçilenleri, bilişsel kaynaklara yöneltirken, diğer uyarıları filtreleme veya görmezden gelme işlevi olarak tanımlanmaktadır. Dikkat yetisi ile birey; algısal işlevleri, düşünceleri, duyuşal girdileri, bilişsel süreçleri ve çevresel uyarıların bazılarını seçerek onlar üzerinde odakla-

¹⁰¹ T. C. ADALET BAKANLIĞI, Gerekçeli Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, www.ceza-bb.adalet.gov.tr (ET: 14.04.2021).

¹⁰² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 359.

¹⁰³ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 463.

¹⁰⁴ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 195.

¹⁰⁵ BROADBENT, Donald Eric, Perception and Communication, London: Pergamon Press, 1958, s. 51.

şabilmekte, böylece seçilen uyarıları daha net algılayabilmekte ve bu süreçlerin tamamını iradi olarak kontrol edebilmektedir.¹⁰⁶

Dikkat üzerine uyanıklığın etkilerini araştıran çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalarda dalgınlık gibi durumlarda dikkatin düştüğü, stres, kaygı gibi durumlarda kaymalar ve değişkenliklerin olduğu saptanmıştır.¹⁰⁷ Gece çalışmasının, uyanık kalma süresinin uzamasına bağlı olarak dikkat ve bilişsel işlevlerde azalmaya neden olduğu, dikkat ve diğer bilişsel yeterliliklerin azalmasını sonuçladığı da gösterilmiştir.^{108 109}

Günlük ritim de dikkat düzeyi üzerinde etkili unsurlardan biridir. Gün içinde değişen metabolizma hızı; vücut sıcaklığını, kan basıncını, kalp atım hızını, hormon düzeylerini ve nörotransmitter reseptör sayılarını değiştirerek dikkat üzerinde etkili olmaktadır.¹¹⁰ Uyarılanın niteliği, uyarıcının niteliği, etkileşimin gerçekleştiği ortam, etkileşimin olduğu duygusal ve zihinsel koşullar dikkat düzeyini ve dikkati oluşturma işlevini etkileyen unsurlardır. Kaplan, dikkat üzerine bilişsel düzeyde etkili faktörleri irdelediği çalışmasında, yüksek ve beklenmeyen ses, kaotik ve belirsiz durum, alışılmadık düzeyde aşırı dikkat gerektiren durumlar, aşırı baskı ve kısıtlama hâllerinin dikkat üzerinde olumsuz etkisi olduğunu saptamıştır.¹¹¹

Fizyolojik bir durum olan dikkat süreci mesleki yükümlülükler yerine getirilirken farklı hukuki durumları sonuçlayabilir. Dikkatinin ek-

¹⁰⁶ BUDAK, Selçuk, Psikoloji Sözlüğü, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2000, s. 210.

¹⁰⁷ HOCKEY, J. Robert, "Arousal and Information Selection in Short-term Memory", Nature, 226, 1970, s. 866.

¹⁰⁸ LEPROULT, Rachel/COLECCHIA, F. Egidio/BERARDI, Anna Maria, "Individual Differences in Subjective and Objective Alertness During Sleep Deprivation are Stable and Unrelated", American Journal of Physiology-Regulatory, Integrative and Comparative Physiology, 284, 2003, s. 283.

¹⁰⁹ Farklı çalışmalar için Bkz. HUMM, Christopher, "The Relationship Between Night Duty Tolerance and Personality", Nursing Standard, 10, 51, 1996, s. 36.

¹¹⁰ ÇALIYURT, Okan, "Sirkadiyen Uyku Uyanıklık Düzenini Etkileyen İş ve Çalışma Gruplarında Uyku Kalitesinin Değerlendirilmesi", T. C. Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı Uzmanlık Tezi, Edirne, 1998, s. 26.

¹¹¹ KAPLAN, Stephen, "Attention and Fascination: The Search for Cognitive Clarity", in Humanscape: Environments for People, Editors KAPLAN, Stephen/KAPLAN, Rachel, California: Duxbury Press, 1978, s. 86.

sildiğini fark eden bir sürücünün aracını durdurması, bir teknik elemanın görevine ara vermesi uygulanabilir durumlar olmakla birlikte aksi davranışlar riski artırmak olarak kabul edilir. Tabip ya da hemşirenin başlattığı bir tıbbi faaliyeti durdurabilmesi, kısa bir süre kenara çekebilmesi, işin gereği olanaklı değildir. Burada, karşılaştırma açısından bir örnek olarak Uçuş ve Görev Süresi Sınırlamaları ile Dinlenme Gereklikleri Talimatı'nın (SHT – FTL) Ek-1 IR-ORO.FTL.115 başlığında mevcut ifade verilebilir.¹¹² Bahse konu metin, kişinin aşırı yorgun olduğunu bilmesi/şüphe duyması veya başka bir biçimde uçuşu tehlikeye düşürebilecek ölçüde elverişsiz olduğu hissine sahip ise görev almaması gerektiğini açıkça düzenler.

Hatalı tıbbi uygulama kaynaklı zararlar sağlık hizmet sunumunun gerçeği ve önemli bir sorundur ve ortadan kaldırılmalıdır. Bu kabul, sağlık mesleği mensuplarının da talebidir. Bu yönde yardım şayet havacılık sektöründen gelebilecekse uzak durulmamalıdır. Ancak, insan kaynaklı hatalarda biyo-psiko-sosyal gerçekler ve bu gerçeklerin dikkate etkisi gözden uzak tutulmamalıdır. Mademki yolcu emniyeti ve hasta güvenliği uygulamaları birbirine bu kadar yaklaşmıştır; hizmet sunanların çalışma şartları da birbirine yaklaştırılmalıdır. Makalemizin bundan sonraki bölümünde pilotların çalışma şartlarındaki düzenlemeler ile tabip ve hemşirelerin çalışma şartlarına yönelik düzenlemeler karşılaştırılacaktır.

III. İKİ PROFESYONEL HİZMET SUNUMUNDA YORGUNLUK RİSK YÖNETİMİ MEVZUATININ KARŞILAŞTIRILMASI A. UÇUŞ PERSONELİ AÇISINDAN

1996 yılında Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü (USHÖ, International Civil Aviation Organization-ICAO) ulusal sivil havacılık otoritelelerinin değerlendirilmesi amacıyla gönüllü bir program uygulamaya başlamıştır. Bunun sonucunda, USHÖ'nün 1998 yılında yapılan 32'nci top-

¹¹² T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının SHT – FTL Talimatı ve ekleri için Bkz. http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/2018/SHT-FTL_Rev02.PDF (ET: 11.04.2021).

lantısında, bu programın tüm ülkelerde, şeffaf ve zorunlu olarak uygulamaya konması kararlaştırılmıştır. Bu program gereğince, üye devletler, USHÖ denetçileri tarafından denetlenmeye başlanmıştır. Avrupa bölgesi teşkilatı olan Avrupa Birliği Havacılık Emniyeti Ajansı (ABHEA, European Union Aviation Safety Agency-EASA) ile Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü (SHGM) arasında mevcut protokol gereği ise Türkiye, ABHEA üyesi ülkelere yapılan standardizasyon denetim programına dâhildir. Bu dâhillik, 20.02.2008 tarihli ve 216/2008/AT sayılı (Avrupa Parlamentosu ve) Konsey Tüzüğü¹¹³ hükümlerini de kapsamaktadır.¹¹⁴

Temel amacı, Avrupa'da, standartlaşmış yüksek seviye sivil havacılık emniyetini sağlamak ve sürdürmek olan 216/2008/AT sayılı Tüzük çerçevesinde 965/2012 sayılı (Avrupa Parlamentosu ve) Konsey Tüzüğü¹¹⁵ de çıkarılmıştır. Anılan tüzük, zaman içinde tadil edilmiştir.¹¹⁶

¹¹³ Regulation (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council of 20 February 2008 on Common Rules in the Field of Civil Aviation and Establishing a European Aviation Safety Agency, and Repealing Council Directive 91/670/EEC, Regulation (EC) No 1592/2002 and Directive 2004/36/EC 19.3.2008, Official Journal of the European Union L 79/1 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1474978980580&uri=CELEX%3A32008R0216> (ET: 04.04.2021).

¹¹⁴ Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, EASA 965/2012 No'lu Regülasyona Geçiş konu ve 51859319-401.08/177 sayılı Talimat, 18.01.2013, http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/genelgeler/965_2012_sayili_easa_ir_ops_kurallarına_gecis_icin_uygulama_plani_genelgesi.pdf (ET: 04.04.2021).

¹¹⁵ Regülasyon, toplam 8 ekten oluşmaktadır. 28 Ekim 2012 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren ve ekseriyetle uçak ve helikopterle ticari uçuş faaliyetlerine yönelik düzenlemeleri içeren ekler şunlardan oluşmaktadır. Ek-1 Tanımlamalar (Annex-1 Definitions); Ek-2 Hava Operasyonları için Otorite Gereklilikleri (Annex-2 Part-ARO, Authority Requirements for Air Operations); Ek-3 Hava Operasyonları için Organizasyon Gereklilikleri (Annex-3 Part-ORO, Organisation Requirements for Air Operations); Ek-4 Ticari Hava Taşımacılığı (Annex-4 Part-CAT, Commercial Air Transport); Ek-5 Özel Onaylar (Annex-5 Part-SPA, Specific Approvals); Ek-6 Kompleks Motorlar için Gayriticari Operasyonlar (Annex-6 Part-NCC, Non-Commercial Operations with Complex Motor Powered Aircraft); Ek-7 Kompleks olmayan motorlar için gayriticari operasyonlar (Annex-7 Part-NCO, Non-Commercial Operations with Other-Than Complex Motor-Powered Aircraft); Ek-8 Özellikli Operasyonlar (Annex-8 Part-SPO, Specialised Operations) <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ%3AL%3A2012%3A296%3A0001%3A0148%3AEN%3APDF> (ET: 04.04.2021).

83/2014/AT sayılı tüzük ile 965/2012/AT sayılı tüzükte, pilotların uçuş saatlerine ve dinlenme sürelerine yönelik önemli değişiklikler yapılmıştır¹¹⁷ ve özellikle Ek-2 ve Ek-3 önemlidir. Bu dönemde ABHEA tarafından ek kılavuz dokümanlar da hazırlanmıştır.¹¹⁸

Türkiye açısından 965/2012/AT uygulanmasına 01.11.2014 tarihi itibarıyla başlaması kararı, 18.01.2013 tarihinde tüm ticari hava taşıma işletmelerine gönderilmiştir.¹¹⁹ Türkiye, 2015-2019 yılları için Avrupa Birliği katılım ulusal eylem planına, yürürlükte olan mevzuatın, AB müktesebatında gerçekleşen değişikliklerle uyumlaştırılması amacıyla 965/212/AT sayılı (Avrupa Parlamentosu ve) Konsey Tüzüğü'nü de ek-

¹¹⁶ Commission Regulation (EU) No 83/2014 of 29 January 2014 Amending Regulation (EU) No 965/2012 Laying Down Technical Requirements and Administrative Procedures Related to Air Operations Pursuant to Regulation (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council Official Journal of the European Union L 28/17 <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ%3AL%3A2014%3A028%3A0017%3A0029%3AEN%3APDF> (ET: 04.04.2021).

¹¹⁷ 965/2012/AT sayılı tüzükte uçuş ve görev süre limitlerinin düzenlenmesi ve dinlenme gereksinimlerinin eklenmesi amacıyla 9a maddesi eklenmiştir. Madde, "Ajans, Ek II ve III'te yer alan uçuş ve görev süresi sınırlamaları ve dinlenme gerekliliklerine ilişkin hükümlerin etkinliğini sürekli olarak gözden geçirecektir. En geç 18 Şubat 2019'a kadar Ajans, bu incelemenin sonuçlarına ilişkin bir ilk rapor hazırlayacaktır." şeklinde Türkçeleştirilebilir. Madde'nin özgün dildeki hâli, "The Agency shall conduct a continuous review of the effectiveness of the provisions concerning flight and duty time limitations and rest requirements contained in Annexes II and III. No later than 18 February 2019 the Agency shall produce a first report on the results of this review." şeklindedir. Tadil tüzüğü ile 965/2012/AT sayılı tüzüğün Ek-3'üne Subpart FTL başlıklı ve uçuş ve görev süre limitlerinin düzenlenmesi ve dinlenme gereksinimlerini düzenleyen ayrı bir bölüm de eklenmiştir. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ%3AL%3A2014%3A028%3A0017%3A0029%3AEN%3APDF> (ET: 04.04.2021).

¹¹⁸ Aynı tarihte ABHEA tarafından; Uçakla Ticari Hava Taşımacılığı için Sertifikasyon Spesifikasyonları ve Kılavuz Materyali (CS-FTL.1-Certification Specifications and Guidance Material for CAT by Aeroplane), Tarifeli Uçakla Ticari Hava Taşımacılığı için Rehberlik Materyali (Scheduled and Charter Operations) ve Kabul Edilebilir Uyum Araçları ve Part-ORO'ya Yönelik Kılavuz Malzemesi (Acceptable Means of Compliance (AMC) and Guidance Material (GM) to Part-ORO) kılavuz dokümanları da yayımlanmıştır. https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/EasyAccessRules_for_AirOperations-Oct2019.pdf (ET: 04.04.2021).

¹¹⁹ Bkz. dipnot 122.

lemiştir.¹²⁰ Uyumlaştırmaya, 965/212/AT sayılı tüzüğü tadil eden 83/2014/AT sayılı Tüzük de eklenmiştir ki anılan bu tüzük, Türkiye mevzuatında cari olan Uçucu Ekip Uçuş Görev ve Dinlenme Süreleri ile Uygulama Esasları Talimatı'nda (Talimat Kodu: SHT-6A-50) değişiklikler talep etmiştir.¹²¹

Uçuş ve görev süresi sınırlamalarının düzenlendiği sivil havacılık talimatı olan SHT-FTL¹²² Talimatı 12.10.2015 tarihinde yayımlanmıştır.¹²³ Uçuş ve Görev Süresi Sınırlamaları ile Dinlenme Gereklilikleri Talimatı'nın (Talimat Kodu: SHT-FTL)¹²⁴ yürürlüğe giriş tarihi olan 01.01.2017 tarihinde ise SHT-6A-50 kodlu talimatın da yürürlükten kaldırılması

¹²⁰ TÜRKİYE CUMHURİYETİ AVRUPA BİRLİĞİ BAKANLIĞI, Avrupa Birliği'ne Katılım için Ulusal Eylem Planı II. Aşama Haziran 2015-Haziran 2019, Ankara: AB Bakanlığı Yayınları, 2015, 103 <http://abdigm.meb.gov.tr/projeler/ois/007.pdf> (ET: 07.04.2021).

¹²¹ Talimat Kodu SHT-6A-50 olan bu talimat 6 kez değiştirilmiştir. T.C. Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Uçuş Operasyon Dairesi tarafından yapılan 5'inci değişiklik 23.07.2012 tarihinde B.11.1.SHG.0.14.03-010.07/1902 sayılı Makam oluru ile uygulamaya geçmiştir. <http://web.shgm.gov.tr/doc5/shtmo.pdf> (ET: 06.04.2021). Son değişiklik tarihi ise 09.01.2014'tür. <http://mevzuat.shgm.gov.tr/index.php/talimat/> (ET: 06.04.2021).

¹²² SHT, Sivil Havacılık Talimatı ifadesinin kısaltılmış hâlidir ve FTL özgün dilde "Flight Time Limitation" ifadesinin kısaltmasıdır. EUROPEAN UNION AVIATION SAFETY AGENCY, "Effectiveness of Flight Time Limitation (FTL)", Report, Cologne: European Union Aviation Safety Agency Publishing, s.4 https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/Report%20on%20effectiveness%20of%20FTL_final.pdf (ET: 06.04.2021).

¹²³ YAMAN, Ali Osman, SHT-6A.50 ve SHT-FTL Talimat Karşılaştırmaları, 4. Ulusal Hava ve Uzay Tıbbi Kongresi Bilimsel Programı Uçucularda Bitkinlik Paneli, 2018, https://www.uhtk.org/medya/2018/Sunumlar/26%20Ekim/4.%20Oturum/ali_osman_yaman_sht_ftl_vs_sht_6a_50.pdf (ET: 09.04.2021).

¹²⁴ SHT-FTL kodlu Uçuş ve Görev Süresi Sınırlamaları ile Dinlenme Gereklilikleri Talimatı T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Uçuş Operasyon Dairesi tarafından yayınlanmıştır. Bu talimatın 13'üncü maddesi ile 01.01.2017 tarihinden itibaren SHT-FTL talimatının yürürlüğe girmesi ve 11'inci madde ile ve anılan tarih itibarıyla SHT-6A.50 talimatının yürürlükten kaldırılması öngörülmüştür.

http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/2018/SHT-FTL_Rev02.PDF (ET: 11.04.2021).

öngörülmüştür.¹²⁵ SHT-FTL talimatı, aşırı yorgunluk risk yönetimi (AYRY, Fatigue Risk Management-FRM)¹²⁶ ve diğer gereklilikler nedeniyle¹²⁷ süreçte revize edilmiştir. Temel bilimsel ilkeler ışığında yorgunluk risk yönetimi hakkında SHT-FTL ile atfedilen ana düzenleme ise USHÖ'nün Yorgunluk Yönetimi Yaklaşımlarının Gözetimi Kılavuzu Doküman 9966'da¹²⁸ yer almaktadır. 13.04.2018 tarihi itibarıyla ise SHT-FTL/HG talimat kodlu Hava Taksi ve Genel Havacılık İşletmeleri için Uçuş ve Görev Süresi Sınırlamaları ile Dinlenme Gereklilikleri Talimatı da yayımlanmıştır.¹²⁹ An itibarı ile iki talimat da caridir.¹³⁰

¹²⁵ Bu öngörüme gerçekleşmemiş ve SHT-6A-50 kodlu talimat 13.04.2018 tarihinde yayımlanan ve 1 Temmuz 2018 tarihinde yürürlüğe giren (SHT-FTL/HG) talimat kodlu Hava Taksi ve Genel Havacılık İşletmeleri için Uçuş ve Görev Süresi Sınırlamaları ile Dinlenme Gereklilikleri Talimatı ile yürürlükten kaldırılmıştır. <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/2018/SHT-FTL-HG-WEB.pdf> (ET: 11.04.2021).

¹²⁶ Burada, hemen ve öncelikle belirtmelidir ki gerek USHÖ ve ABHEA kaynak ve talimatları "aşırı" kelimesine yer vermemektedir. Bahse konu kaynak ve talimatlarda yorgunluk risk yönetimi sistemi ifadesi mevcuttur. Biz de, *Aşırı Yorgunluk Risk Yönetimi* ifadesi yerine *Yorgunluk Risk Yönetimi* ifadesinin kullanımını tercih etmekteyiz. Yorgunluk Risk Yönetim Sistemi, "İlgili personelin yeterli uyanıklık seviyelerinde çalışmasını sağlamayı amaçlayan operasyonel deneyimin yanı sıra bilimsel ilkelere ve bilgiye dayalı, yorgunlukla ilgili emniyet risklerini sürekli olarak izlemek ve yönetmek için veriye dayalı bir araçtır." şeklinde Türkçeleştirilebilir. İfadenin özgün dildeki hâli, "*Fatigue Risk Management System (FRMS) is a data-driven means of continuously monitoring and managing fatigue-related safety risks, based upon scientific principles and knowledge as well as operational experience that aims to ensure relevant personnel are performing at adequate levels of alertness.*" şeklindedir. INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, Manual for the Oversight of Fatigue Management Approaches Doc 9966, Second Edition Version 2 (Revised), Quebec: ICAO Publishing, 2020, s.xvi.

¹²⁷ EUROPEAN UNION AVIATION SAFETY AGENCY, Annex to Decision 2017/007/R 'AMC and GM to Part-ORO – Issue 2, Amendment 11' <https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/Annex%20to%20Decision%202017-007-R.pdf> (ET: 13/04/2021).

¹²⁸ INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, Manual for the Oversight of Fatigue Management Approaches Doc 9966, Second Edition Version 2 (Revised), Quebec: ICAO Publishing, 2020.

¹²⁹ T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Uçuş Operasyon Dairesi tarafından yayımlanan 13.04.2018 tarihli SHT-FTL/HG kodlu Hava Taksi ve Genel Havacılık İşletmeleri için Uçuş ve Görev Süresi Sınırlamaları ile Dinlenme Gereklilikleri Talimatı için Bkz.

SHT-FTL talimatı bazı maddeleri ile önem arz eder. Ağır uçuş programı¹³¹, artırılmış uçuş ekibi,¹³² ve aşırı yorgunluk¹³³ gibi tanımlar ilk kez bu talimat ile gündeme gelmiştir. Talimat'ın Ek-1'inde ise AYRY hususu detaylandırılmıştır.¹³⁴

Bu talimatın uçuş personeli açısından yeterli olup olmadığı ve talimatın detaylı incelenmesi makalenin sınırlılıklarındandır. Ancak, makalemizdeki amaca yönelik, anılan talimatta yer alan; AYRY'nin ulusal

<http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/2018/SHT-FTL-HG-WEB.pdf> (ET: 11.04.2021).

¹³⁰ T.C. Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Uçuş Operasyon Daire Başkanlığı UOD/HSD-2020/1G (Rev.02) Genelgesi https://www.airturkhaber.com/wp-content/uploads/2020/05/UOD-HSD-2020-1G_REV02_WEB.pdf (ET: 02.06.2021).

¹³¹ SHT-FTL Talimatı'nın 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, Ağır Uçuş Programı, "En uygun uyku zaman aralığı sırasındaki uyku imkânını sekteye uğratan, herhangi bir ekip üyesinin intibak ettirildiği zaman diliminde, "erken saatte başlayan görev" bakımından 05.00 ile 06.59 arasındaki sürede başlayan veya "geç saatte sona eren görev" bakımından 00.00 ile 01.59 arasındaki sürede sona eren görev süresini, [ifade eder.]" şeklinde tanımlanmıştır.

¹³² SHT-FTL Talimatı'nın 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, Artırılmış Uçuş Ekibi, "İlgili hava aracını işletmek üzere gerekli olan asgari sayının üzerinde uçuş ekibi üyesinden oluşan, uçuş sırasındaki dinlenme kapsamında her bir uçuş ekibi üyesine tayin edildiği görev yerinden ayrılma ve uygun şekilde kalifiye başka bir uçuş ekibi üyesi ile değiştirilme imkânı veren uçuş ekibini, [ifade eder.]" şeklinde tanımlanmıştır.

¹³³ SHT-FTL Talimatı'nın 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, Aşırı Yorgunluk, "Bir ekip üyesinin zindeliğini devam ettirmesini ve bir uçağı emniyetli bir şekilde işletme ya da emniyet ile ilgili görevleri yerine getirme yeteneğini bozabilen; uykusuzluk ya da uzun süre uyumama, biyolojik uyku saat düzeni ya da iş yükü (zihinsel ve/veya fiziksel faaliyet) nedeniyle meydana gelen ve zihinsel ya da fiziksel performans yeteneğinde azalmaya neden olan bir fizyolojik durumu, [ifade eder.]" şeklinde tanımlanmıştır. USHÖ belgelerinde aşırı sıfatı olmadan sadece yorgunluk tanımlanmış olup, bu tanımın özgün dildeki hâli "Fatigue is a physiological state of reduced mental or physical performance capability resulting from sleep loss, extended wakefulness, circadian phase, and/or workload (mental and/or physical activity) that can impair a person's alertness and ability to perform safety-related operational duties." şeklindedir. INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, xvi.

¹³⁴ Uçuş ve Görev Süresi Sınırlamaları ile Dinlenme Gereklilikleri Talimatı (SHT-FTL), 2018, s. 12-19. http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/talimatlar/2018/SHT-FTL_Rev02.PDF (ET: 02.06.2021).

ve uluslararası mevzuatlardaki gereklilikler ile uygunluk hâlinin güvence altına alacak olması, ekip üyesinin aşırı yorgunluğu, tehlike tanımlama ve risk değerlendirme süreci, aşırı yorgunluktan doğan risklerin etkin biçimde hafifletilmesi, bu amaçla iyileştirici faaliyetler, sürekli takip ve düzenli değerlendirmeler, işletici tarafından risk azaltıcı tedbirler alınması, sürekli iyileştirilmeye yönelik yönetim taahhüdünün beyan edilmesi, aşırı yorgunluk tehlikelerini ekip planlamasını incelemek ve uykuya ve aşırı yorgunluğa tesir ettiği bilinen faktörleri ve bu faktörlerin performans üzerindeki etkilerini hesaba katmak, aşırı yorgunluk tehlikelerini belirlemek, gibi cümlelerin vurgulanması önemlidir.

B. SAĞLIK PERSONELİ AÇISINDAN

Uçuş personelinde gözetilen yorgunluk risk yönetimi meselesinin gerek evrensel gerek yerel yaklaşımda sağlık personelleri için gözetildiğini ifade etmek olanaklı değildir. Evrensel boyutta meseleye, EİKO ile DSÖ tarafından 2019 yılında ve EİKÖ ile Avrupa Komisyonu tarafından ise 2020 yılında, ilk kez ve birer paragraf ile değinildiği görülmektedir.

EİKO, 2019 yılında yayınladığı ve Avrupa'da sağlık hizmeti kalitesinin iyileştirilmesinde farklı stratejilerin özelliklerinin, etkinliğinin ve uygulanmasının konu edildiği kitabında, sağlık çalışanlarında yorgunluk meselesine değinirken, havacılık sektörü yolcu emniyeti uygulamalarının hasta güvenliği uygulamalarına özellikle personel kaynak yönetimi hususunda transfer edildiğini vurgulamıştır.¹³⁵ Burada, havacılık faaliyetlerinden yapılan bu transferin anlık dikkati altı farklı alanda olumlu geliştirdiğine işaret edilmiştir.¹³⁶ Bu olumlu gelişme alanlarından biri olarak da yorgunlukla baş edebilmek gösterilmiştir.

EİKO ve Avrupa Komisyonu tarafından 2020 yılında yayınlanan ve anılan yıl itibariyle Avrupa Birliği'nde sağlık sisteminin verilerinin

¹³⁵ WORLD HEALTH ORGANIZATION/ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 304-305.

¹³⁶ Bu alanlar; yorgunlukla baş edebilmek, ekip kurabilmek ve yönetebilmek, beklenmeyen durumları tanıyabilmek, çapraz kontrol ve iletişim, karar alabilme ve performans geri bildirimini şeklinde tanımlanmıştır. WORLD HEALTH ORGANIZATION/ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 305.

analiz edildiği kitapta ise sağlık mensuplarının yorgunluğu meselesine, psikolojik ruh sağlığı hakkında temas edilmiştir.¹³⁷ COVID-19 pandemisinin yarattığı ek yorgunluk temelinde yapılan vurgulama da son derece zorlayıcı çalışma saatleri ve aşırı iş yükü ifadeleri de kullanılmıştır. Kitapta, 2020 yılında yapılan bazı çalışmalara atfedilmiştir.¹³⁸

Sağlık personeline yorgunluk risk yönetimi hakkında Türkiye mevzuatında bir düzenlemenin olmadığını ifade etmiştik. Daha da ötesinde, sağlık mensuplarına yönelik çalışma sürelerini yönelik hukuki metinlerin daraltmadan uzak ve genişletmeye cevaz verir biçimde olduğu bilinmektedir. Ancak, uçuş personeline sağlanan ve yorgunluk temelli düzenlemelerin karşısında kamuda müstahdem sağlık personeline yönelik bazı düzenlemeleri incelemek gerekirse vurgulanması gereken bazı hususlar şunlardır:

Kamu görevlilerinin çalışma saatleri 657 kanun numaralı Devlet Memurları Kanunu'nun 99'uncu maddesinde "*Memurların haftalık çalışma süresi genel olarak 40 saattir. Bu süre Cumartesi ve Pazar günleri tatil olmak üzere düzenlenir...*" şeklinde düzenlenmiştir.

Sağlık mensuplarını da duraksamaksızın kapsayan ve günün 24 saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışma süreleri Kanun'un 101'inci maddesinde düzenlenmiştir. Madde, 2011 yılında, 6111 kanun

¹³⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT/EUROPEAN UNION, Health at a Glance: Europe 2020 State of Health in the EU Cycle, Paris: OECD Publishing, 2020, 48.

¹³⁸ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, Covid-19 Tracker Survey Results for Hospital Doctors, 2020, 1-36 <https://www.bma.org.uk/media/3451/bma-covid-19-survey-results-for-hospital-doctors-oct-2020.pdf> (ET: 24.05.2021); ROSSI, Rodolfo/SOCCI, Valentina/PACITTI, Francesca/Di LORENZO, Giorgio/Di MARCO, Antiniscia/SIRACUSANO, Alberto/ROSSI, Alessandro, "Mental Health Outcomes Among Frontline and Second-Line Health Care Workers During the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Pandemic in Italy", JAMA, 3, 5, 2020, e2010185; LUCENO-MORENO, LOURDES/TALAVERA-VELASCO, Beatriz/GARCIA-ALBUERNE, Yolanda/MARTIN-GARCIA, Jesús, "Symptoms of Posttraumatic Stress, Anxiety, Depression, Levels of Resilience and Burnout in Spanish Health Personnel During the COVID-19 Pandemic", International Journal of Environmental Research and Public Health, 17, 15, 2020, 1-29.

numaralı Kanun'un 104'üncü maddesiyle değiştirilmiştir.¹³⁹ Bu hâl ile, günün 24 saatinde görev yapan meslek gruplarından olan sağlık hizmetinde çalışma saatlerinin merkezi idare denetiminden uzak olarak, kurumlar vasıtasıyla düzenlenmesi yolunun 2011 yılı itibariyle başlatılmıştır.

Tabiplerin çalışma sürelerine yönelik Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 12'nci maddesi'ne göre, poliklinik ve tedavi hizmetleri mesai saati dışında ve tatil günlerinde de gerçekleştirilebilir. Maddeye göre, poliklinik hizmeti görev süresince kesintisiz devam eder. Baştabip tarafından polikliniklerde bakılacak günlük hasta sayısı branşlara, tabip sayısına ve hizmetin gereğine göre belirlenir.

Hemşire sağlık mensupları açısından ise ve yorgunluk risk yönetimi hususunda katkı verebilecek bir düzenleme ise Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇÖ, International Labour Organization, ILO) 149 numaralı Hemşire Sağlık Personeli Sözleşmesi'dir. Bu düzenlemenin 6'ncı maddesini a fıkrasında mevcut *inconvenient hours* ifadesi,¹⁴⁰ esasen, hemşire sağlık mensupları açısından yorgunluk risk yönetimi talep eder bir vurgudur. Burada *inconvenient* kelimesi, kişinin kişisel gereksinimleri ve konforuna yönelmiş sorun ya da zorluk anlamındadır. UÇÖ'nün Hemşire Sağlık Personeli Sözleşmesi Türkiye tarafından Mayıs 2021 yılı itibariyle onaylanmamış durumdadır.

Burada, T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığının nöbet hizmetlerini konu alan 2017/05 Genelgesi¹⁴¹ de, nö-

¹³⁹ Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Resmî Gazete, 25 Şubat 2011, 27857 (Mükerrer).

¹⁴⁰ Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin özgün dildeki hâli "*Nursing personnel shall enjoy conditions at least equivalent to those of other workers in the country concerned in the following fields: (a) hours of work, including regulation and compensation of overtime, inconvenient hours and shift work; (b) weekly rest; (c) paid annual holidays; (d) educational leave; (e) maternity leave; (f) sick leave; (g) social security.*" şeklindedir.

¹⁴¹ T.C. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı, Nöbet Hizmetleri Genelgesi, 12.05.2017, <https://ailevecalisma.gov.tr/uploads/sgb/uploads/pages/genelgeler/201705-sayili-genelge-nobet-hizmetleri-genelgesi-mayis-2017.pdf> (ET: 03.06.2021).

bet tutacak personel, nöbet tutacak personel sayısının azlığı ve bu durumda izlenecek yol haritası gibi hususları düzenleyen maddeleri nedeniyle de üzerinde ayrıca düşünülmelidir.

657 sayılı Kanununun 99 uncu maddesinde memurların haftalık çalışma sürelerinin 40 saat olduğu, Cumartesi ve Pazar günlerinin tatil günü olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Bu madde çerçevesinde değerlendirildiğinde nöbet hizmeti ile birlikte mesai saatleri, sözü edilen haftalık 40 saat çalışma süresini aşmaktadır. 657 sayılı Kanununun 178 inci maddesinin (B) fıkrasında kurumların gerektiği takdirde personelini günlük çalışma saatleri dışında fazla çalışma ücreti vermeksizin çalıştırabilecekleri de belirtilmiştir. Bu durumda personele yaptırılacak fazla çalışmanın her sekiz saati için bir gün hesabı ile izin verileceği, ancak bu suretle verilecek iznin en çok on günlük kısmının yıllık izinle birleştirilerek yılı içinde kullanılabilmesi belirtilmiştir.

SONUÇ

Hizmet sunumunun risk taşıdığı iki sektör olan havacılık ve sağlık sektöründe, hizmet alanın emniyetine/güvenliğine yönelik düzenlemeler özel olarak emniyet/güvenlik bağlamında, genel olarak ise kalite şemsiyesi altında ölçülebilir ve standartlaştırılabilir hâle getirilmeye çalışılmaktadır. Bu yaklaşım gerek evrensel ölçekte gerekse ülkemizde somutlaşmaktadır.

Hasta güvenliği ve uçuş emniyeti gerek evrensel gerekse yerel düzenlemelerde birbirine yaklaşmaktadır. Bu iki hizmet sektörü de teknolojinin gelişmesine karşın, insan kaynaklı hizmet üretimine de devam etmektedir. Ancak ifade edilmelidir ki, pilotlara tanınan ve yolcu emniyetini amaçlayan yorgunluk risk yönetimi uygulamaları gerek tabiiler açısından gerekse diğer sağlık mensupları açısından mevcut değildir.

İdare'nin, özellikle insan kaynaklı hataların en sık görüldüğü sağlık hizmet sunucuları olan 2. ve 3. Basamak hizmet sunucularının üzerindeki hasta yükünü azaltıcı tedbirler almasının bir zorunluluk olduğu kanaatindeyiz. Bu yönde, sağlık hakkının önemli bir bileşeni olan hastanın sağlığa erişiminin engellenmemesi esasında, özellikle ilgili kurum ve

kuruluşlara başvuru şartlarının sevk zincirine tabi olmasının sağlanması gibi, yapılması gereken önemli düzenlemeler bulunmaktadır.

Bu yapı oluşturulduktan sonra, uygulamada olumsuz sonuçlanan tıbbi müdahalelerin kök nedenlerin saptanması gerekmektedir. Bu araştırma vasıtasıyla ve dikkatin salt bir hukuki terim olmadığı, biyo-psikososyal bir süreci işaret ettiği gerçeği de göz önünde tutularak sorumluluk ve yaptırım doğru analiz edilmelidir. Gösterge yönetimi ölçütleriyle, önlenebilir hatanın insan kaynaklı mı yoksa sistem kaynaklı mı olduğunun, somut vaka özelinde, araştırılmasını amaçlanmalıdır.

Havacılık sektöründe İdare'nin yorgunluk risk yönetimi hususunu da aşırı sıfatı ile tanımlanması gerçeğinden yola çıkarak pilotlar bakımından da olması gereken düzeyde gözetilmediği kanısındayız. Ancak, konunun önemine vurgu yapmak bakımından bir başlangıç ve yeni düzenlemelere dayanak olması bakımından yerindedir. Yorgunluk risk yönetimi kavramının sağlık meslek mensupları için konuşulur olması gerekmektedir. Bu yönde yapılacak uygulamalara yönelik önemli ve etkili bir başlangıç olarak, UÇÖ'nün 149 numaralı Hemşire Sağlık Personeli Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından onaylanmasının uygun olduğunu düşünmekteyiz.

KAYNAKLAR

- AKSOY, Elif, Uçuş Emniyetinin Sağlanması İnsan Unsuru ve Bu Süreçte Mesleki Eğitimin Öneme İlişkin Bir Araştırma, T.C. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı İnsan Kaynakları Yönetimi Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- ALAHADAB, Hişam, Sağlıkta Süreç Verimliliğinde Araç ve Yöntemler, iç. Sağlıkta Kalite ve Verimlilik, Editör ÖNAL, Binnur, İstanbul: Elma Basım Matbaacılık, 2018.
- ANNAÇ GÖV, Sabiha, "Havacılık Sektöründe Kalite Sistemi", Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 15, 2, 2018, 391-406.
- ARAL, Vecdi, "Hukuka İlişkin Değişik Görüşler ve Bunların Değerlendirilmesi ile Birlikte Doğru Görülebilecek Bir Hukuk Anlayışı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 39, 1-4 (Ord. Prof. Dr. Sıddık Sami Onar Hatıra Sayısı), 1974, 305-351.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet /ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- ARTUK, Mehmet Emin/ GÖKCEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, Ahmet Canner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genişletilmiş 2. Baskı, 1. Cilt, Ankara: Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- AYVERDİ, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul: Kubbealtı İktisadi İşletmesi, 2005.
- BERGEN, P. Richard, "Legal Regulation of Heart Transplants", Diseases of the Chest, 54, 4, 1968, 352-355.
- BERGEN, P. Richard, "Protection Against Malpractice Litigation, Archives of Otolaryngology", 101, 3, 1975, 182-184.
- BERGEN, P. Richard, Tenth Annual Meeting of the American Academy of Facial Plastic and Reconstructive Surgery Incorporated, Palm Beach, Florida, April 1974.
- BOEING, Statistical Summary of Commercial Jet Airplane Accidents Worldwide Operations | 1959-2017, Chicago: Boeing Commercial Airplanes, 2018.
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION, Covid-19 Tracker Survey Results for Hospital Doctors, 2020, 1-36 <https://>

www.bma.org.uk/media/3451/bma-covid-19-survey-results-for-hospital-doctors-oct-2020.pdf (ET: 24.05.2021).

BROADBENT, Donald Eric, Perception and Communication, London: Pergamon Press, 1958.

BUDAK, Selçuk, Psikoloji Sözlüğü, Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 2000.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 11. Bası, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.

CORNOCK, Marc, "Legal Definitions of Responsibility, Accountability and Liability", Nursing Children and Young People, 23, 3, 2011, 25-26.

ÇALIYURT, Okan, "Sirkadiyen Uyku Uyanıklık Düzenini Etkileyen İş ve Çalışma Gruplarında Uyku Kalitesinin Değerlendirilmesi", T. C. Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalı Uzmanlık Tezi, Edirne, 1998.

ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, "Türk Ceza Kanunu'nda Taksir", Ankara Barosu Dergisi, 3, 2013, 317-338.

DELOGU, Tullio, "Modern Hukukta Taksirli Suçun Önemi", Çeviren ERSOY, Yüksel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39, 1, 1982, 115-124.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

DOKUMAN, İpek/AKINCI, Göker, "Uçuşa Elverişlilik Sertifikasyonunda Emniyet ile İnsan Faktörlerine Yeni Bir Bakış", IX. Ulusal Uçak, Havacılık ve Uzay Mühendisliği Kurultayı Bildiriler Kitabı, Eskişehir: MMO Yayınları, 2001.

DÖNMEZER, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul: Bahçeşehir Yayınları, 2003.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt II, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1997.

ERMAN, Sahir, "Hekimin Ceza Sorumluluğu Hakkında İlgi Çekici Bir Yargıtay Kararı", Adli Tıp Dergisi, 1, 3, 1985, 341-343.

ERYILMAZ, Ece/ÜSTÜNDAĞ-BUDAK, A. Meltem, "Dikkat Eksikliği ve Hiperaktivite Bozukluğunu Erken Tanımda Cinsiyet Önyargısı", Türk Psikoloji Yazıları, 22, 43, 2019, 90-101.

- EUROPEAN PARLIAMENT, Aviation Safety, Fact Sheets on the European Union, https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/en/FTU_3.4.9.pdf (ET: 15.05.2021).
- EUROPEAN UNION AVIATION SAFETY AGENCY, "Effectiveness of Flight Time Limitation (FTL)", Report, Cologne: European Union Aviation Safety Agency Publishing, 4 https://www.easa.europa.eu/sites/default/files/dfu/Report%20on%20effectiveness%20of%20FTL_final.pdf (ET: 06.04.2021).
- GABA, M. David, "Have We Gone Too Far in Translating Ideas from Aviation to Patient Safety? No.", *British Medical Journal*, 342, 2011, c7310.
- GABA, M. David/HOWARD, K. Steven/FISH, J. Kevin/SMITH, E. Brian/SOWB, A. Yasser, "Simulation-Based Training in Anesthesia Crisis Resource Management (ACRM): A Decade Of Experience", *Simulation & Gaming*, 32, 2, 2001, 175-193.
- GARATTINI, Livio/PADULA, Anna," Defensive Medicine in Europe: A 'Full Circle'?", *European Journal of Health Economics*, 21, 2020, 477-482.
- GARROUSTE-ORGEAS, Maité/PHILIPPART, François/BRUEL, Cédric/MAX, Adeline/LAU, Nicolas/MISSET, Benoit, "Overview of Medical Errors and Adverse Events", *Annals of Intensive Care*, 2, 1, 2012, 1-9.
- GEREDE, Ender, "Havacılık Emniyeti ve Havacılık Güvenliği Kavramları Arasındaki İlişki ve Farkların Belirlenmesine Yönelik Bir Araştırma", *Yönetim*, 17, 54, 2006, 26-37.
- HELMREICH, Robert, Riding the Tsunami of Threat and Error, Australian Aviation Psychology Seminar, Manly Beach, Australia, November 2006. <https://liberalarts.utexas.edu/psychology/news/robert-helmreich-will-deliver-keynote-address-at-australian-aviation-psychology-seminar> (ET: 17.05.2021).
- HOCKEY, J. Robert, "Arousal and Information Selection in Short-term Memory", *Nature*, 226, 1970, 866-867.
- HOLLNAGEL, Erik/MARSDEN, Phil, Institute For Systems, Informatics And Safety, Yorkshire: Human Reliability Associates Ltd., 1996.

- HUMM, Christopher, “The Relationship Between Night Duty Tolerance and Personality”, *Nursing Standard*, 10, 51, 1996, 34-39.
- INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION, *Manual for the Oversight of Fatigue Management Approaches Doc 9966, Second Edition Version 2 (Revised)*, Quebec: ICAO Publishing, 2020.
- İÇEL, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- İÇEL, Kayıhan, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967.
- İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, S. Fatih/ÜNVER, Yener, *Suç Teorisi 2. Kitap, 2. Bası*, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2000.
- KAPLAN, Stephen, “Attention and Fascination: The Search for Cognitive Clarity”, in *Humanscape: Environments for People*, Editors KAPLAN, Stephen/KAPLAN, Rachel, California: Duxbury Press, 1978.
- KAPUR, Narinder/PARAND, Anam/SOUKUP, Tayana/READER, Tom/SEVDALIS, Nick, “Aviation and Healthcare: A Comparative Review with Implications for Patient Safety”, *The Royal Society of Medicine*, 7, 1, 2015, 2054270415616548.
- KAR, Partha, “Applying Aviation Safety to Healthcare—Are We Missing the Fundamental?”, *British Medical Journal*, 364, 2019, I735.
- KEÇELİOĞLU, Elvan, *Taksirli Suçun Dogmatığı*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- KORTGEN, Andreas/NIEDERPRUM, Petra/BAUER, Michael, “Implementation of an Evidence-Based ‘Standard Operating Procedure’ And Outcome in Septic Shock, *Critical Care Medicine*”, 34, 4, 2006, 943-949.
- LEPROULT, Rachel/COLECCHIA, F. Egidio/BERARDI, Anna Maria, “Individual Differences in Subjective and Objective Alertness During Sleep Deprivation are Stable and Unrelated”, *American*

Journal of Physiology- Regulatory, Integrative and Comparative Physiology, 284, 2003, 280-290.

LUCENÑO-MORENO, LOURDES/ TALAVERA-VELASCO, Beatriz/ GARCIA-ALBUERNE, Yolanda/MARTIN-GARCIA, Jesús, "Symptoms of Posttraumatic Stress, Anxiety, Depression, Levels of Resilience and Burnout in Spanish Health Personnel During the COVID-19 Pandemic", International Journal of Environmental Research and Public Health, 17, 15, 2020, 1-29.

NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION, The Wright Way: The Process of Invent, https://www.nasa.gov/pdf/143715main_Process.of.Invention.pdf (ET: 01.06.2021).

NORMAN, Donald Arthur, "Categorization of Action Slips", Psychological Review, 88, 1, 1981, 1-15.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT/EUROPEAN UNION/EUROPEAN UNION, Health at a Glance: Europe 2020 State of Health in the EU Cycle, Paris: OECD Publishing, 2020.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.

PARLAR, Ali/HATIPOĞLU, Muzaffer, Kast ve Taksir, Yenilenmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.

PERROW, Charles, Normal Accidents: Living with High-Risk Technologies, New York: Basic Books, 1984.

RASMUSSEN, Jens, "Skills, Rules and Knowledge; Signals, Signs and Symbols, and Other Distinctions In Human Performance Models IEEE Transactions on Systems", Man and Cybernetics, 13, 3, 1983, 257-266.

READER, W. Tom/CUTHBERTSON, Brian, "Teamwork and Team Training in The ICU: Where Do The Similarities With Aviation End?", Critical Care, 15, 2011, 1-6.

REASON, James, "Human Error: Models and Management", British Medical Journal, 320, 2, 2000, 768.

RICCI, Marco/PANOS, L. Anthony/LINCOLN, Joy/SALERNO, A. Thomas/ WARSHAUER, Lewis, "Is Aviation a Good Model to

- Study Human Errors in Health Care?" *The American Journal of Surgery*, 203, 6, 2011, 798-801.
- RISSMILLER, Richar, "Patients Are Not Airplanes and Doctors Are Not Pilots", *Critical Care Medicine*, 34, 11, 2006, 2869.
- RIVERS, Emanuel, "Implementation of an Evidence Based 'Standard Operating Procedure' and Outcome in Septic Shock: What a Sepsis Pilot Must Consider Before Taking Flight With Your Next Patient", *Critical Care Medicine*, 34, 2006, 1247.
- ROGERS, James, "Have We Gone Too Far in Translating Ideas From Aviation to Patient Safety? Yes", *British Medical Journal*, 342, 2011, c7309.
- ROSSI, Rodolfo/SOCCI, Valentina/PACITTI, Francesca/Di LORENZO, Giorgio/Di MARCO, Antiniscia/SIRACUSANO, Alberto/ROSSI, Alessandro, "Mental Health Outcomes Among Frontline and Second-Line Health Care Workers During the Coronavirus Disease 2019 (COVID-19) Pandemic in Italy", *JAMA*, 3, 5, 2020, e2010185.
- SHEPARDSON, David, "2017 Safest Year on Record for Commercial Passenger Air Travel: Groups", *Reuters*, 1 Jan 2018 <https://www.reuters.com/article/us-aviation-safety/2017-safest-year-on-record-for-commercial-passenger-air-travel-groups-idUSKBN1EQ17L> (ET: 21.05.2021).
- SHEPARDSON, David, "Fatalities on Commercial Passenger Aircraft Rise in 2018", *Reuters*, 2 Jan 2019. <https://uk.reuters.com/article/uk-airlines-safety-worldwide/fatalities-on-commercial-passenger-aircraft-rise-in-2018-idUKKCN1OW009> (ET: 21.05.2021).
- STOLBERG, B. Victor, *Malpractice: In Cultural Sociology of Mental Illness An A-to-Z Guide*, California: Sage Publications, 2014.
- SULLENBERGER, B. "Sully" Chesley, "Making Safety a Core Business Function", *Healthcare Financial Management*, 67, 2013, 50-54.
- T. C. ADALET BAKANLIĞI, Gerekçeli Karşılaştırmalı ve Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, www.ceza-bb.adalet.gov.tr (ET: 14.04.2021).
- T.C. SAĞLIK BAKANLIĞI AVRUPA BİRLİĞİ KOORDİNASYON DAİRESİ BAŞKANLIĞI, Avrupa Birliği ve Sağlık Bakanlığı Uyum

- Çalışmaları, Editör BOR EKMEKÇİ, Elif, Ankara: Sağlık Bakanlığı, 2010.
- T.C. SAĞLIK BAKANLIĞI SAĞLIK HİZMETLERİ GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, Güvenli Cerrahi Uygulama Rehberi (Versiyon 2.0; Revizyon 00), 2. Baskı, Ankara: Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Daire Başkanlığı, Ankara, 2015.
- T.C. SAĞLIK BAKANLIĞI SAĞLIKTA KALİTE, AKREDİTASYON VE ÇALIŞAN HAKLARI DAİRESİ BAŞKANLIĞI, Sağlıkta Kalite Standartları (Hastane Sürüm 6.0), Ankara: Sağlıkta Kalite ve Akreditasyon Daire Başkanlığı, 2020.
- T.C. ULAŞTIRMA BAKANLIĞI SİVİL HAVACILIK GENEL MÜDÜRLÜĞÜ, Havacılık Güvenlik Sistemi, Ankara: Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, 2010.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara: Savaş Kitabevi, 2005.
- TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 01/06/2021).
- TÜRKİYE CUMHURİYETİ AVRUPA BİRLİĞİ BAKANLIĞI, Avrupa Birliği'ne Katılım İçin Ulusal Eylem Planı II. Aşama Haziran 2015-Haziran 2019, Ankara: AB Bakanlığı Yayınları, 2015, 103 <http://abdigm.meb.gov.tr/projeler/ois/007.pdf> (ET: 07.04.2021).
- WILF-MIRON, Rachel/LEWENHOFF, Irene/ BENYAMINI, Zvi/AVİRAM, Ari, "From Aviation to Medicine: Applying Concepts of Aviation Safety to Risk Management in Ambulatory Care", *Quality and Safety in Health Care*, 12, 1, 2003, 35-39.
- WOLFE, B. James, "What Do Physicians & Pilots Have in Common?", *Missouri Medicine*, 111, 1, 2014, 22-23.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION, Data and Statistics, <https://www.euro.who.int/en/health-topics/Health-systems/patient-safety/data-and-statistics> (ET: 21.05.2021).
- WORLD HEALTH ORGANIZATION/ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, Improving Healthcare Quality in Europe Characteristics, Effectiveness and Implementation of Different Strategies, Editors BUSSE, Reinhard/KLAZINGA Niek/PANTELI, Dimitra/QUENTIN, Wilm, United Kingdom: WHO Publications, 2019, 305-306

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/327356/9789289051750-eng.pdf> (ET: 26.05.2021).

YAMAN, Ali Osman, SHT-6A.50 ve SHT-FTL Talimat Karşılaştırmaları, 4. Ulusal Hava ve Uzay Tıbbı Kongresi Bilimsel Programı Uçucularlarda Bitkinlik Paneli, 2018, https://www.uhtk.org/medya/2018/Sunumlar/26%20Ekim/4.%200oturum/ali_osman_yaman_sht_ftl_vs_sht_6a_50.pdf (ET: 09.04.2021).

YARGITAY CGK., 09.02.2016, E.2014/12-67, K.2016/45 (UYAP) (ET: 10/04/2021).

YARGITAY CGK., 11.03.2008, E.2007/9-275, K.2008/49 (Kazancı İctihat Bilgi Bankası) (ET: 10.04.2021).

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 1. Baskı, Ankara: Yetkin yayınları, 2003.



ANALYSE DER URTEILE DES BayObLG UND BVerfG ZUM THEMA „DIEBSTAHL: CONTAINERN“

Can Eralp ELİBOL*

Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK**

Zusammenfassung

Das Eigentum wird als Grundrecht im Art. 14 GG gewährleistet. Darüber hinaus hat das Eigentum auch privat- und strafrechtlichen Schutz. Diese beiden Rechtsdisziplinen sind in manchen Fällen miteinander eng verbunden. Wenn der Diebstahlverbrechen in Frage kommt, müssen manche Begriffe dieses Delikts, namentlich die Begriffe hinsichtlich des Eigentums, i.R.v. bürgerlichen Recht betrachtet werden. Nach § 242 StGB wird bestraft, „wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen wegnimmt“. In diesem Zusammenhang ist der sog. Containern-Fall ein signifikantes Beispiel des Diebstahls. In diesem Fall geht es um die verdorbenen Lebensmittel, die auf den Abfallcontainer gewirft und verschlossen werden, zur Abholung vom Entsorgungsunternehmen. Der Dreh- und Angelpunkt dieses Falls ist es, ob das Merkmal „Fremdheit“ i.S.v. § 242 StGB hier vorliegt. Um dies festzustellen kommt § 959 BGB, nämlich die Dereliktionsklausel, in Frage. Dieser Beitrag konzentriert sich auf die Betrachtung der Entscheidungen des BayObLG und BVerfG über den Containern-Fall.

* Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst., Turkish-German University, Law Faculty, Department of Criminal and Criminal Procedure Law, İstanbul, Turkey.

✉ can.elibol@tau.edu.tr • ORCID 0000-0001-5866-2224

** Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst., Istanbul University, Law Faculty, Department of Comparative Law, İstanbul, Turkey.

✉ eba@istanbul.edu.tr • ORCID 0000-0003-4856-9733

✉ **Atıf Şekli** | Cite As: ELİBOL Can Eralp / AKKANAT ÖZTÜRK Elif Beyza, “Analyse der Urteile des BayObLG und BVerfG zum Thema: Diebstahl: Containern”, *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2805-2820.

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

Stichwörter

Containern-Fall • Eigentumsaufgabe/Dereliktion • fremde Sache • Eigentum • Diebstahl

BAVYERA EYALETİ YÜKSEK MAHKEMESİ VE FEDERAL ALMANYA ANAYASA MAHKEMESİ'NİN "HIRSIZLIK: MARKETİN ATIK BESİN MADDELERİNİ ÇALMAK" KONULU KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Öz

Mülkiyet, Alman Anayasası m. 14'te temel hak olarak korunmaktadır. Buna ek olarak mülkiyet aynı zamanda özel hukuk ve ceza hukuku korumasına da sahiptir. Bu iki hukuk disiplini bazı hâllerde birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Hırsızlık suçu söz konusu olduğunda bu suçun bazı kavramları, bilhassa mülkiyet ile ilişkili olanlar, medeni hukuk çerçevesinde değerlendirilmelidir. Alman Ceza Kanunu m. 242 uyarınca "*her kim başkasına ait taşınır bir malı alırsa*" cezalandırılır. Bu bağlamda marketin imha edilmek üzere çöp kutusuna attığı tüketilemez besin maddelerinin çalınması olayı, hırsızlık suçunun önemli bir örneğidir. Bu olay, bozulmuş besin maddelerinin imha edilmek üzere alınması için çöp kutusuna atılıp kilitlenerek hazır tutulması ile ilgilidir. Bu olayın can alıcı noktası, burada Alman Ceza Kanunu m. 242 anlamında "yabancılık" unsurunun söz konusu olup olmadığıdır. Bunu tespit edebilmek için Alman Medeni Kanunu m. 959, bir diğer deyişle mülkiyetin terki hükmü gündeme gelmektedir. Bu çalışma, söz konusu olay ile ilgili Bavyera Eyaleti Yüksek Mahkemesi ve Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararların değerlendirilmesine odaklanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Marketin atık besin maddelerinin çalınması olayı • Mülkiyetin terki • Başkasına ait mal • Mülkiyet • Hırsızlık

I. EINFÜHRUNG

Das Eigentumsrecht ist einer von wichtigsten Grundrechten, die dem liberal demokratischen Rechtsstaat zugrunde liegt. Denn das Eigentum hat enge Verbindung mit der Freiheit¹. Zudem kann die Aussage „*Ohne Eigentum keine Freiheit*“ zitiert werden, um die Wichtigkeit dieses Rechts zu betonen². Sowohl die individuelle Selbstverwirklichung als auch die Individualfreiheit richtet das Eigentumsrecht ein³. Aus diesem Grund muss es betrachtet werden, dass das Eigentum nicht nur mit der Rechtswissenschaft begrenzt werden kann. Sondern hat es zahlreiche Funktionen, und das führt uns zum Ergebnis, dass die Rechtswissenschaft diese interdisziplinären Dimensionen in Rücksicht nehmen sollte. Zu nennen ist es, dass das Eigentumsrecht vom höchst rechtlichen Schutz profitieren sollte. Daher hat das Eigentum als Grundrecht unter dem Art. 14 GG gewährleistet. Solches existentielle Recht braucht auch den strafrechtlichen Schutz. Deshalb fasst der Gesetzgeber unterschiedliche Delikte, die das Eigentum als Rechtsgut schützen. Einer von diesen Delikten ist der Diebstahl⁴. Obwohl der Diebstahl als Delikt im StGB §§ 242-245 formuliert wird, verweisen diese Paragraphen auf einige Fachbegriffe, die Bedarf an der interdisziplinären Betrachtung haben. In diesem Sinn

¹ PAPIER, Hans-Jürgen/SHIRVANI, Foroud, „Art. 14 [Eigentumsgarantie und Erbrecht]“, Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar: Band II, 92. Lieferung, München, 2020, Art. 14 GG Rn. 1.

² PAPIER/SHIRVANI, Art. 14 GG Rn. 2.

³ PAPIER/SHIRVANI, Art. 14 GG Rn. 2.

⁴ Das geschützte Rechtsgut des Diebstahls ist umstritten. Einer Ansicht nach ist das Eigentum allein geschütztes Rechtsgut (Siehe: WESSELS, Johannes/HILLENKAMP, Thomas/SCHUHR, Jan C., Strafrecht Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 42., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2019, § 2 Rn. 70; EISELE, Jörg/HEINRICH, Bernd, Strafrecht Besonderer Teil für Studienanfänger, Stuttgart, 2020, Rn. 899; KRETSCHMER, Joachim, „Diebstahl und Unterschlagung“, Strafrecht Besonderer Teil, Hrsg. HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, Tübingen, 2015, Rn. 769; KINDHÄUSER, Urs/BÖSE, Martin, Strafrecht Besonderer Teil: Straftaten gegen Vermögensrechte, 11. Auflage, Baden-Baden, 2021, § 2 Rn. 5.). Anderer Ansicht nach schützt der Diebstahl sowohl das Eigentum als auch den Gewahrsam (Siehe: RENGIER, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil I: Vermögensdelikte, 16., neu bearbeitete Auflage, München, 2014, § 2 Rn. 1; SCHRAMM, Edward, Strafrecht Besonderer Teil II: Eigentums- und Vermögensdelikte, 2. Auflage, Baden-Baden, 2021, § 2 Rn. 6.).

kommt häufig und besonders das Zivilrecht bzw. Sachenrecht⁵. Die Auslegung dieser Begriffe hängt nah von den Umständen einzelner Fälle ab.

Wenn der Diebstahl in Betracht kommt, fallen die Fälle hinsichtlich des Containers ein, weil die wahrscheinlich mestdiskutierten Fälle des Diebstahls sind. Diese Fälle erregen Aufsehen sowohl in der Rechtspraxis als auch in der Politik⁶. In diesen Fällen geht es um unverkäufliche Lebensmittel, die auf verschlossene Müllcontainern des Markts einwirft, so dass eine Entsorgungsfirma diese Lebensmittel abholen kann. Bevor die unverkäuflichen und zur Entsorgung bestimmten und bereitgestellten Lebensmittel abgeholt werden, werden sie gestohlen, indem das Schloss des Abfallcontainers aufgebrochen wird.

Die Strafgerichte verurteilten, dass sich die Täter wegen des Diebstahls in diesem sog. Containern-Fall strafbar gemacht haben. Dabei richteten die Beschwerdeführer die Verfassungsbeschwerde ein. Aber es blieb erfolglos, weil die Urteile der Strafgerichte verfassungskonform waren.

II. RECHTSPROBLEME

Der Inhalt dieser Fälle hatte einige Rechtsprobleme, die in den Entscheidungen diskutiert wurden. Die Probleme haben strafrechtliche und zivilrechtliche Dimensionen⁷. Deswegen mussten die Gerichte auf diese zwei Rechtsgebiete Rücksicht nehmen.

„Bewegliche Sache“ ist gem. § 242 StGB ein Tatbestandsmerkmal des Diebstahls. Dies enthält zwei Fachbegriffe, nämlich die Beweglichkeit und Sache. Erstens gehören alle körperlichen Gegenstände gem. § 90 BGB zum Begriff „Sache“. In diesem Zusammenhang spielt der wirtschaftliche Wert der Sache zur Tatbestandserfüllung keine Rolle⁸. Zweitens versteht

⁵ EISELE/HEINRICH, Rn. 897.

⁶ Siehe dazu: JANISCH, Wolfgang, „Containern, ein gut gemeinter Diebstahl“, Süddeutsche Zeitung, <https://www.sueddeutsche.de/politik/containern-bundesverfassungsgericht-diebstahl-1.4672444>, (17.04.2021); Nachrichten der beck-aktuell-Redaktion, „Experten uneinig: Soll „Containern“ entkriminalisiert werden?“, becklink 2018323, beck-online, (17.04.2021).

⁷ KRETSCHMER, Rn. 771.

⁸ WESSELS/HILLENKAMP/SCHUHR, § 2 Rn. 74.

man aus dem Adjektiv „beweglich“ eine körperliche Sache, die auch fortbewegt⁹, d.h. die Sache muss von einem Ort zum anderen bewegbar sein¹⁰. Auf diese Art ist erstes Problem der Gerichte, ob die unverkäuflichen Lebensmittel im Containern-Fall eine bewegliche Sache ist oder nicht.

Anderes Tatbestandsmerkmal des Diebstahls ist „die Fremdheit“. Gem. § 242 StGB muss eine bewegliche Sache auch fremd sein. Die Fremdheit der beweglichen Sache kann nur im Hinblick auf die zivilrechtlichen Normen geklärt werden¹¹, denn es gibt keine strafrechtliche Eigentumsbegriff¹². Auf diese Weise müssen die Gerichte insbesondere §§ 958 ff. BGB berücksichtigen. In diesem Sinne ist eine bewegliche Sache fremd, wenn es nicht allein zu dem Täter gehört oder nicht herrenlos ist¹³. Im sog. Containern-Fall steht die Aufgabe des Eigentums gem. § 959 BGB im Vordergrund. Im § 959 BGB fasste der Gesetzgeber „Aufgabe des Eigentums“ bzw. „Dereliktion“ ab. Gem. § 959 BGB *„Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt.“* Aus diesem Paragraph können zwei Begriffe „herrenlos“ und „Absicht“ herausgezogen werden. Herrenlos ist es, wenn eine bewegliche Sache zum Niemand gehört¹⁴, und die deutlich erkennbare Absicht des Eigentümers für Dritte spielt hier eine große Rolle. Wenn der Eigentümer der beweglichen Sache darauf Verzicht erklärt, wird die Sache als herrenlos genannt. Daher ist die Sache von diesem Zeitpunkt an nicht mehr fremd. Auf diese Art müssen die Gerichte zweitens

⁹ RENGIER, § 2 Rn. 5; Ob das bürgerlichen Recht als Orientierungspunkt genommen werden muss, gehen die Meinungen auseinander. Siehe dazu: WESSELS/HILLENKAMP/SCHUHR, § 2 Rn. 78.

¹⁰ ARZT, Gunther/WEBER, Ulrich/HEINRICH, Bernd/HILGENDORF, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Bielefeld, 2009, § 13 Rn. 32.

¹¹ RENGIER, § 2 Rn. 6; EISELE/HEINRICH, Rn. 909; ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF, § 13 Rn. 33; WITTIG, Petra, "Diebstahl und Unterschlagung", BeckOK StGB, Hrsg. von HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd, 49. Edition, München, 2021, § 242 StGB Rn. 6; KINDHÄUSER, Urs, "Diebstahl und Unterschlagung", Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch: Band 1, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017, § 242 StGB Rn. 15.

¹² BOSCH, Nikalaus, "Diebstahl und Unterschlagung", Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: Kommentar, 30., neubearbeitete Auflage, München, 2019, § 242 StGB Rn. 12.

¹³ KRETSCHMER, Rn. 774; SCHRAMM, § 2 Rn. 16.

¹⁴ KINDHÄUSER/BÖSE, § 2 Rn. 16.

prüfen, ob die unverkäuflichen Lebensmittel, die auf den Müllcontainer geworfen haben, das Merkmal „fremd“ darstellen zu können.

III. ERGEBNISSE UND BEGRÜNDUNG DES BayObLG

Bayerische Oberlandesgericht (BayObLG) fand die Feststellungen des Amtsgerichts (AG), die die Lebensmittel aus dem abgesperrten Container im Firmengelände weggenommen wurden, rechtmäßig. Daher begegnete diese Annahme vom AG keinen rechtlichen Bedenken¹⁵.

Nach der Entscheidung des BayObLG kommen bewegliche Sachen in Frage, da die unverkäuflichen Lebensmittel körperlich und fortbewegt sind. Die Fremdheit der Sachen aber hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, weil das Wegwerfen nicht immer der Abgabe des Eigentums verursacht¹⁶. Das Verhalten des Eigentümers muss daher für Dritte deutlich erkennbar sein. In diesem Fall entschied das BayObLG, dass die Dereliktion bzw. Eigentumsaufgabe hier nicht vorlag¹⁷. Denn der Container war verschlossen und stand auf dem Grundstück des Supermarkts bereit zur Abholung durch das Entsorgungsunternehmen.

Eine Dereliktion liegt dann vor, wenn der Eigentümer in der Absicht, die Sachen aufgeben zu wollen. In diesem Fall wollte der Supermarkt das Eigentum der nicht verkehrsfähigen Lebensmittel nicht abgeben, sondern wollte er die Lebensmittel zugunsten dem Entsorgungsunternehmen abgeben. Außerdem machte er seine Absicht deutlich erkennbar, da der verschlossene Container im Zulieferbereich des Supermarkts stand. Außerdem hatte der Supermarkt die Verantwortung, die Abfälle entsorgen zu lassen¹⁸. Aus diesem Grund blieben die Lebensmittel bis zur Abholung der Lebensmittel vom Entsorgungsunternehmen im Eigentum des Supermarkts.

Die Wertlosigkeit der Lebensmittel kann nicht die Wegnahme dieser Lebensmittel rechtfertigen, weil auch „*geringwertige Sache*“ gem. § 243 Abs. 2 StGB das Tatobjekt des Diebstahls sein kann.

¹⁵ NStZ-RR 2020, 104, beck-online, S. 104.

¹⁶ NStZ-RR 2020, 104, beck-online, S. 104.

¹⁷ NStZ-RR 2020, 104, beck-online, S. 105.

¹⁸ NStZ-RR 2020, 104, beck-online, S. 105.

IV. DIE ENTSCHEIDUNG DES BVerfG ZUM THEMA „DIEBSTAHL: CONTAINERN“

Nachdem das BayObLG die Revisionen der Täter im Containern-Fall unbegründet gefunden hatte, legten die Täter dagegen eine Verfassungsbeschwerde ein. Die Beschwerdeführer (Bf.) beanspruchten, dass die Entscheidungen der Strafgerichte ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht i.S.v. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG und ihre allgemeine Handlungsfreiheit i.S.v. Art 2 I GG verletzen.

Nach der Entscheidung des BVerfG haben die Fachgerichte die Obliegenheit, die Umstände der Einzelfälle zu bewerten. Im vorliegenden Fall stellten die Fachgerichte die Voraussetzungen der Eigentumsaufgabe nach § 959 BGB dar und sagte, dass der Müllcontainer in der Anlieferzone des Supermarkts stand und abgesperrt war. Außerdem wurde der Abfallcontainer zur Abholung des Entsorgungsunternehmens bereitgestellt. Diese Feststellungen verursachten dem Ergebnis, dass kein Verzichtswille in diesem Fall festgelegt werden konnte. In Bezug auf diese Feststellungen der Fachgerichte erkannte das BVerfG keine Rechtsfehler und daher lag hier kein Verstoß gegen das Verfassungsrecht vor¹⁹. Außerdem ist diese zivilrechtliche Auslegung der Fremdheit von den Fachgerichten im Rahmen des § 242 StGB nicht willkürlich, weil solche Interpretation mit der Rechtseinheit und Rechtssicherheit in Einklang ist²⁰.

Unter dem Art. 2 I GG wurde die Handlungsfreiheit gewährleistet. Der folgende Teil des Art. 2 I GG beschränkt die Handlungsfreiheit. Die Handlungsfreiheit darf beschränkt werden, falls der Person *„die Rechte anderer verletzt und gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“*. Laut der Entscheidung des BVerfG darf BVerfG nur die Verfassungsmäßigkeit der Strafvorschriften prüfen²¹. Das BVerfG darf nicht die Sache des Gesetzgebers bestimmen. Unter dem Art. 14 I GG gewährleistet Eigentum hat große Bedeutung für den sozialen Rechtsstaat und daher genießt es den besonderen Schutz, es sei denn, die Sicherung der persönlichen Freiheit ist nicht vorhanden²². Auf diese Art ist § 242

¹⁹ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 29.

²⁰ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 25.

²¹ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 37.

²² NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 39.

StGB und daraus resultierende Strafbarkeit der Wegnahme von den Lebensmitteln in diesem Fall kein Verstoß gegen die Handlungsfreiheit, weil der Schutz der berechtigten Rechtsposition des Eigentümers vorhanden ist und der Inhalt und die Schranken des Eigentumsrechts vom Gesetzgeber durch ein Gesetz bestimmt werden²³.

§ 242 StGB schützt nicht nur das Eigentumsrecht, sondern auch die Möglichkeit, die vom § 903 BGB entsteht d.h. der Eigentümer kann nach seinem Wunsch mit der Sache verfahren oder nicht²⁴. Auf diese Art schützt § 242 StGB den Eigentümer auch vom Umgang jeder Dritte mit der Sache. Davon ist der wirtschaftliche Wert der Sache unabhängig²⁵. Deshalb liegt hier kein Verstoß gegen das Ultima-Ratio-Prinzip i.S.v. der Verhältnismäßigkeit wegen der Strafbarkeit des Diebstahls vom Container vor²⁶.

In diesem Fall richtete das Verhalten der Bf. auf dem Grundrecht „Eigentum“ gem. Art. 14 GG²⁷. Allerdings wurde hier nicht *rein formale und inhaltsleere Eigentumsposition* geschützt. Im Gegensatz dazu wurde das legitime Interesse der Eigentümer, nämlich die Entsorgung der Lebensmittel hinsichtlich ihrer Sicherheit, im vorliegenden Fall geschützt²⁸. Da der Gesetzgeber auch die geringere Schuld des Täters im Rahmen des § 242 StGB strafbar gemacht hat, stand die Strafbarkeit der Bf. im vorliegenden Fall in Einklang mit dem GG und daher war die Entscheidung der Fachgerichte verhältnismäßig²⁹. Vielmehr gibt es zahlreiche Normen im allgemeinen Teil des StGB, die die Gerichte ermöglichen, um die Strafe bezüglich der Schuld des Täters und unter den Umständen des Einzelfalls zu bemessen³⁰. Im vorliegenden Fall berücksichtigten die Fachgerichte bei der Strafbemessung die Besonderheiten des Falls, aus diesem Grund liegt hier kein Verstoß gegen das Verfassungsrecht vor³¹.

²³ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 39, 40.

²⁴ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 40.

²⁵ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 40.

²⁶ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 32.

²⁷ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 42.

²⁸ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 42.

²⁹ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 45.

³⁰ Bsp. §§ 47, 56, 59, 60 StGB; NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 46.

³¹ NJW 2020, 2953, beck-online, Rn. 47.

V. LITERARISCHES ECHO

Auch im Schrifttum erregt das Thema Aufsehen. Der Schlüssel dieses Falls ist nach § 959 BGB geregelte Dereliktion. Ob die verdorbenen Lebensmittel im Container ein taugliches Tatobjekt sind, müssen der Wille des Eigentümers und alle Besonderheiten des Falls betrachtet werden³². Zuerst wird es festgelegt, dass die Lebensmittel als körperliche Gegenstände beweglich sind³³. Als Zweite sollte die Fremdheit der Lebensmittel diskutiert werden. Nach *Rengier* kommt die Dereliktionsabsicht nicht in Frage, wenn die Sache auf die Mülltonne geworfen wird, um sie vernichten zu lassen³⁴. *Eisele/Heinrich* zufolge ist es ausschlaggebend, dass der Verwendungszweck des Eigentümers für Dritte deutlich erkennbar ist³⁵. In diesen Fällen sind gestohlene Lebensmittel nicht herrenlos, weil der Supermarkt das Eigentum behält, bis das Entsorgungsunternehmen sie abholt³⁶. Daher liegt hier dann das Merkmal „fremd“ nicht vor. Laut *Schramm, Esser/Scharnberg* und *Wittig* sollte die Verschlussheit des Containers zugrunde legen, denn solange der Container abgeschlossen ist, steht die Verzichtabsicht des Eigentümers nicht im Vordergrund³⁷. Außerdem spielt wirtschaftlicher Wert der Lebensmittel keine Rolle, um den Täter vom Diebstahl strafbar machen zu können³⁸. Für die Entkleidung der Fremdheit der solchen Lebensmittel sollen neue zivilrechtliche Regelungen brauchen, um die Firmen unverkäufliche Lebensmittel zur Spende zu verpflichten³⁹.

Nach *Kindhäuser/Böse* können die Haftungsrisiken des Supermarkts, die aus der Verantwortung des Supermarkts von unverkäuflichen Le-

³² ESSER, Robert/SCHARNBERG, Josephine, „Anfängerklausur - Strafrecht: Containern“, JuS, Heft: 9, 2012, S. 810.

³³ ESSER/SCHARNBERG, S. 812.

³⁴ RENGIER, § 2 Rn. 7.

³⁵ EISELE/HEINRICH, Rn. 910; KINDHÄUSER/BÖSE, § 2 Rn. 18.

³⁶ KRETSCHMER, Rn. 774; BOSCH, § 242 Rn. 17/18.

³⁷ SCHRAMM, § 2 Rn. 18; ESSER/SCHARNBERG, S. 810; WITTIG, § 242 Rn. 9.3.

³⁸ SCHRAMM, § 2 Rn. 18; BOSCH, § 242 StGB Rn. 4.

³⁹ SCHRAMM, § 2 Rn. 18.

bensmitteln entstehen mögen, zur Annahme von der Aufgabe des Eigentums nicht führen⁴⁰. Im Gegenteil verursacht der Konsum der verdorbenen Lebensmittel der Abnahme vom Absatz des Supermarkts⁴¹.

Ob § 959 BGB obsolet ist, wird aber es verneint⁴². Hinzu kommt, dass sich § 3 I Krw-/AbfG⁴³ und § 15 I Krw-/AbfG⁴⁴ kein Besitzaufhebungsverbot ergeben.

VI. PERSÖNLICHE MEINUNG

A. Privatrechtliche Betrachtung des Containern-Falls

Obwohl es bei der Entscheidung darum geht, ob das Diebstahlsverbrechen stattgefunden hat oder nicht, sollte der Vorfall auch privatrechtlich behandelt werden. In diesem Zusammenhang sollte es zunächst erörtert werden, ob der Supermarkt das Eigentumsrecht an den Vermögenswerten hat, von denen behauptet wird, dass sie Gegenstand von Diebstahl seien. Es sollte erklärt werden, ob die unverkäuflichen Lebensmittel vom Marktbesitzer aufgegeben und von seinem Eigentum entfernt wurden. In diesem Fall sollte es auch offengelegt werden, ob die Elemente der Aufhebungsklausel des § 959 BGB vorhanden waren.

Die Aufgabe des Eigentums ist im § 959 BGB wie folgt definiert: „Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgibt.“ § 959 BGB regelt den „Eigentumsverlust durch Verzicht bei beweglichen Sachen⁴⁵“. Der mögliche Entscheidungsverlust ist ein einseitiges Rechtsgeschäft mit doppelter

⁴⁰ KINDHÄUSER/BÖSE, § 2 Rn. 18.

⁴¹ KINDHÄUSER/BÖSE, § 2 Rn. 18.

⁴² SCHULTE-NÖLKE, Hans, „Eigentum“, Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden, 2019, § 959 BGB Rn. 1; BERGER, Christian, „Eigentum“, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, 18. Auflage, München, 2021, § 959 BGB Rn. 3.

⁴³ SCHULTE-NÖLKE, § 959 BGB Rn. 1.

⁴⁴ KINDHÄUSER/BÖSE, § 2 Rn. 18.

⁴⁵ HOEREN, Thomas, „Aneignung“, Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB Sachenrecht: Band 3, Hrsg. GRZIWOTZ, Herbert, KEUKENSCHRIJVER, Alfred, RING, Gerhard, 4. Auflage, 2016, § 959 BGB Rn. 1.

Natur: (1) Objektiv gehören sie zur eigentlichen Eigentumsaufgabe und (2) subjektiv zum Willen, das Eigentum aufzugeben⁴⁶.

Eine einseitige Absichtserklärung ist erforderlich, die keinen Erhalt erfordert, um das Eigentum am Gegenstand aufzugeben⁴⁷. Diese Erklärung ist auslegungsfähig und als Absichtserklärung im Sinne der §§ 116 ff. BGB anfechtbar. Daher kann es auch impliziert werden. Die Anfechtung hinsichtlich des mangelnden Willens muss an die Person gerichtet werden, die die Sache nach dem Verzicht auf das Eigentum in Besitz genommen hat. Wenn die Sache noch nicht zurückgenommen wurde, ist eine Vermeidungserklärung nicht erforderlich. Hier reicht die bloße Rücknahme.

Ein typischer Grund zur Vermeidung ist der Fehler in Bezug auf die Eigenschaften der Sache wie der Wert oder die Benutzerfreundlichkeit⁴⁸. Wenn sich der Eigentümer über die Identität der Sache geirrt hat oder es ihm nicht bewusst war, dass er objektiv das Eigentum der Sache aufgegeben hat, erfordert eine Einrede mangels der Willenserklärung nicht⁴⁹. So zB der Besitzer eine vermeintlich leere Schachtel wegwirft, die noch ein Objekt enthält, oder wenn er künstlerische Skizzen anstelle von altem Papier wegwirft⁵⁰. Selbst die Bereitstellung alter Kleidersäcke mit dem Label „*Rotes Kreuz*“ macht die Kleidungsstücke nicht im Sinne der Verordnung „aufgegeben“⁵¹.

Auch die Absicht, eine Sache zu zerstören, impliziert nicht immer den Wille, das Eigentum aufzugeben. Beispielsweise kann im Fall vom normalen Hausmüll oder Sperrmüll der Schluss gezogen werden, dass die Absicht besteht, eine Abwertung vorzunehmen. Anders verhält es sich mit persönlichen Dokumenten, die in den Papierkorb geworfen wurden, um sie vernichten zu lassen. Wer denn beispielsweise Briefe, Bankdokumente oder Geschäftspapiere wegwirft, wollte es nicht, dass der

⁴⁶ HOEREN, § 959 BGB Rn. 1.

⁴⁷ HOEREN, § 959 BGB Rn. 3; OECHSLER, Jürgen, „Eigentum“, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 8, 8. Auflage, München, 2020, § 959 BGB Rn. 6.

⁴⁸ HOEREN, § 959 BGB Rn. 3; OECHSLER, § 959 BGB Rn. 3.

⁴⁹ HOEREN, § 959 BGB Rn. 4.

⁵⁰ HOEREN, § 959 BGB Rn. 3; OECHSLER, § 959 BGB Rn. 3.

⁵¹ HOEREN, § 959 BGB Rn. 3.

Dritte sie nimmt und möglicherweise gegen den Vorbesitzer verwendet. Hier ist der Wille von Wegwerfende nicht auf eine Aufgabe des Eigentums sondern auf eine Übertragung nach dem § 929 BGB an die Entsorgungsunternehmen gerichtet⁵².

Es wird argumentiert, die Absichtserklärung des Eigentümers gem. § 134 nichtig wäre, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot des Verfalls verstieße. Nach der richtigen Ansicht enthalten die Normen wie § 15 Abs. 1 KrWG keine Verfallsverbote. § 15 Abs. 2 KrWG verbietet jedoch bestimmte Formen der Verfehlung. Wenn der Wille des Eigentümers daher auf eine verbotene Form der Aufgabe des Eigentums gerichtet hat -die Verletzung des Verbots wird durch die Art und Weise begangen, in der der Eigentümer aufgegeben wird-, muss die gem. § 959 BGB Absichtserklärung nach § 134 BGB ebenfalls nichtig sein, sodass der Eigentümer auf keinen Fall aus der Verantwortung heraus entlassen wird⁵³. Die Tatsache ist es, dass die Person gesetzlich verpflichtet ist, den betreffenden Gegenstand in Besitz zu nehmen, bedeutet es jedoch nicht, dass sie ihn nicht verlassen kann. Wenn jemand ein Eigentum aufgibt, der § 15 Abs. 2 KrWG definiert ist, wird die entsprechende Sache aus seinem Vermögen entfernt. Wenn aber die Person diese Sache aufgegeben hat, ist sie verpflichtet, den durch diese Sache verursachten Schaden zu beheben. So die Absicht des § 15 Abs. 2 KrWG nicht darin besteht, die Einsparungsmöglichkeit von den Einzelpersonen einzuschränken oder einen Grund für die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts anzugeben.

Schließlich müssen die Absichtserklärung und die Aufgabe der Eigentumskontrolle gleichzeitig vorliegen⁵⁴.

Der Gegenstand des Besitzes ist ein Realakt. Er muss tatsächlich durchgeführt werden. Im konkreten Containern-Fall hängt die Aufgabe des Eigentums an den diebstahlgefährdeten Gegenständen daher von der Existenz dieser beiden Elemente ab:

- Als erstes muss es festgestellt werden, dass der Marktbesitzer keinen Willen zur Aufgabe hatte. Dies liegt daran, dass die unverkäuflichen

⁵² HOEREN, § 959 BGB Rn. 4; OECHSLER, § 959 BGB Rn. 3.

⁵³ OECHSLER, § 959 BGB Rn. 7; KINDL, Johann, "Eigentum", BeckOK BGB, Hrsg. HAU, Wolfgang und POSECK, Roman, 57. Edition, 2021, § 959 BGB Rn. 5; NJW 2018, 3125, beck-online, Rn. 13, 16.

⁵⁴ OECHSLER, § 959 BGB Rn. 9.

Lebensmittel in einem verschlossenen Container an einem Ort unter ihrem eigenen Eigentum aufbewahrt wurden.

- Im Gegenteil dazu: Wenn das Ereignis als Ganzes betrachtet wird, kann es ausgesagt werden, dass der Supermarkt den Willen hatte, sich in Übereinstimmung mit seinen aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtungen handeln zu haben. Tatsächlich hat der Supermarkt auch einen Vertrag mit dem Entsorgungsunternehmen über die Entsorgung von Abfällen unterzeichnet. Nach diesem Vertrag wurden die unverkäuflichen Lebensmittel bis zur Lieferung aufbewahrt.

- Darüber hinaus unterlag die Verschwendung des Supermarkts einem Vertragsverhältnis. Damit der Supermarkt den Vertrag ordnungsgemäß erfüllen konnte, musste er unverkäufliche Lebensmittel enthalten. Die Aufgabe der unverkäuflichen Lebensmittel wäre auch gegen ihre eigenen Interessen.

- Es kann festgestellt werden, dass solcher Wille des Supermarkts im konkreten Fall nicht existierte, ohne das Argument, dass er diese unverkäuflichen Lebensmittel aufgrund seiner gesetzlichen Verpflichtung nicht aufgeben konnte.

- Infolge dieser Situation kann davon ausgegangen werden, dass in diesem Fall weder ein objektives noch ein subjektives Erfordernis der Aufgabe des Eigentums besteht.

B. Strafrechtliche Betrachtung des Containern-Falls

Das Eigentum wird in den §§ 242 ff. StGB durch das Strafrecht geschützt. Nach § 242 StGB: „Wer *eine fremde bewegliche Sache* einem anderen in der *Absicht* wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen...“ sich strafbar macht. Im Rahmen dieses Paragraphs stehen die Begriffe „Fremdheit“, „Beweglichkeit“ und „Zueignungsabsicht“ im Vordergrund. Im Containern-Fall sollte sich auf den Begriff „Fremdheit“ fokussiert werden, da keine Diskussion über die Beweglichkeit der Lebensmittel und rechtswidrige Zueignungsabsicht von den Tätern hier vorliegt. In diesem Fall warf der Supermarkt die verdorbenen Lebensmittel auf den verschlossenen Müllcontainer weg und stellte sie zur Abholung vom Entsorgungsunternehmen bereit. Ob das Wegwerfen der Lebensmittel als Aufgabe des Eigentums gesehen werden kann, spielt hier diese Entschei-

dung eine große Rolle, um die Fremdheit der Sache festzustellen. Hauptsächlich hat solche wichtige Entscheidung über die Eigentumsaufgabe Bedarf an zivilrechter orientierter Auslegung. Laut der obigen Erklärungen über die Aufgabe des Eigentums bzw. Dereliktion kann es ausgedrückt werden, dass der Supermarkt nach den Umständen des Falls nicht in der Absicht, das Eigentum der verdorbenen Lebensmittel aufzugeben. Sondern hatte er die Vernichtungsabsicht d.h. er wollte die Lebensmittel durch das Entsorgungsunternehmen vernichten lassen. Aus diesem Grund liegt hier keine Dereliktion i.S.v. § 959 BGB vor. Daher sind diese Lebensmittel noch fremd im Rahmen des § 242 StGB. Im Endeffekt haben sich die Täter durch die tatbestandmäßige Wegnahme wegen des Diebstahls strafbar gemacht.

SCHLUSS

Das Eigentumsrecht ist einer von den bedeutsamsten und wichtigsten Grundrechten, das im Art. 14 GG gewährleistet wird. Hinzu kam, das Eigentum wird sowohl im Bereich des Strafrechts als auch Zivilrechts geschützt. Für strafrechtlichen Schutz hat der Gesetzgeber verschiedene Delikte abgefasst. In diesem Beitrag wird sich auf den Diebstahl, namentlich den Containern-Fall, fokussiert. Obwohl der Diebstahl i.S.v. §§ 242 ff. StGB in Bezug auf das Strafrecht betrachtet wird, werden einige Merkmale des Diebstahls angesichts des bürgerlichen Rechts im Rahmen des BGB interpretiert. In besonderem Maße steht hier im Hinblick auf § 953 BGB ausgelegtes Straftatbestandsmerkmal „fremd“ im Vordergrund. Nach § 953 BGB spielt die von jedem Beliebigen deutlich erkennbaren Verzichtsabsicht des Eigentümers große Rolle. Im sog. Containern-Fall liegt aber keine Eigentumsaufgabe vor, weil sich die Dereliktionsabsicht aus den Umständen und Besonderheiten des Falls nicht ergeben. Wie in diesem Fall führt das Wegwerfen einer Sache nicht zum Verzichtswille. Zum Schluss ist die Wegnahme von den Lebensmitteln aus den verschlossenen Containern im Firmengelände eine tatbestandmäßige Handlung im Rahmen des § 242 StGB und daher haben sich die Täter strafbar gemacht.

LITERATUR

- ARZT, Gunther/WEBER, Ulrich/HEINRICH, Bernd/HILGENDORF, Eric, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Bielefeld, 2009.
- BERGER, Christian, "Eigentum", Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar, 18. Auflage, München, 2021.
- BOSCH, Nikalaus, "Diebstahl und Unterschlagung", Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: Kommentar, 30., neubearbeitete Auflage, München, 2019.
- EISELE, Jörg/HEINRICH, Bernd, Strafrecht Besonderer Teil für Studienanfänger, Stuttgart, 2020.
- ESSER, Robert/SCHARNBERG, Josephine, "Anfängerklausur - Strafrecht: Containern", JuS, Heft: 9, 2012, S. 809-814.
- HOEREN, Thomas, "Aneignung", Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB Sachenrecht: Band 3, Hrsg. GRZIWOTZ, Herbert, KEUKENSCHRIJVER, Alfred, RING, Gerhard, 4. Auflage, 2016.
- KINDHÄUSER, Urs/BÖSE, Martin, Strafrecht Besonderer Teil: Straftaten gegen Vermögensrechte, 11. Auflage, Baden-Baden, 2021.
- Nachrichten der beck-aktuell-Redaktion, "Experten uneinig: Soll „Containern“ entkriminalisiert werden?", becklink 2018323, beck-online.
- NJW 2018, 3125, beck-online. (Erişim Tarihi: 05.04.2021)
- NJW 2020, 2953, beck-online. (Erişim Tarihi: 05.04.2021)
- NStZ-RR 2020, 104, beck-online. (Erişim Tarihi: 05.04.2021)
- JANISCH, Wolfgang, "Containern, ein gut gemeinter Diebstahl", Süddeutsche Zeitung, <https://www.sueddeutsche.de/politik/containern-bundesverfassungsgericht-diebstahl-1.4672444>.
- KINDHÄUSER, Urs, "Diebstahl und Unterschlagung", Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch: Band 1, 5. Auflage, Baden-Baden, 2017.
- KINDL, Johann, "Eigentum", BeckOK BGB, Hrsg. HAU, Wolfgang und POSECK, Roman, 57. Edition, 2021.
- KRETSCHMER, Joachim, "Diebstahl und Unterschlagung", Strafrecht Besonderer Teil, Hrsg. HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, Tübingen, 2015.

- OECHSLER, Jürgen, "Eigentum", Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 8, 8. Auflage, München, 2020.
- PAPIER, Hans-Jürgen/SHIRVANI, Foroud, "Art. 14 [Eigentumsgarantie und Erbrecht]", Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar: Band II, 92. Lieferung, München, 2020.
- RENGIER, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil I: Vermögensdelikte, 16., neu bearbeitete Auflage, München, 2014.
- SCHRAMM, Edward, Strafrecht Besonderer Teil II: Eigentums- und Vermögensdelikte, 2. Auflage, Baden-Baden, 2021.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans, "Eigentum", Bürgerliches Gesetzbuch: Handkommentar, 10. Auflage, Baden-Baden, 2019.
- WESSELS, Johannes/HILLENKAMP, Thomas/SCHUHR, Jan C., Strafrecht Besonderer Teil 2: Straftaten gegen Vermögenswerte, 42., neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2019.
- WITTIG, Petra, "Diebstahl und Unterschlagung", BeckOK StGB, Hrsg. von HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd, 49. Edition, München, 2021.

ROMA HUKUKUNDA ŞANTAJ

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN*

Öz

Roma hukukunda suçlar, bireyin menfaatinin ya da kamu menfaatinin ihlaline bağlı olarak özel suçlar ve kamu suçları olarak ayrılmış, özel suçlar kişilerin uğradıkları zararın giderilmesini amaçlayan yaptırım türlerine bağlanmıştır. Hukuk tarihi bakımından kişinin kötü bir sonuç doğacağı ve zarara uğrayacağı yönünde inandırıcı şekilde tehdit edilerek, bunun önlenmesi için diğer tarafa para vermek zorunda bırakılması şeklinde tanımlanabilecek ve Roma hukukunda açıkça bir suç tipi olarak düzenlemeyen şantaj, ihlal edilen menfaate göre farklı hukuki niteliklere sahip olmaktadır. Fiilin kamu menfaatinin ihlal etmesi, kamu suçu olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu kapsamda *leges repetundarum* adlı kanunlarla getirilen yargılamaya ve cezalara ilişkin hükümler uygulanmıştır. Özel menfaatin ihlal edilmesi durumunda ise, kişiliğe verilen zarar (*iniuria*) veya korkutma (*metus*) niteliğindeki özel suçun olduğu kabul edilebilir.

Anahtar Kelimeler

Roma Hukuku • Kamu Suçları • Özel Suçlar • Şantaj • Leges Repetundarum

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Prof., İstanbul Aydın University, Faculty of Law, Department of Roman Law, İstanbul, Turkey.

✉ buseaksaray@aydin.edu.tr • ORCID 0000-0002-6606-9946

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ERKMAN Buse AKSARAY, "Roma Hukukunda Şantaj", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2821-2859.

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

BLACKMAILING IN ROMAN LAW

Abstract

In Roman law, crimes were divided into private crimes and public crimes depending on the violation of private or public interest, and private crimes were linked to the types of sanctions aimed at eliminating the damage suffered by people. In terms of legal history, blackmailing that has not regulated as a type of crime in Roman law, was defined as the one being threatened in a convincing way that a bad consequence and damage will occur, and forced to give money to the other party to prevent this, had different legal qualities according to the violation of the interest. The violation of the interest of the public resulted in it being considered a public crime. Provisions on trials and punishments were introduced by laws called *leges repetundarum*. In case of the violation of the interest of the individual, it might be considered that *iniuria* or *metushad* occurred.

Key Words

Roman Law • Crimen • Delict • Blackmail • Leges Repetundarum

I. GİRİŞ

Roma hukuku bakımından özel hukuk alanı gibi sistemli şekilde düzenlenmeyen ve gelişmeyen ceza hukuku alanı kapsamında, zedelenen menfaate göre suç ayırımı yapılmış ve ilk düzenlemelerle kişisel intikam duygusunu tatmin etmek, sonraki düzenlemelerle ise uğranılan zarar gidermek amacıyla yaptırımlar belirlenmiştir. Başlangıçta din kurallarından doğan, daha sonra zaman içinde devlet yapısının gelişmesi ile kamu düzeniyle ilişkilendirilen bazı fiillerin kamu menfaatine zarar verdiği kabul edildiğinden, bu şekilde ortaya çıkan suçlar kamu suçu olarak tanımlanmış, sayıları az olan bu suçların takibi devlet tarafından gerçekleştirilmiştir. Kişilerin özel menfaatlerini ihlal eden suçlar ise, özel suçlar olarak tanımlanmış, zarara uğrayan kişiler tarafından takip edilmiş ve aynı zamanda cezalandırmaya yönelik yaptırımlarla zarara uğrayanın zararının giderilmesi de amaçlanmıştır. Bu doğrultuda bu suçlar borç kaynağı olarak borçlar hukuku alanını ilgilendiren haksız fiil kavramının karşılığını da oluşturmaktadır¹.

¹ İPEK, Nurcan, Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İstanbul, 2001 (Gasp), s. 23.

Bu kavramlar doğrultusunda incelenmesi amaçlanan şantaj fiili, Roma Cumhuriyet Dönemi içinde toplumsal ve siyasal yapıda ortaya çıkan değişimlerin sonucu olarak yaygınlaşmıştır. Dolayısıyla kamu suçları kapsamında incelenmesi ancak bu dönemden sonraki dönemlerin hukuki düzenlemeleri doğrultusunda yapılabilir. Açıkça ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmediği için, hukuka aykırı şekilde para ve mal alınması amacıyla gerçekleştirilen haraç kesme, hile yapma, rüşvet alma, irtikap, şantaj ve benzeri fiilleri kapsayan ve *leges repetundarum* olarak adlandırılan, temelde görevin kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla çıkarılan kanunlar bu kapsamda incelenecektir. Kanunlar maddi hukuk kuralları yanında usul ve yargılamaya ilişkin detaylı düzenlemeler de içermektedir. İnceleme büyük oranda maddi hukuk kuralları çerçevesinde yapılmaya çalışılacak, usule ilişkin kurallara sınırlı oranda yer verilecektir.

Fiilin kamu suçu oluşturacak şekilde kamu menfaatini ihlal etmediği durumlarda ise, zarar görenin kişiliğine yönelik saldırı gerçekleşmesi veya korkutulması sonucu doğuyorsa özel suç işlendiği sonucuna ulaşılabilir. Bu kapsamda ise haksız fiil niteliğinde kabul edilen özel suçlardan kişiliğe verilen zarar (*iniuria*) ve korkutma (*metus*) kavramları incelenecektir. Bu incelemenin amacı iki hukuki kurumu bütünüyle ele almaktan ziyade, şantaj fiili ile bağdaştığı ölçüde kavramların genel nitelikleri ile sınırlandırılacaktır.

II. ROMA HUKUKUNDA SUÇ KAVRAMI

A. Genel Olarak

Roma hukukunda ceza hukuku alanı, özel hukuk alanı kadar kapsamlı ve erken gelişme göstermemiş, ceza hukukunun sistemli hale gelmesi ihtiyaçlarla bağlantılı olarak bu alandaki gelişmelerle zaman içinde gerçekleşmiştir. Roma ceza hukuku alanının varlığının bile tartışıldığı bu konuda ilk düzenlemeler kaynağını din kurallarından, örf ve âdet kurallarından ve bunlarla bağlantılı olacak şekilde aile babasının aile üzerindeki hak ve yetkilerinden almıştır².

² AYİTER, Kudret, "Roma Ceza Hukukunda Quaestiones Perpetuae ve Cognitionis Extra Ordinem", Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, Ankara, 1958, s. 341-343; UÇARYILMAZ, Talya Şans/EMİROĞLU, Haluk, "Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 69, Sayı: 2, 2020, s. 836, 839.

Suç kavramı, On İki Levha Kanunu'nun içeriğinde yer alacak kadar eski zamanlardan itibaren iki gruba ayrılarak incelenmiş, suç ve haksız fiil kavramları arasında ayırım gözetilmemiştir. Suçların kapsamının çok dar olduğu ilk dönemlerde bütün haksız fiiller aynı zamanda suç sayılmıştır ve suçlar, kamu düzeninin ya da zarar görenin etkilenmesine bağlı olarak özel suçlar ve kamu suçları şeklinde ikiye ayrılmıştır³. Suçu işleyenin cezalandırılmasının ise, adil olacağı gerekçesiyle suçtan zarar gören tarafından yapılması kabul edilmiştir⁴.

Delictum privatum veya *delictum*⁵ olarak adlandırılan ve Türk hukukunda haksız fiil olarak nitelendirilen özel suçlar, zarar gören tarafından takip edilen ve özel kişilerin menfaatlerini ihlal eden suçlardır⁶. *Delictum publicum* veya *crimen* olarak adlandırılan kamu suçları ise, gerçekleştirilen fiilin Roma halkına yönelik olduğu kabul edildiğinden⁷kamu menfaatini ihlal eden, sınırlı sayıda belirlenen ve devlet tarafından takip edilip cezalandırılan suçlardır⁸. Özel suç sayılan fiillere ilişkin yaptırımlarla bireyin şahsına ya da malına verilen zararların giderilmesi amaçla-

³ RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 2016(Borçlar), s. 141; KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan, Roma Hukuku, Ankara, 2020, s. 275; TÜRKÖĞLU, Halide Gökçe, Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Ankara, 2017 (Suç ve Ceza), s. 25; SÖĞÜTLÜ, Özlem, Roma Özel Hukuku, Ankara, 2020, s.393, 548; GÜRTEN, Kadir, Roma Hukuku'nda Crimen Kavramı, Ankara, 2016 (Crimen), s. 5; İPEK, Gasp, s. 23.

⁴ KAYAK, Sevgi, "Roma Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma Suçu: D. 48. 11 Metinlerinin Çevirisi ve Tahlili", Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan, İstanbul, 2020, s. 745.

⁵ Romalıların düşüncesine göre suç işlemek, kişinin kendisinden beklenen davranışı, görevi, sorumluluğu, yükümlülüğü bilerek ya da bilmeyerek yerine getirmemek ya da ihmal etmek anlamına geldiği için *delictum* kavramı hem özel suç hem de kamu suçu anlamında kullanılmış, yer aldığı metne göre eksiklik, hata, kusur, suç, kaba-hat anlamlarına gelmiştir. (DEMİRİŞ, Bedia, "Eski Roma'nın Edebi Metinlerinde Bir Kavram Olarak Delictum'un Anlamı Üzerine Bir Değerlendirme", Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyumu, Cilt: 14, Sayı: 4, 2008, s. 3, 10-11.)

⁶ DI MARZO, Salvatore, Roma Hukuku, İstanbul, 1959, s. 468; RADO, Borçlar, s. 141.

⁷ SÖĞÜTLÜ ERIŞGİN, Özlem, Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara, 2002, s. 12.

⁸ DI MARZO, s. 468; RADO, Borçlar, s. 141.

nırken, kamu suçu sayılan fiillere ilişkin cezalarla benzer davranışların gerçekleştirilmesinin önlenmesi ve toplumun korunması amaçlanmıştır⁹.

Bu şekilde sınırlı sayıda belirlenen kamu suçları ile çok dar uygulama alanı olan ceza hukuku, klasik dönem hukukçuları için bile yabancı kalmış bir kavramdır¹⁰. Bu süreçte suçun maddi ve manevi unsurdan oluştuğu düşüncesinin izlerini taşıyan uygulamalar bulunmakla beraber, suç teorisinin günümüz hukukundaki şekliyle sistemli hale getirilerek temellendirilmediği görülmektedir¹¹.

B. Özel Suçlar

Özel suçlar, kişilerin menfaatlerini ihlal eden suçlar olarak günümüz Türk hukuku bakımından haksız fiil niteliğinde olan borç kaynağının karşılığını ve tarihsel temelini oluşturmuştur¹². Roma hukukunda ise, haksız fiil ve suç ayrımı, hukuki ve cezai sorumluluk arasında kesin bir ayrım bulunmadığından, günümüz Türk hukukundaki şekliyle yapılmamıştır¹³.

Suçu işleyen ilk zamanlarda devletin müdahalesi olmaksızın zarar görenin kişisel intikam duygularına ve takibine bağlı olarak cezalandırılmıştır¹⁴. Kişisel intikam usulü ile yaptırım, zaman içinde tarafların anlaşmaları sonucu para cezası ödenmesi suretiyle diyet yoluyla yaptı-

⁹ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, "Roma Hukukunda Rüşveti Engellemeye Yönelik Düzenlemeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007 (Rüşvet), s. 1186.

¹⁰ WILINSKI, A., "Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı", Çev.: Belgin Erdoğan, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 1983, s. 329.

¹¹ AYİTER, s. 345; UÇARYILMAZ/EMİROĞLU, s. 848.

¹² SÖĞÜTLÜ, s. 552. Bu suçlar bireyin menfaatiyle birlikte kamu menfaatine de zarar veremekteyse, zarar gören kişiler dışında diğer Roma vatandaşlarının da dava açma hakkı bulunmaktadır. (SÖĞÜTLÜ, s. 554.)

¹³ UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1999 (Ders Notları), s.389; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku (Borçlar), İstanbul, 2020, s.297; ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2019, s.133; SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 11.

¹⁴ SCHWARZ, Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, Cilt: 1, Çev.: Türkan Rado, İstanbul, 1963, s.97; KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977, s.22. Kişisel intikam uygulaması aynı zamanda özel suçlar ve kamu suçları ayrımının da özünü oluşturur. Bkz.: Aynı eser s. 260.

rıma dönüşmüş¹⁵, devletin müdahalesinin başlamasıyla ödenecek para cezasına, açılan ceza davası sonunda hükmedilmeye başlanmıştır¹⁶. Bu noktada devletin müdahalesi, ceza uygulamasının düzenlenmesi ve cezanın ölçüsünün belirlenmesi ile sınırlıdır¹⁷.

Bu sebeple Roma hukukunda borç kaynağı olarak kabul edilen bir haksız fiil gerçekleştiren, kişi menfaatini ihlal ederek suç işlemiş olur ve açılan ceza davası sonunda para cezasına mahkûm edilerek yaptırımı maruz bırakılır¹⁸. Para cezası devlete değil zarar görene ödendiği için, ödenen paranın tazminat niteliği olmasa bile¹⁹, aynı zamanda zarar görenin zararını giderme fonksiyonu da bulunmaktadır²⁰. Para cezasına ilişkin borçların mirasçılara geçmemesi, bu borçların konularının kanunla ya da *magistra* tarafından belirlenen miktarda para olması, sorumluluğun cezai sorumlulukta olduğu gibi hukuki kişiliğe değil gerçek kişiliğe bağlı olarak doğması ve iştirak halinde her suçlunun ayrı ayrı sorumlu tutulması, tazminatın cezai niteliğini ortaya koymaktadır²¹. Haksız fiilden ceza davası doğması prensibi değişmemekle beraber, zamanla haksız fiiller için hem ceza hem tazminat davası açılabilmiştir²².

Gaius Institutiones'te belirtildiği²³ ve *Iustinianus Institutiones*'te de aynı şekilde tekrar edildiği²⁴ üzere *ius civile* tarafından tanınan özel suç

15 Zamanla kişisel intikam usulünün yerini tarafların sulh anlaşması yaparak bir miktar para ödenmesine karar vermesi usulü almış, bu uygulamanın yükümlülük haline gelmesiyle suçlardan doğan borçlar ortaya çıkmıştır. (KOSCHAKER/AYİTER, s. 262-263; KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 278.)

16 RADO, Borçlar, s.141, UMUR, Ders Notları, s.390; ERDOĞMUŞ, s.134; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 300.

17 SÖĞÜTLÜ, s. 552-553.

18 TAHİROĞLU, Borçlar, s. 299.

19 KOSCHAKER/AYİTER, s. 260; İPEK, Gasp, s. 25-36.

20 BERKİ, Şakir, "Roma'da Borçların Kaynakları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:3, 1954, s. 378-413, s. 379; DI MARZO, s. 468-469; RADO, Borçlar, s. 142; KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 279.

21 UÇARYILMAZ/EMİROĞLU, s. 842.

22 RADO, Borçlar, s. 142; UMUR, Ders Notları, s. 391; KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 279; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 302; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Rüşvet, s.1186; SÖĞÜTLÜ, s. 395. *Iustinianus* Dönemi'nde ise hem ceza hem de tazminat davası açılmasına yönelik uygulamanın bulunmadığı, iki işleve de sahip olan karma davaların açıldığı görülmektedir. (SÖĞÜTLÜ, s. 554.)

23 Gai. I.3.182.: "*Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit...*"

niteliğindeki haksız fiiller hırsızlık (*furtum*), gasp (*rapina*), mala verilen zarar (*damnum iniuria datum*) ve kişiliğe verilen zarar (*iniuria*) olmak üzere dört tanedir²⁵. *Praetor*'un tanıdığı hukuki imkânlarla aldatma (*dolus*), korkutma (*metus*) ve alacaklılardan mal kaçırma fiilleri de haksız fiil türleri içinde kabul edilmeye başlanmıştır²⁶. *Ius civile*'nin kapsamının bu şekilde genişletilmesine rağmen, *Iustinianus* Dönemi'nde bile Klasik Hukuk Dönemi'nin haksız fiil tiplerine yönelik yaklaşımı ve bazı haksız fiillerin tek tek düzenlenmesi uygulaması devam etmiştir²⁷.

C. Kamu Suçları

Roma hukukunun ilk zamanlarında devlet, toplumun zarar gördüğü düşüncesiyle suçları cezalandırmakla ilgilenmiş²⁸ ve böylece belirli sayıda suç, dinsel kurallardan yararlanılarak²⁹ kamu suçu olarak kabul edilmiştir. İlk zamanlarda kamu suçları sadece vatana ihanet, düşmanla iş birliği yapmak, devlet başkanına suikast ve aile babasının öldürülmesi olarak belirlenmiştir³⁰. Tanrılara karşı geldiği gerekçesiyle, tanrıların

Gai. I.3.182.: “Şimdi haksız fiilden doğan borçlara geçelim, mesela bir kimsenin hırsızlık (*furtum*) yapması, mal gasp etmesi (*rapina*), mala zarar vermesi veya kişiliğe tecavüz (*iniuria*) etmesi gibi...” (RADO, Türkan, Gaius Institutiones, İstanbul, 1953, s. 77.)

²⁴ I. 4.1.pr.: “Cum expositum sit superiore libro de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio dispiciamus. sed illae quidem, ut suo loco tradidimus, in quattuor genera dividuntur: hae vero unius generis sunt, nam omnes ex re nascuntur, id est ex ipso maleficio, veluti ex furto aut rapina aut damno aut iniuria.”

I. 4.1.pr.: “Sözleşmelerden ve sözleşme benzerlerinden doğan borçlardan önceki kitabımızda bahsettikten sonra, haksız fiillerden doğan borçları açıklayalım. Yerinde söylemiş olduğumuz gibi öncekiler dört türe ayrılmaktadırlar: bunlar ise bir tek türdür, hepsi şeyden (*re*), yani bizzat o haksız fiilden, *furtum* (hırsızlık ve güveni kötüye kullanma), *rapina* (gasp), *damnum* (mala verilen zarar) ve *iniuria*'dan (kişiliğe tecavüz) meydana gelirler.” (UMUR, Ziya, Iustinianus Institutiones, İstanbul, 1968, s. 289.)

²⁵ DI MARZO, s.468; RADO, Borçlar, s.146; UMUR, Ders Notları, s. 391; ERDOĞMUŞ, s. 135; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 303; TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s. 26.

²⁶ RADO, Borçlar, s. 146; ERDOĞMUŞ, s. 135; TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s. 34.

²⁷ AKINCI, Şahin, Roma Borçlar Hukuku, Konya, 2016, s. 195.

²⁸ KOSCHAKER/AYİTER, s. 22.

²⁹ SÖĞÜTLÜ, s. 549.

³⁰ UMUR, Ders Notları, s. 390; KARADENİZ ÇELEBİCAN, s. 276. On İki Levha Kanunu ile bunlardan başka büyücülük ile zarar verme (Levha 8.1.a, 8.8.), yalan yere tanıklık (Levha 8.23.), kundakçılık (Levha 8.9., 8.10.), gece toplantıları (Levha 8.26.), hâkime rüşvet verme (Levha 9.3.) fiilleri kamu suçu olarak kabul edilmiştir. Dini ge-

hiddetinden toplumu korumak amacıyla, suç kabul edilen bu fiilleri gerçekleştiren kişiler devlet tarafından cezalandırılmıştır³¹.

Krallık Dönemi'nde kralın iradesi ile belirlenen³² ve devlet tarafından takip edilip cezalandırılan kamu suçlarının sayısı, örf ve âdetlerin hukuk üzerindeki etkilerinin azalması³³, devlet teşkilatının kuvvetlenmesi ve iktidar alanının genişlemesine bağlı olarak zamanla artmıştır³⁴. Böylece dini yönü öncelikli olan suç niteliğindeki fiillerin kapsamı, siyasetin etkileriyle değişmiştir³⁵. Kişisel intikam usulünün de cezalandırma yöntemi olarak yetersiz kalmasıyla devletin re'sen ceza yargılamasını yürütmesi ve yaptırım uygulaması, kamu düzeninin sağlanması ve hukuk düzeninin devamlılığı için gerekli olmuştur³⁶. Bu gelişmenin sonucu olarak kamu suçlarının hem devlet hem de Roma toplumuna mensup

rekçelerle bu suçlar için çoğunlukla ölüm cezası verildiği görülmektedir. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında kamu suçlarının, aynı şekilde sınırlı sayıda kabul edilmelerine rağmen sayılarının arttığı görülmektedir. Bu dönemde para cezası ile cezalandırılan zar atma, seçim rüşveti gibi yeni suç tipleri ortaya çıkmıştır. İmparatorluk Dönemi'nde de devam eden gelişim sonucunda, suç kabul edilen fiillerin sayısındaki artış, sosyal hayatın ceza hukuku kurallarıyla donatılmasını sağlamıştır. (SCHWARZ, s. 96; WILINSKI, s. 332-333, 335; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Rüşvet, s. 1182-1183.) Suç işleyenin öldürülmesi şeklinde ağır yaptırıma bağlanan suç tiplerinin, insan onuruyla bağdaşmayan cezaların sayısının az ve sınırlı olması, bireylerin menfaatinin ihlali durumunda benzer yaptırımların istisnalar dışında kabul edilmemiş olması, en basit ifadesiyle insancılık ilkesi anlamına gelen *humanitas*'ın ceza hukuku üzerindeki etkisinin sonuçları olarak kabul edilmiştir. Bu etki, ölüm cezasının daha çok suç tipi için uygulanmaya başlanması sebebiyle İmparatorluk Dönemi'nde azalmıştır. (SCHULZ, Fritz, Principles of Roman Law, Oxford, 1936, s. 202-203, ayrıca ilgili bölümün Türkçe çevirisi için bkz.: SCHULZ, Fritz, "Humanitas", Çev.: Diler Tamer Güven, Argumentum, Cilt: 3, Sayı: 30, 1993, s. 516-516; TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s. 149-150.)

³¹ SÖĞÜTLÜ, s. 549; GÜRTEN, Crimen, s. 6. Ayrıca Roma hukukunda kural, kamu otoritesine karşı olan fiillerin cezalandırılması olmuş, sözler ve niyet İmparator *Augustus* Dönemi gibi istisnai bazı dönemler dışında cezalandırılmadığından ifade, inanç ve konuşma özgürlüğü gelişmiştir. (TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s. 37-38.)

³² WILINSKI, s. 330.

³³ KARAKOCALI, Hâkim, s. 46.

³⁴ BERKİ, s. 378; İPEK, Gasp, s. 24.

³⁵ SOMER, Pervin, "Roma İmparatorluğunda Seçim Yolsuzlukları ve *Ambitus*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Cilt: 23, Sayı: 3, 2017, s. 34.

³⁶ UÇARYILMAZ/EMİROĞLU, s. 844.

herhangi biri tarafından takip edilmesi mümkün olmuştur³⁷. Bu sayede zarar görenin ceza davası açma imkânı mevcut olmakla beraber, günümüz Türk hukukundakine benzer şekilde bazı suçları devletin takip etmesi uygulaması da yaygınlaşmıştır³⁸.

Bu suçlar sosyal düzeni bozdukları³⁹, hâkim sınıfın menfaatlerini⁴⁰, kamu yararını ve kamu barışını zedeledikleri gerekçesiyle devlet tarafından takip edilmiş ve suçları işleyenler devlet tarafından cezalandırılmıştır⁴¹. Dolayısıyla ceza hukukunun gelişimi bakımından ceza yargılamasına ilişkin ilkelerin ve usullerin gelişimi de büyük önem taşımıştır⁴². Ayrıca bu suçlarla kamu menfaati zedelendiğinden, özel suçlara kıyasla kamu suçları daha ağır yaptırımlar uygulanan suçlar olmuşturlardır⁴³.

III. TÜRK HUKUKUNDA ŞANTAJ SUÇU

A. Genel Olarak

Şantaj suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁴⁴ 107. maddesinin birinci fıkrasına göre hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlamak suretiyle, ikinci fıkrasına göre kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunmak suretiyle işlenebilen suç tipi olarak tanımlanmıştır⁴⁵. İlk fıkra düzenlemesine göre hukuka aykırı sonuç, sahip olunan bir

³⁷ TÜRKÖĞLU, Suç ve Ceza, s. 26.

³⁸ RADO, Borçlar, s. 142; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 299; SÖĞÜTLÜ, s. 551.

³⁹ TAHİROĞLU, Borçlar, s. 299.

⁴⁰ WILINSKI, s. 330.

⁴¹ UMUR, Ders Notları, s. 389-390; ERDOĞMUŞ, s. 133-134.

⁴² KARAKOCALI, Ahmet, Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu, Ankara, 2011 (Hâkim), s. 44-45.

⁴³ GÜRTEN, Crimen, s. 7.

⁴⁴ Resmî Gazete Tarih: 12/10/2004 Sayı: 25611

⁴⁵ TCK md. 107: (1) Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek: 29/6/2005 – 5377/14 md.) Kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklan-

hakkın veya yükümlülük altında bulunmanın sağladığı imkândan yararlanılarak elde edilmektedir⁴⁶. İkinci fıkra düzenlemesine göre ise, hukuka aykırı sonuca, şeref veya saygınlığa zarar verileceğine ilişkin kötülük bildirimini ile ulaşılmaktadır ve şantaj suçu bu tanımı ile tehdit suçunun özel görünüm şeklini oluşturur⁴⁷.

Türk hukuku bakımından bu şekilde tanımlanan suç tipi ile korunması amaçlanan hukuki değerlerin ne olduğunun ve suçun unsurları bakımından failin kim olduğunun tespiti de Roma hukuku bakımından yapılacak inceleme için önem taşınmaktadır. Suçun işlenmesi sonucu mağdurun belli bir yönde hareket etmeye zorlanarak iradi hareket özgürlüğünün ihlal edilmesi sebebiyle⁴⁸, kişinin irade serbestisi ve iç hürriyeti ile irade oluşturabilme imkânı, ayrıca ikinci fıkra düzenlemesi bakımından şeref ve saygınlığı, korunan hukuki değer olarak kabul edilmiştir. Suçun maddi bir çıkar elde etmek amacıyla işlenmesi durumunda dolaylı olarak malvarlığı değerlerinin korunması da amaçlanmaktadır⁴⁹.

Suçun birinci fıkrada belirtilen şekli bakımından, kamu görevlileri dışındaki herkes bu suçun faili olabilir⁵⁰. Suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde ise irtikap suçu oluşmaktadır. Suçun ikinci fıkrada düzenlenen şekli fail bakımından özellik göstermediği için herkes tarafından işlenebilir suçtur⁵¹.

Suçun manevi unsuru konusunda birinci fıkra düzenlemesi bakımından öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Suçun gerçekleşip gerçekleşmemesinde faili harekete geçiren amaca önem verilmediği gerekçesiyle genel kastın yeterli olduğu, aksi yönde ise failin belirli bir amaçla hareket etmesi gerektiği için özel kastın arandığı belirtilmektedir. İkinci

nacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunulması halinde de birinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

⁴⁶ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s. 416.

⁴⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s.416; ÖZBEK, Veli Özer/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Korumay/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s. 415.

⁴⁸ İrade serbestisinin gerçekten etkilenmiş olup olmadığı suçun oluşması bakımından önem taşımamaktadır. (TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2019, s. 502.)

⁴⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 416-417; ÖZBEK/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, s. 416.

⁵⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 502.

⁵¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 417; ÖZBEK/BACAKSIZ/DOĞAN/TEPE, s. 417.

fıkra düzenlemesi bakımından ise, failin yarar sağlama amacı sebebiyle özel kast aranmıştır, yarar sağlama amacı bulunmadığında tehdit suçunun varlığı söz konusu olur⁵².

B. Diğer Suç Tiplerinden Farkları

Şantaj suçunun benzer suç tiplerinden farkları, incelenen konu çerçevesinde cebir, tehdit, görevi kötüye kullanma, irtikap ve rüşvet suçları bakımından önem taşımaktadır.

TCK md. 108 düzenlemesine göre bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı fiziki kuvvet kullanılması cebir suçunu oluşturmakta, bu yolla şantaj suçunda olduğu gibi kişinin irade özgürlüğü ihlal edilmektedir. Cebir suçu bakımından fiziki kuvvet kullanılmaktayken, şantaj suçu tehdit yoluyla gerçekleştirilmektedir⁵³. Ayrıca şantaj suçunda cebir suçundan farklı olarak mevcut bir hakkın veya yükümlülüğün kötüye kullanılması yoluyla mağdur bir şeye zorlamakta veya haksız çıkar elde edilmektedir⁵⁴.

Şantaj suçunun, tehdit suçundan farkının tespiti işlenen konu bakımından büyük önem taşımaktadır. TCK md. 106 birinin, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle veya malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit edilmesini suç olarak düzenlemiştir. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere tehdit suçuyla korunan hukuki değer genel nitelikteyken TCK md. 107/2 ile korunan hukuki değer ise özel nitelikte olması; tehdit suçunda fiilin yarar sağlama amacı olmaksızın gerçekleştirilmesi söz konusuyken TCK md. 107/2 düzenlemesine göre failin yarar sağlama amacının aranması; tehdit suçunu doğuran fiiller hukuka aykırıyken şantaj suçunu doğuran fiillerin bir hakkın ya da yükümlülüğün varlığı sebebiyle hukuka uygun olabilmesi iki suç tipi arasındaki temel farklardır. Tehdit suçunda tehdit

⁵² Görüşler hakkında bilgi için bkz.: TANER, Fahri Gökçen: "Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 92, 2011, s. 143-144; BİLGE, Burak: "Şantaj Suçu", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, 2019, s. 147-148.

⁵³ ÖZBEK/BACAŞIZ/DOĞAN/TEPE, s. 415; TANER, s. 149.

⁵⁴ BİLGE, s. 153.

fiilini gerçekleştirmek amaçken şantaj suçunda tehdit fiili araç olarak kullanılmaktadır⁵⁵.

Şantaj suçundan suçun faili bakımından ayrılan görevi kötüye kullanma suçu, irtikap suçu ve rüşvet suçu da konunun incelenmesi bakımından önem taşıyan suç tipleridir. Şantaj suçunun maddi unsurları bu suç tipleri bakımından da gerçekleşmiş olabilir. Bu noktada fark görevi kötüye kullanma, irtikap ve rüşvet alma suçunun faili kamu görevlisi iken, şantaj suçu herkes tarafından işlenebilen suçtur⁵⁶. Suç tiplerinin şantaj suçuyla benzer olduğu nokta ise, tümünün haksız yarar elde etmek amacıyla gerçekleştirilmesidir. Failin, TCK md. 250/1'e göre görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi mecbur hissettirmesi icbar suretiyle irtikap suçunu, TCK md. 257/1'e göre kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da kişilere haksız bir menfaat sağlaması görevi kötüye kullanma suçunu, TCK md. 252/2'ye göre görevinin ifasıyla ilgili bir işi yapması veya yapmaması için, doğrudan veya araçlar vasıtasıyla, kendisine veya göstereceği bir başka kişiye menfaat sağlaması rüşvet alma suçunu doğuracaktır.

IV. ROMA HUKUKUNDA ŞANTAJ FİİLİNİN ÖZEL SUÇ VE KAMU SUÇU NİTELİĞİ

A. Roma Hukukunda Şantaj Fiili

Türk hukukuna ilişkin düzenlemelere bağlı olarak, Roma hukukunda şantaj fiilinin yerini belirlemek öncelikle kavramın kökenine ve tanımına yönelik incelemeyle mümkün olabilir. Şantaj kavramının tarihi konusunda kaynakların azlığı, kavramın ortaya çıkışına ve tanımına ilişkin belirlemenin, bir şeyi zorla ve baskıyla elde etme fiilinin temel alınarak yapılabilmesi sonucunu doğurmuştur. Buna bağlı olarak şantaj, kişinin kötü bir sonuç doğacağı ve zarara uğrayacağı yönünde inandırıcı şekilde tehdit edilerek, bunun önlenmesi için diğer tarafa para vermek zorunda bırakılması şeklinde tanımlanabilir⁵⁷. Bu konuda yapılması

⁵⁵ TANER, s. 147-148; BİLGE, s. 154-155.

⁵⁶ TANER, s. 152.

⁵⁷ HELMHOLZ, R.H., "The Roman Law of Blackmail", The Journal of Legal Studies, Vol: 30, No:1, 2001, s. 35.

amaçlanan tespit, Türk hukukunun şantaj suçuna ilişkin düzenlemelerinin Roma hukukunda mevcut olup olmadığıdır.

Roma hukukunda *leges repetundarum* olarak adlandırılan çok sayıda kanun ile kamu görevlilerinin, görevi kötüye kullanarak baskı ve zorlama ile menfaat elde etmeleri yasaklanmış ve bu fiiller kişilerin cezalandırılması yoluyla yaptırıma bağlanmıştır. Bu şekilde baskı ve zorlama ile elde edilen mallar da geri alınmıştır. Bu noktada zedelenen kamu menfaati sebebiyle her vatandaşın yargılama sürecini başlatması ve ayrıca zedelenen özel menfaati sebebiyle maddi kayba uğrayan zarar görenin zararın giderilmesini talep etmesi mümkün olmuştur⁵⁸. Bu sebeple bu kapsamdaki fiillerin hem kamu suçu niteliği hem de özel suç niteliği ortaya çıkabilir⁵⁹.

Zedelenen menfaatin ve yaptırım türlerinin çeşitliliğine rağmen Roma hukukunun bu konudaki tüm düzenlemeleri, şantaj kavramına dahil edilemeyecektir⁶⁰. Bunun için Türk hukukundaki tanıma da uygun olarak fiili gerçekleştirenin zarar verme konusunda, mevcut hakkını kullandığı veya yükümlülüğünü yerine getirdiği halde olduğu gibi, gücü olması ve bunun haksız yarar elde etmek amacıyla diğer tarafı zorlayarak tehdit yoluyla kullanılması veya şeref ve saygınlığın zedeleneceğine yönelik tehditte bulunulması gerekmektedir.

⁵⁸ HELMHOLZ, s. 36.

⁵⁹ D. 47.13.1.: “*Si simulato praesidis iussu concussio intervenit, ablatum eiusmodi terrore restitui praeses provinciae iubet et delictum coerces.*”

D. 47.13.1.: “Eyalet valisinin sözde talimatına dayanılarak tehdit yoluyla zorlama ve baskı yapma fiili gerçekleştirilmişse, eyalet valisi bu yolla alınan şeyin geri verilmesini sağlayacak ve fiili gerçekleştireni cezalandıracaktır.”

D. 47.13.2.: “*Concussionis iudicium publicum non est: sed si ideo pecuniam quis accipit, quod crimen minatus sit, potest iudicium publicum esse ex senatus consultis, quibus poena legis Corneliae teneri iubentur, qui in accusationem innocentium coierint quive ob accusandum vel non accusandum, denuntiandum vel non denuntiandum testimonium pecuniam acceperit.*”

D. 47.13.2.: “Tehdit yoluyla zorlama ve baskı yapma fiiline ilişkin yargılama süreci, *Lex Cornelia*'nın yargılama sürecini kamusal nitelik taşıyacak şekilde düzenlediği masum kişilerin ihbarı, birine karşı suçlama ileri sürmek tehdidiyle ya da sürmemek amacıyla para alma, yargılama sırasında tanıklık yapmak ya da yapmamak karşılığında para alma suçlarını içeren senato kararına göre, kişi birini kendisine karşı suçlama ileri süreceği yönünde tehdit ederek para almadığı sürece kamusal nitelik taşımaz.”

⁶⁰ HELMHOLZ, s. 36.

Şantaj suçunun diğer suç tipleriyle ilişkisi dikkate alınarak benzer tüm fiillerin şantaj kavramı içinde değerlendirilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu sebeple tehdit fiili, yarar sağlama amacı olmaksızın hukuka aykırı dayanak ile gerçekleştiriliyorsa şantajın varlığından söz edilemeyecektir.

Roma hukukuna göre, kişilerin hukuka uygun olarak gerçekleştirebilecekleri fiilleri yapmak veya yapmamak yönünde diğer tarafta baskı oluşturarak menfaat elde etmeleri de kamu görevlisinin menfaat elde etmediği sürece görevinin gereğini yerine getireceği veya getirmeyeceği konusunda diğer tarafı tehdit etmesi de hukuka aykırı kabul edilmiştir. Bununla birlikte şantaj, bu düzenlemelerin varlığı sebebiyle ihtiyaç duyulmadığından, Roma hukukunda ayrıca ve özellikle tek bir suç tipi olarak düzenlenmiş değildir⁶¹. Şantaj fiili, şeref ve saygınlığı ihlal eden tehdit ile gerçekleştirildiğinde veya kişinin özel menfaatini ve irade özgürlüğünü ihlal ettiğinde özel suç niteliği taşıyacaktır. Buna rağmen fiil, kamusal yetkinin kötüye kullanılması suretiyle kamu menfaatini zedeleyecek şekilde gerçekleştirildiğinde kamu suçu niteliğinde olacaktır.

B. Özel Suç Niteliği

1. Kişiliğe Verilen Zarar (*Iniuria*)

Haksız yarar sağlamak amacıyla bireyin özel menfaati zedelene-yorsa *iniuria* olarak adlandırılan fiilin varlığı, bazı durumlarda şantaj fiilinin de varlığını gösterebilmektedir⁶². Bir kişinin başka biri aleyhine yaptığı haksız ve yolsuz fiilleri ifade eden *iniuria*⁶³, bu niteliği ile uygulama alanı başkasının hakkına zarar veren tüm fiilleri içerecek şekilde

⁶¹ HELMHOLZ, s. 37.

⁶² On İki Levha Kanunu'nda vücut bütünlüğünü ihlal eden fiillerle sınırlı olarak korunan kişilik, *praetor*'un yeni *iniuria* türlerini kabul etmesiyle başka gerekçelerle de korunmaya başlanmıştır. Hakaret ederek, kişinin şeref ve saygınlığını ihlal ederek, kişinin aile evlatlarına yönelik benzer hareketlerle veya efendinin onuru kırmak amacıyla kölelerine yönelik kötü muamelelerle kişiliğini zedeleyerek zarar verileceği kabul edilmiş, bu fiiller *iniuria* kapsamına alınmıştır. Hatta kamu hizmetine özgülenmiş şeyden faydalanmaya engel olma fiili de aynı kapsamda kabul edilmiştir. (DI MARZO, s. 479-480.) Böylece söz, yazı veya davranışla kişinin yaşam alanını tehdit eden tüm fiiller *iniuria* kapsamına alınmıştır. (SÖĞÜTLÜ, s. 590.)

⁶³ D.47.10.1.pr.: "*Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur...*"

D.47.10.1.pr.: "Hukuka aykırı olarak yapılan her şeye *iniuria* denir, zira hukuka aykırı olarak yapılan şey *iniuria* yani haksız olarak yapılmış demektir." (SÖĞÜTLÜ, s. 546.) *Iniuria* kelimesi haksızlık anlamına gelmektedir. (UMUR, Ders Notları, s. 395.)

geniş olan⁶⁴, aynı zamanda diğer ceza davalarının açılmadığı hallerde tamamlayıcı niteliği olan özel suçtur⁶⁵. Roma hukukunda şantaj fiilinin ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmemesinin yarattığı boşluk, *iniuria*'ya ilişkin hükümlerle doldurulmuştur. *Iniuria*'nın geniş kapsamı ve uygulanması sebebiyle şantaj fiilinden zarar görenler için hukuki koruma sağlanmış, fiilin ayrıca bir suç tipi olarak düzenlenmesine ihtiyaç duyulmamıştır⁶⁶.

On İki Levha Kanunu'nda yer alacak şekilde⁶⁷ Roma hukukunun ilk zamanlarından itibaren hukuka aykırı olarak kişiliğe yapılan saldırıları ifade etmek için kabul edilen *iniuria*⁶⁸, ilk zamanlar sadece bedensel bütünlüğe verilen hafif zararlar bakımından tanımlanmıştır⁶⁹. Daha sonra bir uzvun koparılması ve kemiğin kırılması şeklinde gerçekleştirilen ağır yaralama fiilleri de bu kapsamda kabul edilmeye başlanmıştır. Bu niteliği ile kavramın maddi şiddet ile gerçekleştirilen, bedene yönelik hukuka aykırı saldırıları ifade ettiği kabul edilir⁷⁰. Bunun sonucunda ağır yaralamalar için kişisel intikam duygusunu tatmin etmeye yönelik kısas uygulaması kabul edilmiş, hafif ve iz bırakmayan yaralamalar için kısas yerine para cezası uygulanmıştır⁷¹.

Şantaj fiili ile bağlantı kurulabilmesi için önem taşıyan kişiliğe verilen zarar kavramı ise, *iniuria*'nın kapsamına dahil olan bedensel bütünlüğe yönelik saldırılardan değil, *iniuria verbalis* olarak adlandırılan ve *praetor* faaliyetleri sonucunda gelişen kavramlarla ortaya çıkan⁷², kişinin şeref ve saygınlığı gibi kişilik haklarına ve manevi kişiliğine yönelik söz-

⁶⁴ DI MARZO, s. 97.

⁶⁵ HONIG, Richard, Roma Hukuku, İstanbul, 1938, s. 288.

⁶⁶ HELMHOLZ, s. 37-38.

⁶⁷ Levha 8.2., 8.3., 8.4.

⁶⁸ GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ, Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria), Ankara, 2014, s. 44.

⁶⁹ AKINCI, s. 207; TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s. 32.

⁷⁰ RADO, Borçlar, s.153; UMUR, Ders Notları, s. 395; TAHİROĞLU, Bülent, Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul, 1969 (Iniuria), s. 17-19.

⁷¹ TAHİROĞLU, Iniuria, s. 23, 37.

⁷² SÖĞÜTLÜ, s. 586.

lü saldırılardan doğmaktadır⁷³. Bu niteliği ile kavram, geniş anlamda kişiliğe yönelik hukuka aykırı fiilleri ifade etmek için kullanılmıştır⁷⁴.

Ayrıca kişilerin haklarını kullanmasını engelleyici bütün fiiller *iniuria* kapsamındadır⁷⁵. Dolayısıyla kişiyi haksız yarar sağlamak amacıyla bir şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlayacak şekilde kişilik hakları ihlaliyle ya da kişinin şeref ve saygınlığına yönelik tehditle şantaj fiilinin gerçekleştirilmesi, *iniuria* kapsamında kabul edilebilir⁷⁶. Kişiyi aşağılayacak, küçük düşürecek, onurunu zedeleyecek, sırlarını açıklayarak şeref ve saygınlığına zarar verecek hareketlerin⁷⁷ gerçekleştirileceğine yönelik tehditle haksız yarar elde eden kişi şantaj fiilini gerçekleştirmiş olacak ve *iniuria* sebebiyle sorumlu olacaktır.

Geniş tanımına bağlı olarak *iniuria*'nın varlığı, her durumda şantaj fiilinin gerçekleştirilmiş olduğunu göstermez. Bunun için şantaj suçunu düzenleyen TCK md. 107/2'nin ifadesine uygun olarak şeref ve saygınlığa zarar verecek hususun açıklanacağı veya böyle bir husus olmasa bile isnat edileceği tehdidi oluşmalıdır. Örnek olarak kişinin borçlarını ödemeyen biri olduğu bilgisinin yayılarak şeref ve saygınlığına zarar verileceği tehdidinde, kişi gerçekten böyle biri olsa da olmasa da toplumdaki saygınlığını yitirmesi, kurmuş olduğu ya da kuracağı borç ilişkilerinin zedelenmesi, dolayısıyla her durumda zarar görmesi mümkündür⁷⁸. Bu durumda kişinin zarar göreceği yönünde tehdit edilmiş olması sebebiyle şantaj fiilinin gerçekleştirildiği kabul edilebilir. Burada gerçekleştirilen fiilin kesin olarak zarar doğuracak nitelikte olması koşulu aranmakta, örneğin toplum tarafından şerefli ve saygın olarak görülmemen birinin şeref ve saygınlığına zarar vermek mümkün olmayacağından şantaj fiiline maruz kalamayacağı kabul edilmektedir⁷⁹. Buna karşın kişinin borçlarını ödemeyen biri olduğu bilgisi doğruysa ve bu bilgi hukuka uygun

⁷³ TAHİROĞLU, *Iniuria*, s. 114-118; GÜNEŞ PESCHKE, s. 49.

⁷⁴ TAHİROĞLU, *Iniuria*, s. 11.

⁷⁵ TAHİROĞLU, *Borçlar*, s. 320-321.

⁷⁶ *Iniuria* kavramının kapsamının genişletilmesinin sebeplerinden biri, yerleşmiş örf ve âdet uygulamalarında bozulmaların gerçekleşmesidir. Tehdit, görevi kötüye kullanma, buna bağlı olarak şantaj gibi uygulamaların yaygınlaşması bu bozulmalardan biridir. (TAHİROĞLU, *Iniuria*, s. 118-121.) Dolayısıyla uygulamanın genişletilmesinin sebeplerinden birinin, bu fiilleri önleme amacı olduğu düşünülebilir.

⁷⁷ GÜNEŞ PESCHKE, s. 85, 88.

⁷⁸ HELMHOLZ, s. 38.

⁷⁹ HELMHOLZ, s. 40.

şekilde veya kamu menfaatini korumak amacıyla, bir hakkın kullanılması ya da yükümlülüğün yerine getirilmesi suretiyle açıklanıyorsa⁸⁰ hakkın ya da yükümlülüğün sağladığı imkândan faydalanarak zarar verme amacı olmadığı için⁸¹ şantaj fiilinin gerçekleştiği söylenemez. Bu noktada uygulamanın TCK md. 107/1 düzenlemesi ile de bağlantısı ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu hak ve yetkilerin hukuka aykırı şekilde zarar verme amacıyla kullanılması şantaj fiilinin mevcut olduğunu gösterebilir.

Bu konuya ilişkin bir diğer örnek, insanların kendisinden öğrenmesine ve uzaklaşmasına sebep olacak hastalığının açıklanacağı ve bu suretle kişinin şeref ve saygınlığına zarar verileceği yönünde tehdit edilmesi durumunda diğer unsurları da mevcutsa şantaj fiilinin gerçekleştiği kabul edilebilir. Buna rağmen söz konusu hastalık bulaşıcı nitelikteyse ve kamu sağlığını tehlikeye atıyorsa, kamu menfaatinin bulunması sebebiyle bu bilginin açıklanması hukuka uygundur⁸².

Iniuria'nın varlığının şantaj fiilinin gerçekleşmiş olduğunu göstermesi için aranması gereken bir diğer unsur, zarar verme amacıyla bağlantılı olarak fiili gerçekleştirenin haksız yarar sağlama amacının varlığıdır. Mevcut bir hakkın veya yükümlülüğün sağladığı imkândan faydalanılarak kişinin irade özgürlüğünün ya da şeref ve saygınlığına zarar verileceği yönünde tehdit edilerek kişilik haklarının ihlalini gerçekleştiren kişi, bu fiili ile haksız yarar elde etmeyi amaçlamalıdır. Aksi durumda hukuka aykırı davranışın *iniuria* olduğu söylenebilirken şantaj fiili niteliğinde olduğu söylenemez.

Iniuria kapsamına girecek şekilde gerçekleşen saldırılarda zarar görene, On İki Levha Kanunu ile *iniuria* davaları açma hakkı tanınmış, bu davalar daha sonra *praetor*'un geliştirdiği ve zararın doğmasından itibaren bir yıl içinde açılması gereken *actio iniuriarum* şeklinde tek bir dava olarak kabul edilmiştir⁸³. Böylece sabit para cezaları yerine, her davada zarara göre belirlenen takdiri para cezalarına hükmedilmiş ve suçun ağırlığı sebebiyle karar tek hâkim önünde değil, hâkimler heyeti

⁸⁰ HELMHOLZ, s. 39-40.

⁸¹ GÜNEŞ PESCHKE, s. 103-104.

⁸² HELMHOLZ, s. 40-41.

⁸³ UMUR, Ziya, Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983 (Lügat), s. 8; TAHİROĞLU, Iniuria, s. 160.

önünde verilmiştir⁸⁴. Bununla birlikte, *iniuria*'nın kapsamı genişlediğinden, *praetor*'un tanıdığı dava ile bedensel bütünlüğe verilen zararlar dışındaki zararlar için de talepte bulunmak mümkün olmuştur⁸⁵.

Ceza davası niteliği sebebiyle davayı zarar gören kişi açabilmektedir ve zedelenen değer kişilik hakları olduğundan istisnalar dışında mirasçılardan dava açma hakkı bulunmamaktadır⁸⁶. Ayrıca bu saldırılar sebebiyle mahkûm olan kişinin *infamis* (şerefsiz) olacağı da kabul edilmiştir⁸⁷.

İlk İmparatorluk Dönemi'nde kişilik hakları ve şeref kavramının gelişmesiyle uygulama alanı daha da genişletilen *iniuria*, bu dönemde kamu suçu niteliği de kazanmıştır⁸⁸. *Iustinianus* Dönemi'nde hukuka aykırı hareketlerin, hâkim tarafından haksız karar verilmesinin, kişinin onuruna yönelik hakaret içeren fiillerin *iniuria* kapsamında olduğu belirtilmektedir⁸⁹.

2. Korkutma (*Metus*)

Kişinin, bir hakkın veya yükümlülüğün gereği olan şeyin yapılacağı ya da yapılmayacağı veya şeref ve saygınlığına zarar verecek hususların açıklanacağı şeklinde tehdit edilmesi yoluyla *praetor*'un tanıdığı özel suçlardan olan *metus*, yani korkutma fiilinin⁹⁰ gerçekleştirildiği durumlarda unsurları bulunduğu sürece şantaj fiilinin de gerçekleştirildiğini kabul etmek mümkün olabilir. Kişinin hukuka aykırı şekilde zorlanması sonucu zihninde kötülüğe veya tehlikeye maruz kalacağı kanaatinin oluşması ile iradesinin ortaya çıkması, *metus*'un varlığını göster-

⁸⁴ RADO, Borçlar, s. 154; ERDOĞMUŞ, s. 144; TAHİROĞLU, Iniuria, s. 163; GÜNEŞ PESCHKE, s. 100-101.

⁸⁵ TAHİROĞLU, s. 161-162; GÜNEŞ PESCHKE, s. 105.

⁸⁶ RADO, Borçlar, s. 154; TAHİROĞLU, Iniuria, s. 176.

⁸⁷ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Ankara, 2008 (Infamia), s. 174.

⁸⁸ TAHİROĞLU, Iniuria, s. 231, 234-235; SÖĞÜTLÜ, s. 591.

⁸⁹ GÜNEŞ PESCHKE, s. 42-43.

⁹⁰ *Metus*'un, iradenin sakatlanması bakımından *ius civile* tarafından dikkate alınmamasının sonucu olarak korkutma sebebiyle yapılan hukuki işlemler geçerli kabul edilmiş, *praetor* hukukunun tanıdığı imkânlarla uygulama değişmiştir. (UMUR, Lügat, s. 136.)

mektedir⁹¹. Roma hukukunda *metus*'un, zarar görene ceza davası niteliğindeki korkutma davası açma imkânı tanınması sebebiyle özel suç niteliği de bulunmaktadır. Bu sebeple kişiyi, yapmayacağı fiili ya da hukuki işlemi korku yaratarak haksız ve yolsuz şekilde yapmaya itmek anlamına gelen *metus*'a, tamamlayıcı niteliği sebebiyle açılacak başka bir dava hakkının bulunmadığı durumlarda başvurulabilecektir⁹².

Şantaj suçu ile *metus* arasındaki bağlantının anlaşılabilmesi için öncelikle *metus* kurumunun hukuki düzenlemelerde yer almasına duyulan ihtiyacın sebeplerini belirlemek önemlidir. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında *metus*'a ilişkin düzenlemelerin ortaya çıkması, dönemin toplumsal ve siyasal karışıklarla geçmesinin sonuçlarından biridir⁹³. Korku yaratarak haksız ve yolsuz sonuçlar elde etmek ve zor kullanmak, bu dönemde sıklıkla başvuru yöntemlerinden olmuştur⁹⁴. Toplumun ve hukuk sisteminin gelişmesine bağlı olarak, dönemin sonlarında zorla ve korkunun etkisiyle gerçekleştirilen hukuki işlemleri yaptırma bağlama fikri yerleşmeye başlamıştır⁹⁵. Kamu görevlilerinin de başvurduğu hukuka aykırı bu yöntemler kamu menfaatinin zedelenmesi durumunda kamu suçu oluştururken, diğer kişilerin benzer davranışları sonucunda zarara uğrayanların zararlarının giderilmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu noktada *metus*'un, politik menfaatlerle kamu görevlileri tarafından başvuru yöntemlerinden biri olması⁹⁶, kurumun düzenlenmesine duyulan ihtiyacın göstergelerindedir.

Bu şekilde malvarlıklarını vermeleri, verecekleri taahhüdünde bulunmaları, malvarlıkları üzerindeki haklardan ve miras haklarından feragat etmeleri gibi konularda baskıya maruz kalarak, özel olarak korunma ihtiyacı ortaya çıkan kişilerin çeşitli hukuki yollarla korunması sağlanmıştır ve bu hukuki yollardan biri *praetor*'lar tarafından geliştiril-

⁹¹ İPEK, Nurcan, "Roma Hukukunda Korkutma (Metus)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Cilt: 23, Sayı: 3, 2017 (Korkutma), s. 102.

⁹² HONIG, s. 289.

⁹³ KARAKOCALI, Ahmet, Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), Ankara, 2016 (Korkutma), s. 37-38.

⁹⁴ İPEK, Korkutma, s. 110.

⁹⁵ GLOVER, Graham, "Metus in the Roman Law of Obligations", Fundamina: A Journal of Legal History, Sayı:10, 2004, s. 35.

⁹⁶ ZIMMERMANN, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, 1992, s. 655-656.

len *metus* olmuştur⁹⁷. *Metus*'a ilişkin talep haklarının ve dava usulünün ortaya çıkışı ile eyaletlerde işlenen kamu suçları olan *crimen repetundarum*'u⁹⁸ yargılayan ceza mahkemelerinin gelişimi de ilişkilendirilmektedir⁹⁹.

Kişide veya kişinin yakınlarında ciddi anlamda korku, endişe ve kaygı oluşturularak¹⁰⁰ bu kişilerin canlarına, özgürlüklerine, şereflerine, namuslarına yönelik manevi şiddet gösterilmesi¹⁰¹ suretiyle yapmak istemedikleri bir hukuki işlemi yapmaya zorlanmaları¹⁰² durumunda, korkutma olarak tanımlanan özel suç niteliği ortaya çıkacaktır. Bu şekilde kişi yapmış olduğu işlemi kendi isteği ile yapmıştır ve dolayısıyla işlemi gerçekleştirmeye yönelik rızası vardır¹⁰³; fakat işlemi yapmayı istemeye manevi baskı ile korkutularak mecbur bırakılmıştır¹⁰⁴. Bu sebeple rızanın varlığı kabul edilmesine rağmen, rıza gösterenin zarar görmemek amacıyla işlemi yapması sebebiyle özgür iradesinin kırıldığı belirtilmektedir¹⁰⁵. Bu şekilde korkutma, şantaj fiilinin gerçekleştirilmesi suretiyle de ortaya çıkabilir¹⁰⁶.

Metus'un hangi durumlarda şantaj fiilinin gerçekleştirilmesi suretiyle ortaya çıktığının tespiti için iki kurumun unsurlarının kıyaslanması gerekmektedir. Şantaj suçunu düzenleyen TCK md. 107/1 düzenlemesine göre korunan hukuki değer kişinin irade özgürlüğü olması, *metus* bakımından da önem taşır. *Metus* sonucunda da kişi kendi iradesi ile belirli bir şey yapmaya yönlendirilmektedir¹⁰⁷. Burada da irade, kişinin korkutulması yoluyla sakatlanmaktadır ve kişi kendisinden istenen şeyi

⁹⁷ KARAKOCALI, Korkutma, s. 39.

⁹⁸ Konuya ilişkin bilgi için bkz.: IV/C. Kamu Suçu Niteliği bölümü

⁹⁹ KARAKOCALI, Korkutma, s.42; İPEK, Korkutma, s.115; ÖNCÜL, Ayşe, *Metus Kavramı ve Kurumlarının İncelenmesi*, İstanbul, 2018, s. 14.

¹⁰⁰ Korku, endişe ve kaygı oluşturan durumlara örnek olarak, *Digesta* metinlerinden anlaşıldığı üzere statü ve özgürlüğün kaybı, ölüm, hapis cezası alma, cinsel saldırıya uğrama verilebilir. (KARAKOCALI, Korkutma, s. 72-73.)

¹⁰¹ UMUR, Lügat, s. 136.

¹⁰² RADO, Borçlar, s. 156; UMUR, Ders Notları, s. 208-209; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 328; SÖĞÜTLÜ, s. 594-595.

¹⁰³ KARAKOCALI, Korkutma, s. 27.

¹⁰⁴ ZIMMERMANN, s. 654; GÜRTEN, Crimen, s.71; ÖNCÜL, s. 5.

¹⁰⁵ KARAKOCALI, Korkutma, s. 28-29.

¹⁰⁶ UMUR, Ders Notları, s. 208.

¹⁰⁷ ÖNCÜL, s. 94.

yapmadığı sürece zarara uğrayacağı korkusu yaşamaktadır. Bu korku, TCK md. 107/1'de düzenlendiği üzere bir hakkın kullanılacağı ya da yükümlüğün yerine getirileceği gerekçesiyle yaratılabileceği gibi, *metus* ile korunan şeref, namus gibi hukuki değerlere yönelik olarak TCK md. 107/2'de düzenlendiği üzere şeref ve saygınlığın zarar göreceği gerekçesiyle de yaratılabilir.

Metus ve şantaj suçu arasındaki bağlantının belirlenebilmesi için bazı *Digesta* metinleri aydınlatıcı olmaktadır:

D.4.2.3.1.: “*Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam quam magistratus recte intulit, scilicet iure licito et iure honoris quem sustinet. Ceterum si per iniuriam quid fecit populi Romani magistratus vel provinciae praeses, Pomponius scribit hoc edictum locum habere: si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.*”

D.4.2.3.1.: “Ancak burada anlaşılması gereken güç kullanımı aşırı şiddettir ve bir *magistra*'nın hukuk çerçevesinde makamının kendisine verdiği gücü uygulaması değil, ahlak kurallarına aykırı olarak kullanılmış bir güç olmalıdır. Bununla birlikte Romalı bir *magistra* ya da bir eyaletin valisi ölüm korkusu yaratarak rüşvet almak gibi hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirdiği zaman, *Pomponius*'un da söylediği üzere *edictum* bu kişi için de geçerli olacaktır.”¹⁰⁸

Bu metne göre hakkın kullanılacağı veya yükümlülüğün yerine getirileceği yönündeki açıklamalar, hukuka aykırı olmadığı sürece *metus*'u doğurmaz. Örneğin kişinin borçluyu kendisine olan borcunu ödemesi sebebiyle borcu ödemeye zorlaması, dava açma hakkını kullanacağını bildirmesi¹⁰⁹ hukuka aykırı manevi baskı ve korkutma değildir. *Metus* için gereken, hakkın hukuka aykırı şekilde kullanılması ve diğer tarafta zarara uğrama korkusu yaratılarak haksız yarar elde etmenin amaçlanmasıdır. Bu unsurlar aynı zamanda şantaj suçunun unsurları olduğundan, korkutmanın bu şekilde şantaj fiilinin gerçekleştirilmesi ile sağlanması da mümkündür. Benzer nitelikte bir örnek şu şekildedir:

D. 4.2.8.1.: “*Si is accipiat pecuniam, qui instrumenta status mei interversurus est nisi dem, non dubitatur quin maximo metu compellat,*

¹⁰⁸ KARAKOCALI, s. 50.

¹⁰⁹ KARAKOCALI, s. 50.

utique si iam in servitutem petor et illis instrumentis perditis liber pronuntiari non possum."

D. 4.2.8.1.: "Bir kişinin eğer kendisine ödeme yapmazsam sivil statümü belirleyen belgelerden mahrum bırakmakla tehdit ederek benden para alması halinde aşırı korku nedeniyle baskı altında olduğuma şüphe yoktur, ne de olsa beni köle statüsüne getirmekle tehdit etmiştir ve bu belgeler olmazsa özgür olduğum beyan edilemez."¹¹⁰

D. 4.2.3.1. metnindeki diğer bir kavram şiddet kavramıdır. Kişiyi olumlu veya olumsuz davranışı yapmadığı takdirde zarar göreceği yönünde tehdit etmek suretiyle kişinin zihninde korku yaratılarak gerçekleştirilen manevi şiddet, Orta Çağ hukukunda geliştirilen *vis compulsiva* kavramı ile ifade edilmektedir. Kişinin iradesi bu şekilde manevi şiddet gösterilerek sakatlandığından *vis compulsiva*, *metus*'un önemli unsurlarındandır¹¹¹. Maddi şiddet ise, fiziksel olarak uygulanan güç ile kişinin iradesi olmaksızın bir şey yapmaya yönlendirilmesine sebep olacağı için *metus*'un unsurlarından değildir. *Metus* bu niteliğiyle, fiziki kuvvet içermeyen şantaj suçunun unsurları ile de uyumludur.

D. 4.2.7.1.: "*Proinde si quis in furto vel adulterio deprehensus vel in alio flagitio vel dedit aliquid vel se obligavit, Pomponius libro vicen-simo octavo recte scribit posse eum ad hoc edictum pertinere: timuit enim vel mortem vel vincula. Quamquam non omnem adulterum liceat occidere, vel furem, nisi se telo defendat: sed potuerunt vel non iure occidi, et ideo iustus fuerit metus. Sed et si, ne prodatur ab eo qui deprehenderit, alienaverit, succurri ei per hoc edictum videtur, quoniam si proditus esset, potuerit ea pati quae diximus."*

D. 4.2.7.1.: "Aynı şekilde hırsızlık ya da zina ediminde ya da herhangi bir diğer utanç verici davranışta bulunurken yakalanan bir kişi herhangi bir şeyi hediye eder ya da bir yükümlülük altına girerse, *Pomponius* haklı olarak, yirmi sekizinci kitabında bu şahsın ölüm ya da hapisten korktuğundan bu hükme başvuru-

¹¹⁰ KARAKOCALI, s. 76.

¹¹¹ GLOVER, s. 48; KARAKOCALI, Korkutma, s. 33; İPEK, Korkutma, s. 106-107; ÖNCÜL, s. 9-11. Hem kamu suçları hem de özel suçlar bakımından şiddet ve kaba kuvveti ifade eden *vis* kavramı, baskı ve şiddete dayalı olarak yapılan tüm fiilleri içerecek şekilde geniş kapsamlıdır. (GÜNDAY, Onur, Cumhuriyet Dönemi Roma Toplumunda Kamu Suçları, Yargılamalar ve Ceza Uygulamaları, Ankara, 2019, s. 64-65.)

rabileceğini yazmaktadır. Kendisini bir silahla savunmadıkça zina yapan birisini ya da bir hırsız öldürmek her zaman kanuna uygun olmasa da bu şahıs kanuna uygun olmayan şekilde yine de öldürülebilir ve bu nedenle korku haklı çıkarılmış olur. Gene bu hükmün altındaki tesellinin, kendisini yakalayan kişi tarafından ele verilmesin diye -çünkü ele verilirse belirttiğimiz cezalara maruz kalabilir- mülkü devreden birine verilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.”¹¹²

Bu metinden anlaşıldığı üzere hırsızlık, zina veya benzer bir suç işleyen kişinin, bu konuda sessiz kalma karşılığında başkasına haksız yarar sağlaması, ceza alacağı ve ayrıca şeref ve saygınlığının zarar göreceği korkusu ile manevi baskı altında olmasına bağlanmıştır. *Metus* ile şantaj suçunun unsurlarının benzediği noktalar buradan da anlaşılmaktadır.

Metus'un gerçekleştirilmesi durumunda zarar görenin malvarlığındaki eksilme giderilmezse¹¹³ ceza davası niteliği olan Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'ndeki adıyla *actio quod metus causa* yani korkutma davası ile¹¹⁴,dava bir yıl içinde açıldıysa zararın dört katına kadar, bir yıldan sonra açıldıysa zarar kadar para cezasına hükmedilmiştir¹¹⁵. Bu dava şerefsizlik sonucunu doğurmamış¹¹⁶, korkutan elde ettiği menfaati üçüncü kişiye devretmişse dava bu kişiye karşı da açılabilmiştir¹¹⁷. Davanın bu şekilde üçüncü kişilere karşı açılabilmesi ve elde edilen menfaat iade edildiğinde artık dava açılmaması *Iustinianus* Dönemi'nde gerçekleştiğinden, bu dönemde davanın ceza davasından ziyade tazminat davası niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸. Ayrıca bu yolla iadeyi gerçek-

¹¹² ÖNCÜL, s. 61.

¹¹³ KARAKOCALI, Korkutma, s. 80-81. Ayrıca açılacak ceza davası bulunması durumunda ceza davası ile korkutma davası yarışmakta, iade korkutma davasının sonucuna göre gerçekleşmiş olsa da suçu işleyen ceza davası ile de yaptırma maruz bırakılmaktadır. (İPEK, Korkutma, s. 176-177.)

¹¹⁴ İPEK, Korkutma, s. 131.

¹¹⁵ Bunun dışında korkutma sebebiyle borç ilişkisi kurulması durumunda, eski hale iade ve korkutma def'i imkânlarıyla zarar görenin farklı hukuki yollarla korunması da sağlanmıştır. (RADO, Borçlar, s. 156-157; TAHİROĞLU, Borçlar, s. 329.)

¹¹⁶ İPEK, Korkutma, s. 139-140.

¹¹⁷ KASER, Max, Roman Private Law, Çev.: Rolf Dannenbring, Pretoria, 1984, s.59; UMUR, Ders Notları, s. 208.

¹¹⁸ RADO, Borçlar, s. 156-157; GLOVER, s. 41; İPEK, Korkutma, s. 135; ÖNCÜL, s. 103-104.

leştiren kamu görevlileri, *crimen repetundarum*'un sonuçlarından korunmuştur¹¹⁹. Eğer *metus*, şantaj fiilinin gerçekleştirilmesiyle ortaya çıkmışsa, bu yollarla şantaj fiili de yaptırıma bağlanmış olacaktır.

C. Kamu Suçu Niteliği

Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren Roma Devleti'nin büyüklüğü ve kamu hukuku alanında yaşanan gelişmeler, Romalıların insanlığa ve insan haklarına yönelik yaklaşımlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, yönetenler ile yönetilenler bakımından hukuka uygun olan ve aynı zamanda keyfi uygulamalardan, şiddetten, haksız menfaat elde etmekten uzak davranışlar göstermek önem kazanmıştır. Ahlaki yapıdaki bozulmanın sonucu olarak yolsuzluğun olağan hale gelmesi¹²⁰, kamu menfaatini ve anayasal düzeni bozduğu ölçüde mücadele edilmesi gereken sorun olarak kabul edilmiştir. Özellikle eyaletlerde yaşayanların, denetimden uzak olan kamu görevlilerinin yozlaşmaya bağlı olarak artan ve bir yaşam biçimi haline gelen görevi kötüye kullanma fiilleri sebebiyle zarara uğradığı görülmektedir¹²¹. Bu yönde gerçekleştirilen fiillerin artması sebebiyle konuya ilişkin hukuki düzenlemelere yer verme ihtiyacı doğmuş, *leges repetundarum* adıyla temelde rüşveti engellemeyi amaçlayan kanunlar çıkarılmıştır¹²².

Bu kanunların çokluğu ve kapsamaları sorunun büyüklüğünü göstermektedir. Buna rağmen kanunlar, merkezden uzak eyaletlere gönderilen kamu görevlileri bakımından tek başlarına sorunun tamamen ortadan kalkmasını sağlamamışlardır¹²³. Düzenlemelerden yararlanan suç mağdurlarının içinde, suçu işleyenler gibi nüfuz sahibi kamu görevlilerinin bulunması, düzenlemelerin rakiplere karşı politik anlamda rekabet

¹¹⁹ KASER, s. 59. *Crimen repetundarum* kavramı ile ilgili bilgi için bkz.: IV/C. Kamu Suçu Niteliği bölümü

¹²⁰ SOMER, s. 38-42.

¹²¹ ZIMMERMANN, s. 651-652; GLOVER, s. 36.

¹²² SHERWIN-WHITE, A.N., "The Lex Repetundarum and the Political Ideas of Gaius Gracchus", *The Journal of Roman Studies*, Vol: 72, 1982, s. 20; RICHARDSON, J.S., "The Purpose of the Lex Calpurnia de Repetundis", *The Journal of Roman Studies*, Vol: 77, 1987, s. 1-2; TÜRKOĞLU, Halide Gökçe, "Roma Hukukunda Humanitas ile Maiestas Populi Romani Arasındaki Bağlantı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 96, 2011, (Humanitas), s. 248. Roma hukukuna göre, Romalı kamu görevlisinin Roma'da yaşayan herhangi bir kişiden ya da Roma Devleti dışındaki herhangi bir tüzel kişiden hukuka aykırı olarak elde ettiği maddi menfaat rüşvet olarak kabul edilmektedir. (SOMER, s. 43.)

¹²³ ZIMMERMANN, s. 652.

etmek amacıyla kullanıldığını göstermektedir¹²⁴. Bu politik amacın kanunların yapılış amacı olarak kabul edilmesi doğru bir değerlendirme olmamasına rağmen¹²⁵, kanunların toplumsal yozlaşmayı önleme ve ortadan kaldırma fonksiyonuna engel olduğu düşünülebilir.

Repetundae kavramı, *magistra*'ların yetkilerini kötüye kullanarak zorla edindikleri ve kendilerinden geri alınabilen para ve malları ifade etmektedir¹²⁶. *Crimen repetundarum* olarak adlandırılan suçlar ise, hukuka aykırı şekilde para ve mal alınması amacıyla gerçekleştirilen¹²⁷ haraç kesme, hile yapma, rüşvet alma, irtikap ve şantaj fiillerini kapsayan suç tipi olarak kabul edilmiş ve kamu suçları içinde değerlendirilerek¹²⁸ devlete karşı işlenen suçlar arasında yer almıştır. M.Ö. 59 tarihinden itibaren kamu idaresine karşı işlenen bütün suçlar bu kapsamda kabul edilmiştir¹²⁹. Bu suçların işlenmesi tehditle mal ve para alınması suretiyle gerçekleştirilmekte, yapılan düzenlemelerle tehdit altında kalan kişi verdiği mal ve parayı geri isteyebilme imkânına sahip olmaktadır¹³⁰. Bununla birlikte kamusal görevin, ihmal sebebiyle hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi de bu kapsamda değerlendirilir. Bu genel niteliğiyle görevi kötüye kullanmak suretiyle elde edilen her türlü haksız yarar *repetundae* olarak kabul edilecektir ve görevi kötüye kullanma suçu kamusal görevin sağladığı nüfuz kullanılarak rüşvet alma, irtikap ve benzeri fiillerin gerçekleştirilmesiyle işlenebilir¹³¹.

Önemli makamlarda bulunanların kararları dürüstçe ve vicdanlı şekilde vermelerinin¹³² ve görevlerini hukuka uygun şekilde yerine getirmelerinin sağlanması amacıyla bu fiiller, sadece *magistra*'lar, diğer

¹²⁴ SHERWIN-WHITE, s. 71.

¹²⁵ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Rüşvet, s. 1200.

¹²⁶ SMITH, William, Dictionary of Greek and Roman Antiquities, London, 1853, s. 986; BERGER, Adolf, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1953, s. 675; SHERWIN-WHITE, s. 20; UMUR, Lügat, s. 182; ZIMMERMANN, s. 652 dn. 8.

¹²⁷ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe, "Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 4, 2008 (Hâkimin Sorumluluğu), s. 286; ÖZER SARITAŞ, Duygu, Roma Ceza Hukuku'nda Daimî Ceza Mahkemeleri (Quaestiones Perpetuae), Bursa, 2020, s. 12.

¹²⁸ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Rüşvet, s. 1183.

¹²⁹ AYİTER, s. 351.

¹³⁰ GÜNDAY, s. 105.

¹³¹ KAYAK, s. 750, 763-764.

¹³² TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Hâkimin Sorumluluğu, s. 302.

kamu görevlileri ve avukatlar tarafından gerçekleştirildiğinde suç olarak kabul edilmektedir¹³³. Böylece resmi makamlarda bulunanların konularını kişisel menfaat elde etme amacıyla kullanmaları sorumluluklarına sebep olacaktır¹³⁴. Aynı fiilin kamu görevlisi tarafından, kamu menfaati ni korumak amacıyla gerçekleştirmek zorunda olduğu bir fiil olması durumunda görev kötüye kullanılmış olmamakta ve zarar doğmuş olsa bile fiil suç teşkil etmemektedir¹³⁵.

Büyük çoğunlukla maddi menfaat elde etmek amacıyla işlenen¹³⁶ bu suç tipine Cumhuriyet Dönemi'nin başlarında nadiren rastlanmış, dönemin ilerleyen zamanlarında yozlaşmaya bağlı olarak çok sayıda düzenlemeye konu olacak derecede yaygın suç tipine dönüşmüştür¹³⁷. Cumhuriyet Dönemi'ndeki yaygın niteliği, politik sebeplerle İlk İmparatorluk Dönemi'nde kaybolmuş ve düzenlemeler büyük değişikliğe uğramıştır¹³⁸.

Şantaj fiilinin, kamusal yetkinin kötüye kullanılması yoluyla kamusal menfaati ihlal edecek şekilde gerçekleştirildiği durumlarda, kamu suçu niteliği ortaya çıkacak ve bahsedilen yapısı dikkate alındığında *crimen repetundarum* kapsamında kabul edilebilecektir. Şantajın *crimen repetundarum* kapsamında kabul edilebilmesine dayanak olarak, *Digesta* metinlerinde yer verilen bazı düzenlemeler gösterilebilir. *Digesta*'nın 47. kitabının 13. faslının düzenlemelerine göre¹³⁹ *magistra*'nın ya da sahte şekilde *magistra*'nın yerine geçen kişinin tehdit yoluyla insanlardan para veya hediye alması suç olarak kabul edilmiş, kamu idaresiyle ilgili işlerde şantaj anlamına gelen¹⁴⁰ ve *crimen concussionis* olarak adlandırılan bu

¹³³ HARRIES, Jill, *Law and Crime in the Roman World*, Cambridge, 2007, s. 61; TÜRKÖĞLU, Suç ve Ceza, s. 46.

¹³⁴ HELMHOLZ, s. 37.

¹³⁵ HELMHOLZ, s. 40.

¹³⁶ GÜRTEN, Kadir, "Roma'da Devlete Karşı İşlenen Bazı Suçlar ve Cezaları", Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 75, Sayı: 3, 2017 (Suçlar), s. 65.

¹³⁷ TÜRKÖĞLU, Suç ve Ceza, s. 47. Ayrıca On İki Levha Kanunu'nda hâkimlerin görevlerini yapmak için rüşvet almaları durumunda ölüm cezası ile cezalandırılacaklarının düzenlenmesi, görev sebebiyle menfaat elde etmeye yönelik davranışların Cumhuriyet Dönemi'nin başlarında da hukuki düzenlemelerde yer aldığını göstermektedir.

¹³⁸ WILINSKI, s. 334.

¹³⁹ Metinler ve çevirileri için bkz: yuk. dn. 59.

¹⁴⁰ AYİTER, s. 351.

suç zamanla *crimen repetundarum*'un kapsamına dahil edilmiştir¹⁴¹. Bu durumda zorlama ve baskı ile haksız yarar sağlayan fail *magistra* olduğunda kamu görevlisi tarafından şantaj fiili gerçekleştirilmiş ve irtikap suçu olarak düzenlenen suç işlenmiş olacaktır. Fail *magistra* yerine geçen kişiye mevcut bir hakkın kullanılması ya da yükümlülüğün yerine getirilmesi söz konusu olmadığı sürece şantaj fiilinin varlığı kabul edilemez.

Bir diğer düzenleme D. 48.11.7.pr.'da yer almaktadır:

D. 48.11.7.pr.: “*Lex Iulia de repetundis praecipit, ne quis ob iudicem arbitrumve dandum mutandum iubendumve ut iudicet: neve ob non dandum non mutandum non iubendum ut iudicet: neve ob hominem in vincula publica coiciendum vincendum vincirive iubendum exve vinculis dimittendum: neve quis ob hominem condemnandum absolvendumve: neve ob litem aestimandam iudiciumve capitis pecuniaeve faciendum vel non faciendum aliquid acceperit.*”

D. 48.11.7.pr.: “*Lex Iulia de Repetundis*, bir yargılama veya tahkim yapmak için; yargılamayı değiştirmek ya da birine vermek için; yargılama ya da hakemliği yapmamak, onu değiştirmek, onu engellemek için; bir adamı kamusal bir yere hapsedmek, zincirlemek veya zincirlememek için; onu hukuki/fiili zincirlerinden kurtarmak için; mahkûm etmek veya bağışlamak için; bir mahkûmiyet miktarı saptamak için; parasal veya hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırmak veya çarptırmamak için herhangi bir şey kabulünü yasaklamıştır.”¹⁴²

Bu metinde sayılan kamusal görevlerin yerine getirileceği veya getirilmeyeceği ileri sürülerek haksız yarar elde edildiğinde fiilin suç teşkil edeceği kabul edilmiştir. TCK md. 107/1 düzenlemesine uygun olarak hak veya yükümlülüğün sağladığı imkândan faydalanma unsuru ve haksız yarar elde etme amacı burada da bulunmaktadır. Bununla birlikte metinde bahsedilen fiilin şantaj suçu niteliğinde olabilmesi için kişinin sayılan hak ve yükümlülüklerin yerine getirileceği veya getirilmeyeceği konusunda tehdit altında hissederek irade özgürlüğünün ihlal edilmesi ve haksız yarara sebep olacak şeyi yapmaya veya yapmamaya zorlanması gerekmektedir.

Bu değerlendirmeler sonucunda kamu görevlisi şantaj fiilini gerçekleştirdiğinde Türk hukukundaki ifadesiyle irtikap suçu gerçekleşmiş

¹⁴¹ BERGER, s. 403; TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s. 47 dn. 122.

¹⁴² KAYAK, s. 741.

olacak ve *crimen repetundarum*'un öngördüğü cezaların uygulanmasıyla kamu görevlisi bu yolla aldıklarını iade etmek zorunda kalacaktır. Zaman içinde fiili gerçekleştireni cezalandırma düşüncesi öne çıktığından suçu işleyen, zararın iki katını ödeme ya da kamu görevlisinin görev süresinin dolmasından itibaren bir yıl içinde talep edilirse zararın dört katını ödeme şeklinde para cezasına mahkûm edilecektir¹⁴³. Böylece bu suçla ilişkin cezaların kişisel intikam alınması amacıyla değil, mağdurun zararını giderme amacıyla belirlendiği görülmektedir¹⁴⁴.

Cezai ve hukuki yaptırım niteliğinin iç içe geçtiği uygulamalardan biri kabul edilebilecek şekilde, bazı durumlarda suçun işlenmesinden fail dışındaki kişiler de sorumlu olabilmektedir. Suçun işlenmesi ile maddi menfaat elde edilmesi hali sebepsiz zenginleşme niteliğindeyse, suçlunun ölümünden itibaren bir yıl boyunca mirasçıları da para cezası bakımından suçtan sorumlu tutulmuştur¹⁴⁵.

İmparatorluk Dönemi'nde sınıfsal statünün ve sahip olunan makamın kaybı ve bazen sürgüne gönderilme cezalarının uygulandığı görülmektedir¹⁴⁶. Ayrıca bu dönemde ceza yargılamasındaki değişimlerin de etkisiyle açılan davaların para iadesine yönelik dava olmasından ziyade ceza davası olması niteliği ön plana çıkmıştır¹⁴⁷. *Sulla* sonrası dönemde, artan yozlaşmanın önüne geçilmesi amacıyla zaman zaman ölüm cezasının uygulandığı da görülmektedir¹⁴⁸.

¹⁴³ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Hâkimin Sorumluluğu, s. 287; GÜNDAY, s. 106.

¹⁴⁴ HARRIES, s. 71.

¹⁴⁵ GÜRTEN, Suçlar, s. 67.

D. 48.11.2.: "*Datur ex hac lege et in heredes actio intra annum dumtaxat a morte eius qui arguebatur.*"

D. 48.11.2.: "Kanuna göre bu dava, suçlananın ölümünden itibaren bir yıl içinde onun mirasçılarına karşı da ikame edilir." (Çeviri için bkz.: KAYAK, s. 739.)

¹⁴⁶ TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s. 47.

¹⁴⁷ KAYAK, s. 762-763.

¹⁴⁸ GÜRTEN, Suçlar, s. 66.

D. 48.11.7.3.: "*Hodie ex lege repetundarum extra ordinem puniuntur et plerumque vel exilio puniuntur vel etiam durius, prout admiserint. Quid enim, si ob hominem necandum pecuniam acceperint? Vel, licet non acceperint, calore tamen inducti interfecerint vel innocentem vel quem punire non debuerant? Capite plecti debent vel certe in insulam deportari, ut plerique puniti sunt.*"

D. 48.11.7.3.: "*Lex Iulia de Repetundis* kapsamında suçlu olan bir kimseye takdir yetkisi kullanılarak ceza verilir ve bu ceza genellikle sürgün olur. Ancak kabul edilen rüşvet, bir kimsenin ölümünün karşılığı içinse nasıl bir ceza verilmelidir? Ya da

Şantaj fiilinin gerçekleştirilmesi durumunda mağdurun, suçu işleyen hâkim veya başka bir kamu görevlisi olsa bile, kabul edilen ceza davaları dışında *iniuria* veya *metus* için tanınan hukuki imkânlardan faydalanması da mümkündür¹⁴⁹. Bunun için kamu görevlisinin görevini yaparken yetkisinin sınırlarını aşmış olması veya kamu görevlisi dışında herhangi bir birey gibi davranmış olması gerekmektedir¹⁵⁰.

Ceza hukuku alanındaki gelişmelere bağlı olarak zaman içinde, belirli suç tipleri için yargılama yetkisi özel kanunlarla halk meclisleri yerine mahkemelere verilmiştir¹⁵¹. Bu şekilde yetkilendirilen ve bir *magistra*'nın başkanlık ettiği daimî ceza mahkemeleri olan *quaestiones perpetuae*¹⁵² mahkemelerinin¹⁵³ kökeni, *crimen repetundarum*'u yani eyalet vali-

rüşvet kabul edilmese dahi kızgınlıkla masum bir kimsenin ölümüne veya cezalandırılmasına sebebiyet verilmişse verilecek ceza nasıl olmalıdır? Bu gibi durumlar için en uygun cezalar, ölüm ya da sürgün cezasıdır." (Çeviri için bkz.: KARAKOCALI, s. 157.)

¹⁴⁹ Zarar görenin bu yolla korkutma davası açarak verdiği dört katını talep edebilmesi, davanın görevlinin görev süresinin dolmasından itibaren bir yıl içinde açılması ile mümkündür. (TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Hâkimin Sorumluluğu, s. 284-285.)

¹⁵⁰ D. 47.10.32.: "*Nec magistratibus licet aliquid iniuriose facere. Si quid igitur per iniuriam fecerit magistratus vel quasi privatus vel fiducia magistratus, iniuriarum potest conveniri...*"

D. 47.10.32.: "*Magistra*'ların *iniuria* yaptıkları kabul edilemez. Bununla beraber, bir *magistra* hususi bir şahıs olarak veya *magistra* makamının kendisine verdiği yetkiyi kullanarak *iniuria* yaparsa, ona karşı *iniuria* davası açılabilir..." (Bilgi ve çeviri için bkz.: TAHİROĞLU, Iniuria, s. 203 dn. 96.)

¹⁵¹ Cumhuriyet Dönemi'nde *magistra*'lar dışında, belli durumlarda yargılama yetkisi olan halk meclisleri, *magistra*'nın verdiği mahkûmiyet kararının tekrar görüşüldüğü bir ceza mahkemesi işlevi görmüşler, *magistra*'ların ceza yargılamasına ilişkin yetkilerinin sınırlanmasıyla birlikte vatandaşlar tarafından işlenen kamu suçlarının yargılandığı mahkemeler haline gelmişlerdir. (GÜRTEN, Crimen, s. 22-23.) Halk meclislerinin yerini daimî ceza mahkemelerinin alması, halk meclislerinde yargılamaların uzun sürmesi ve bunun da ötesinde toplumsal ve siyasal değişimlere bağlı olarak yargılama sisteminin güncellenmesine ihtiyaç duyulması sebebiyle aşamalar halinde gerçekleşmiştir. (ÖZER SARITAŞ, s. 9-11.)

¹⁵² Bu mahkemeler önceleri İtalya ve eyaletlerde kamu görevlileri tarafından Roma vatandaşı olmayanlardan haksız olarak alınanların iadesi iddialarını dinlemiş, zamanla mahkemelerin sayılarını, işlevlerini arttıran ve yeni suç ve ceza türleri öngören düzenlemeler yapılmıştır. Yargılama ile görevli *magistra*'ların menfaat elde etme, taraflı olma gibi davranışlarını engelleyen bu yargılama usulü, ceza hukuku alanında adil yargılama uygulamasının da önünü açmıştır. (KARAKOCALI, Hâkim, s. 50.)

¹⁵³ TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s. 196-197.

lerinin işlediği irtikap suçunu da içerdiğini kabul ettiğimiz kamu suçlarını işleyen ve görevlerini kötüye kullanan kamu görevlilerinin yargılanması için¹⁵⁴ M.Ö. 149 tarihli *Lex Calpurniade Repetundis* adlı kanunla kurulan *quaestio de repetundis*¹⁵⁵ adlı mahkemeye dayanmaktadır¹⁵⁶. Romalı eyalet yöneticilerinin eyaletlerdeki Roma vatandaşı olmayan yabancılardan şantaj fiilini gerçekleştirerek işledikleri irtikap suçu sonucunda elde ettikleri maddi menfaatlerin iadesini sağlayan¹⁵⁷ kanun, bu yönüyle parasal nitelikte cezalar öngörmüştür¹⁵⁸. Daha sonra çıkarılan kanunlardan ise, söz konusu kanunların para cezası dışında cezalar öngörmesi noktasında ayrılmaktadır¹⁵⁹.

Bu kanundan sonra aynı konuya ilişkin olan, aynı zamanda usule ilişkin değişiklikler içeren¹⁶⁰ M.Ö. 126 tarihli *Lex Iunia de Pecuniis Repetundis*¹⁶¹, M.Ö. 123 tarihli *Lex Sempronia de Repetundis*, M.Ö. 123 veya 122

¹⁵⁴ Söz konusu suçlara ilişkin hukuki düzenlemelerin yapılması, temelde Roma eyaletlerinde ve taşrada yaşayan uyrukları, yetkiye sahip olan, gücü elinde tutan, belirli sosyal sınıflara ve ailelere mensup kişilerin sömürsünden koruma amacına dayanmaktadır. (GÜNDAY, s. 245.)

¹⁵⁵ *Praetor*'un başkanlık ettiği ve her biri başka bir suç tipinin yargılanması için kurulmuş ceza mahkemeleri olan *quaestio*'lar, önceleri sorgu hâkimliği niteliğindeki zamanla daimî ceza mahkemeleri haline gelmiş, İmparatorluk Dönemi boyunca yavaş yavaş önemlerini yitirmişlerdir. (UMUR, Lügat, s. 175.)

¹⁵⁶ BERGER, s.663; WILINSKI, s. 331; AYİTER, s. 350; UMUR, Lügat, s. 175; BAUMAN, Richard A., *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London, 2004, s.22-23; HARRIES, s. 16-17, 61; TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s. 199 dn. 147; ÖZER SARITAŞ, s. 44.

¹⁵⁷ UMUR, Lügat, s. 115. Ayrıca kanun, *Cicero* tarafından insan haklarının korunması bakımından öncü kabul edilmiştir. (BAUMAN, s. 23; TÜRKOĞLU, *Humanitas*, s. 258.) Kanunun eyaletlere ilişkin düzenlemesinin temelinde, kamusal gücün ve makamların kötüye kullanılmasının devlet yapısı üzerindeki olumsuz etkileri ve söz konusu suçların işlenmesi ile ekonomik çıkarların zedelenmesi sebepleriyle Roma vatandaşlarını koruma amacı olduğu görüşü bulunmaktadır. Aynı görüşe göre bu kanun ile takip eden kanunlar arasındaki temel fark, sonraki kanunlarda aynı koruma amacının vatandaş olmayanlar için de gözetilmiş olmasıdır. (RICHARDSON, s. 8, 11.) Sonraki kanunların ayırım gözetilmeksizin Roma sınırları içinde yaşayan herkesi koruduğu yönündeki benzer görüş için bkz.: SHERWIN-WHITE, s.20; HARRIES, s. 62.

¹⁵⁸ SMITH, s. 986; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, *Rüşvet*, s. 1190; ÖZER SARITAŞ, s. 50.

¹⁵⁹ GÜNDAY, s. 244.

¹⁶⁰ RICHARDSON, s. 4.

¹⁶¹ SMITH, s. 986. Ayrıca kanun hakkında yeterli bilgi bulunmadığı ve yapılaş tarihinin *Lex Calpurnia de Repetundis*'ten daha eski olabileceği yönündeki bilgi için bkz.: KAYAK, s. 754.

tarihli *Lex Acilia de Repetundis*¹⁶², M.Ö. 100 tarihli *Lex Servilia Glaucia de Repetundis*¹⁶³, M.Ö. 81 tarihli *Lex Cornelia de Repetundis* ve M.Ö. 59 tarihli *Lex Iulia de Repetundis* kanunları çıkarılmıştır¹⁶⁴. Tüm bu kanunlar suçu işleyenin *infamis* (şerefsiz) kabul edileceği yönünde düzenleme içermektedir¹⁶⁵, ayrıca bu cezanın kanunların çıkarılma gerekçelerine benzer sebeplerle yetersiz kabul edilmesi sonucunda cezalar zamanla ağırlaştırılmıştır¹⁶⁶.

Lex Iunia de Pecuniis Repetundis ile daha önceki para cezası düzenlemesinden farklı olarak, suçu işleyene sürgün cezası verileceği düzenlenmiştir¹⁶⁷.

Lex Sempronia de Repetundis suçun işlenmesini önlemeye yönelik düzenlemelerin yanı sıra hâkimlerin seçilme usullerine ilişkin düzenlemeler içermektedir¹⁶⁸. Suç işleyen *magistra*'nın, kamusal işlerin aksama-

¹⁶² Ceza yargılamasının en temel kanunlarından biri olan bu kanun, *quaestiones perpetuae* mahkemelerinin yapısına ve yargılama şekline ilişkin detaylı düzenlemeler içermektedir. (KARAKOCALI, Hâkim, s. 50-51.) Kanunun yapılış tarihinin belirsiz olduğu ve muhtemelen M.Ö. 101 tarihinde yapılmış olabileceği hakkında bilgi için bkz.: SMITH, s. 986.

¹⁶³ Kanunun yapılış tarihine ilişkin farklı bilgiler bulunmaktadır. M.Ö. 111 tarihli olduğuna ilişkin bilgi için bkz.: BERGER, s. 560; M.Ö. 111 veya 108 tarihli olduğuna ilişkin bilgi için bkz.: UMUR, Lügat, s. 124; M.Ö. 100 tarihli olduğuna ilişkin bilgi için bkz.: SMITH, s. 986; ÖZER SARITAŞ, s. 55; M.Ö. 106-100 yılları arasında çıkarılmış olduğuna ilişkin bilgi için bkz.: GÜNDAY, s. 246.

¹⁶⁴ TÜRKOĞLU, Suç ve Ceza, s.199. Bu kanunlar dışında söz konusu suçlara ilişkin yargılamanın usulünü düzenleyen *senatus* kararları da bulunmaktadır. Bunlar içinde M.Ö. 4 tarihli *Senatus Consultum Calvisianum* ve M.S. 47 tarihli *Senatus Consultum Claudianum* sayılabilir. (BERGER, s.697; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Rüşvet, s.1195-1196.)

¹⁶⁵ *Magistra*'ların ve diğer kamu görevlilerinin görevlerine yakışmayacak davranışlarla yetkilerini kötüye kullanarak menfaat elde etmeleri şeklinde işledikleri suçlar, bu kişilerin şerefsiz kabul edilmeleri yoluyla yaptırma bağlanmıştır. (TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Infamia, s. 105-106.)

¹⁶⁶ TÜRKOĞLU, Humanitas, s. 259.

¹⁶⁷ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Rüşvet, s. 1192; ÖZER SARITAŞ, s. 51.

¹⁶⁸ UMUR, Lügat, s. 124. Ayrıca kanunun, suç işleyen kamu görevlilerin, kamu görevlisi olmayan babalarının ve oğullarının işlerin yürütülmesine katıldıkları düşüncesiyle sorumlu tutulabileceği yönünde yorumlandığı görülmektedir. (SHERWIN-WHITE, s. 19.)

sının önlenmesi amacıyla görev süresi tamamlanmadan yargılanamaya-
cağı kabul edilmiştir¹⁶⁹.

Lex Acilia de Repetundis sebebiyle mahkûm olanlar zararın iki katını ödeme¹⁷⁰, *infamia*'nın sonucu olarak hâkim sıfatıyla davalara bakamama, *patronus* sıfatıyla mahkemelerde bulunamama¹⁷¹ yaptırımlarına maruz kalmaktadırlar. Kanunun içeriği hakkında çok detaylı bilgi olmamakla beraber, zayıf konumdaki mağdurun, suçu işleyen nüfuz sahibi kamu görevlisi karşısındaki durumunu dengeleyecek hukuki düzenlemeler içermesi bakımından önemi büyüktür¹⁷².

Lex Servilia Glaucia de Repetundis'in zararın iki katının ceza olarak ödenmesi düzenlemesi, ilerleyen zamanlarda zararın dört katının ceza olarak ödenmesi uygulamasına dönüşmüştür¹⁷³. Suçun işlenmesi ile kişisel menfaatlerin zedelenmesinin ötesinde, devletin ulusal güvenliğinin ihlal edilmesi durumunda ölüm cezasının uygulanacağı öngörülmüştür¹⁷⁴. Yine aynı kanun hâkim listelerinin oluşturulması usulüne ilişkin düzenleme içermekte, suç işleyen *magistra*'yı mahkûm ettiren yabancıya Roma vatandaşlığı verileceğini kabul etmektedir¹⁷⁵. Diğerlerinden daha sert hükümler içeren bu kanunla ilk kez politik hakların kaybı suça ilişkin ceza olarak belirlenmiştir¹⁷⁶. Bu kanunla da suç işleyen *magistra*'nın görev süresi tamamlanmadan yargılanamayacağı kabul edilmiştir¹⁷⁷.

169 SHERWIN-WHITE, s. 24, 29.

170 BAUMAN, s. 23. Bu miktarı ödeyerek aciz duruma düşecek olanlar için sürgün cezası uygulandığı görülmektedir. (TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, *Rüşvet*, s.1202; GÜN-DAY, s. 246.)

171 Bu kanunla önemli makamlarda bulunmuş kamu görevlileri olan davalıların, eyaletlerde yaşayan güçsüz halkın karşısında yargılama sırasında avantajlı olmalarının doğurduğu sakıncalar giderilmeye çalışılmış, davacılar mahkeme sürecinde yardımcı olmaları için *patronus* adlı kişiler atanmıştır. (TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, *Rüşvet*, s. 1193; ÖZER SARITAŞ, s. 54.) Ayrıca yabancı birinin bir *magistra*'yı bu kanuna dayanarak mahkûm ettirmesi, Roma vatandaşlığını kazanmasını sağlamaktadır. (UMUR, *Lügat*, s. 113-114.)

172 TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, *Rüşvet*, s. 1192-1193.

173 SMITH, s. 986; ÖZER SARITAŞ, s. 55-56.

174 BAUMAN, s. 23.

175 UMUR, *Lügat*, s. 124. Roma vatandaşlığı verilmesine ilişkin düzenleme, *Lex Semp-ronia de Repetundis* adlı kanunda da bulunmaktadır. (SHERWIN-WHITE, s. 29 v.d.) Ayrıca bkz.: yuk. dn. 173.

176 BERGER, s. 560.

177 SMITH, s. 986.

Lex Cornelia de Repetundis ise hem suçun kapsamını daha önceki kanunlarda belirtilen fiillerin benzerlerini kapsayacak şekilde genişletmiş hem de verilecek cezaları, ateş ve su kullanımının yasaklanması şeklinde yasaklar da ekleyerek ağırlaştırmıştır¹⁷⁸.

Lex Iuliade Repetundis ile suçun kapsamı konuya ilişkin herhangi bir kabahati veya ihlali kapsayacak şekilde genişletilmiş¹⁷⁹, sadece maddi menfaat elde etmeyi değil, makamı suistimal etmeyi de cezalandırma amaçlanmıştır. Bir yargı kararı verilmesi veya verilmemesi konusunda yetki sahibi olanların, bu sebeple maddi menfaat elde edemeyecekleri açıkça belirtilmiştir¹⁸⁰. Ayrıca suçu işleyenlerin mahiyetlerinin de kanuna uymakla yükümlü olacağına yönelik genişleme de bu düzenleme ile olmuştur¹⁸¹. Böylece *magistra*'ların, yetki sahibi tüm kişilerin ve ayrıca işleri birlikte yürüttükleri kişilerin de suça karışmaları ve menfaat elde etmeleri durumunda sorumlu olacağı kabul edilmiştir¹⁸². Mahkûm olanlar sürgün yerine *senatus*'tan ihraç edilme ve bir daha *senatus*'a üye olmama, mahkemede tanıklık edememe¹⁸³, hâkim olamama yaptırımlarına maruz kalmaktadırlar¹⁸⁴. Ayrıca bu yolla elde edilen şeylerin, zamanaşımı ile iktisap edilemeyeceği kabul edilmiştir¹⁸⁵.

Lex Iulia de Repetundis'e ilişkin düzenlemeler, *Digesta*'nın 48. kitabının 11. faslında yer almaktadır. Hangi fiillerin bu kapsamda suç teşkil ettiği ve verilecek cezalar metinlerde açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında kamu görevlilerinin ve yargılama yapan kurullarda görev alanların, kamusal görevleri ve diğer resmi görevleri sebebiyle maddi menfaat elde etmeye yönelik fiilleri bu kanuna göre suç teşkil edecektir¹⁸⁶. Bu fiillerin neler olduğu, daha önce incelenen ve şantaj fiili ile bağlantısı belirlenen D. 48.11.7.pr. metninde düzenlenmiştir.

¹⁷⁸ SMITH, s. 986; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Rüşvet, s. 1194; ÖZER SARITAŞ, s. 56-57.

¹⁷⁹ BERGER, s. 555.

¹⁸⁰ D. 48.11.3.

¹⁸¹ HARRIES, s. 65; TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Hâkimin Sorumluluğu, s. 284; GÜRTEN, Suçlar, s. 65.

¹⁸² D. 48.11.1.pr. Ayrıca kanun *Iustinianus* Dönemi'nde de yürürlükte kalmıştır. (UMUR, Lügat, s. 120-121.)

¹⁸³ SMITH, s. 987.

¹⁸⁴ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Infamia, s. 79, 81.

¹⁸⁵ TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Rüşvet, s. 1194.

¹⁸⁶ BERGER, s. 675; HELMHOLZ, s. 36; KAYAK, s. 755-756.

Son İmparatorluk Dönemi'nde halkın ve amirlerinin suç işlediğini bilen kamu görevlilerinin, bahsedilen suçları işleyen kamu görevlilerini şikâyet etmeleri gerektiği imparatorlar tarafından bildirilmiştir¹⁸⁷.

SONUÇ

Roma hukukunda suç kavramı, On İki Levha Kanunu'nun içeriğinde yer alacak kadar eski zamanlardan itibaren iki gruba ayrılarak incelenmiş, suç ve haksız fiil kavramları arasında ayırım gözetilmemiştir. Suçların kapsamının çok dar olduğu ilk dönemlerde bütün haksız fiiller aynı zamanda suç sayılmıştır ve suçlar, bireyin menfaatinin veya kamu menfaatinin zarar görmesine bağlı olarak özel suçlar ve kamu suçları şeklinde ikiye ayrılmıştır. *Delictum privatum* veya *delictum* olarak adlandırılan ve Türk hukukunda haksız fiil olarak nitelendirilen özel suçlar, zarar gören tarafından takip edilen ve özel kişilerin menfaatlerini ihlal eden suçlardır. *Delictum publicum* veya *crimen* olarak adlandırılan kamu suçları ise, gerçekleştirilen fiilin Roma halkına yönelik olduğu kabul edildiğinden kamu menfaatini ihlal eden, sınırlı sayıda belirlenen ve devlet tarafından takip edilip cezalandırılan suçlardır.

Bu kavramlar doğrultusunda incelenen şantaj suçu, Türk hukuku bakımından hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlamak suretiyle ya da kendisine veya başkasına yarar sağlamak amacıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunmak suretiyle işlenebilen suç tipi olarak tanımlanmıştır. Roma hukukuna göre ise, şantaj suçu ayrıca ve özellikle tek bir suç tipi olarak düzenlenmiş değildir. Şantaj fiili şeref ve saygınlığı ihlal eden tehdit ile gerçekleştirildiğinde, mağdurun özel menfaatini ve irade özgürlüğünü ihlal ettiğinde özel suç niteliği taşıyacaktır. Buna rağmen fiil, kamu menfaatini zedeleyecek şekilde kamusal yetkinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirildiğinde kamu suçu niteliğinde olacaktır.

Şantaj fiili ile bireyin özel menfaatini zedeleyecek şekilde haksız yarar sağlandığında *iniuria* olarak adlandırılan fiilin varlığı söz konusu olabilmektedir. Bir kişinin başka biri aleyhine yaptığı haksız ve yolsuz fiilleri ifade eden *iniuria*, bu niteliği ile uygulama alanı başkasının hakkına zarar veren tüm fiilleri içerecek şekilde geniş olan, aynı zamanda

¹⁸⁷ GÜRTEEN, *Crimen*, s. 139.

diğer ceza davalarının açılmadığı hallerde tamamlayıcı niteliği olan özel suçtur.

Şantaj fiilinin, kişinin şeref ve saygınlığına zarar verecek hususların açıklanacağı şeklinde tehdit edilmesi yoluyla gerçekleştirildiği durumda ise, *praetor*'un tanıdığı özel suçlardan olan *metus*'un varlığı kabul edilebilir. Bu sebeple kişiyi, yapmayacağı fiili ya da hukuki işlemi korku yaratarak haksız ve yolsuz şekilde yapmaya itmek anlamına gelen *metus*'a, tamamlayıcı niteliği sebebiyle başvurulabilecektir.

Crimen repetundarum olarak adlandırılan suçlar ise, hukuka aykırı şekilde para ve mal alınması amacıyla gerçekleştirilen haraç kesme, hile yapma, rüşvet alma, irtikap ve şantaj fiillerini kapsayan suç tipi olarak kabul edilmiş ve kamu suçları içinde değerlendirilerek devlete karşı işlenen suçlar arasında yer almıştır. Bu suçların işlenmesi tehditle mal ve para alınması suretiyle gerçekleştirilmekte, yapılan düzenlemelerle tehdit altında kalan kişi verdiği mal ve parayı geri isteyebilme imkânına sahip olmaktadır. Bu şekilde kamusal yetkinin kötüye kullanılması ile kamusal menfaati zedeleyen şantaj fiilleri, *leges repetundarum* olarak adlandırılan kanunlar doğrultusunda yaptırıma bağlanacaktır.

KAYNAKLAR

- AKINCI, Şahin: Roma Borçlar Hukuku, Konya, 2016.
- AYİTER, Kudret: "Roma Ceza Hukukunda Quaestiones Perpetuae ve Cognitione Extra Ordinem", Ahmet Esat Arsebük'e Armağan, Ankara, 1958, s. 339-368.
- BAUMAN, Richard A.: Crime and Punishment in Ancient Rome, London, 2004.
- BERGER, Adolf: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1953.
- BERKİ, Şakir: "Roma'da Borçların Kaynakları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:3, 1954, s. 378-413.
- BİLGE, Burak: "Şantaj Suçu", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1, 2019, s. 131-160.
- DEMİRİŞ, Bedia: "Eski Roma'nın Edebi Metinlerinde Bir Kavram Olarak Delictum'un Anlamı Üzerine Bir Değerlendirme", Roma Hukukundan Modern Hukuka Sorumluluk Sempozyumu, Cilt:14, Sayı:4, 2008, s. 1-11.
- DI MARZO, Salvatore: Roma Hukuku, İstanbul, 1959.
- ERDOĞMUŞ, Belgin: Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 2019.
- GLOVER, Graham: "Metus in the Roman Law of Obligations", Fundamina: A Journal of Legal History, Sayı:10, 2004, s. 31-58.
- GÜNDAY, Onur: Cumhuriyet Dönemi Roma Toplumunda Kamu Suçları, Yargılamalar ve Ceza Uygulamaları, Ankara, 2019.
- GÜNEŞ PESCHKE, Seldağ: Roma Hukukundan Günümüze Kişilik Haklarının Korunması (Iniuria), Ankara, 2014.
- GÜRTEK, Kadir: "Roma'da Devlete Karşı İşlenen Bazı Suçlar ve Cezaları", Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 75, Sayı: 3, 2017 (Suçlar), s. 53-79.
- GÜRTEK, Kadir: Roma Hukuku'nda Crimen Kavramı, Ankara, 2016 (Crimen).
- HARRIES, Jill: Law and Crime in the Roman World, Cambridge, 2007.
- HELMHOLZ, R.H.: "The Roman Law of Blackmail", The Journal of Legal Studies, Vol: 30, No:1, 2001, s. 33-52.
- HONIG, Richard: Roma Hukuku, İstanbul, 1938.
- İPEK, Nurcan: Roma Hukukunda Gasp (Rapina), İstanbul, 2001 (Gasp).

- İPEK, Nurcan: “Roma Hukukunda Korkutma (Metus)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, Cilt: 23, Sayı:3, 2017(Korkutma), s. 97-184.
- KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, Ankara, 2020.
- KARAKOCALI, Ahmet: Roma Hukukunda Hâkim ve Sorumluluğu, Ankara, 2011 (Hâkim).
- KARAKOCALI, Ahmet: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Korkutma (Metus), Ankara, 2016 (Korkutma).
- KASER, Max: Roman Private Law, Çev.: Rolf Dannenbring, Pretoria, 1984.
- KAYAK, Sevgi: “Roma Hukukunda Görevi Kötüye Kullanma Suçu: D. 48. 11 Metinlerinin Çevirisi ve Tahlili”, Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan, İstanbul, 2020, s. 737-768.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019.
- KOSCHAKER, Paul/AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1977.
- ÖNCÜL, Ayşe: Metus Kavramı ve Kurumlarının İncelenmesi, İstanbul, 2018.
- ÖZBEK, Veli Özer/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019.
- ÖZER SARITAŞ, Duygu: Roma Ceza Hukuku’nda Daimî Ceza Mahkemeleri (Quaestiones Perpetuae), Bursa, 2020.
- RADO, Türkan: Gaius Institutiones, İstanbul, 1953.
- RADO, Türkan: Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul, 2016 (Borçlar).
- RICHARDSON, J.S.: “The Purpose of the Lex Calpurnia de Repetundis”, The Journal of Roman Studies, Vol: 77, 1987, s. 1-12.
- SCHULZ, Fritz: “Humanitas”, Çev.: Diler Tamer Güven, Argumentum, Cilt: 3, Sayı: 30, 1993, s. 514-520.
- SCHULZ, Fritz: Principles of Roman Law, Oxford, 1936.
- SCHWARZ, Andreas B.: Roma Hukuku Dersleri, Cilt: 1, Çev.: Türkan Rado, İstanbul, 1963.

- SHERWIN-WHITE, A.N.: "The Lex Repetundarum and the Political Ideas of Gaius Gracchus", The Journal of Roman Studies, Vol: 72, 1982, s. 18-31.
- SMITH, William: Dictionary of Greek and Roman Antiquities, London, 1853.
- SOMER, Pervin: "Roma İmparatorluğunda Seçim Yolsuzlukları ve Ambitus", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Cilt: 23, Sayı: 3, 2017, s. 33-54.
- SÖĞÜTLÜ, Özlem: Roma Özel Hukuku, Ankara, 2020.
- SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara, 2002.
- TAHİROĞLU, Bülent: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2020 (Borçlar).
- TAHİROĞLU, Bülent: Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul, 1969(Iniuria).
- TANER, Fahri Gökçen: "Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 92, 2011, s. 118-156.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2019.
- TÜRKOĞLU, Halide Gökçe: "Roma Hukukunda Humanitas ile Maiestas Populi Romani Arasındaki Bağlantı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 96, 2011 (Humanitas), s. 229-268.
- TÜRKOĞLU, Halide Gökçe: Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Ankara, 2017 (Suç ve Ceza).
- TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe: "Roma Hukukunda Hâkimin Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 4, 2008 (Hâkimin Sorumluluğu), s. 275-302.
- TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe: Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Ankara, 2008 (Infamia).
- TÜRKOĞLU ÖZDEMİR, Gökçe: "Roma Hukukunda Rüşveti Engellemeye Yönelik Düzenlemeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı, 2007 (Rüşvet), s. 1179-1213.
- UÇARYILMAZ, Talya Şans/EMİROĞLU, Haluk: "Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 69, Sayı: 2, 2020, s. 835-868.

UMUR, Ziya: Iustinianus Institutiones, İstanbul, 1968.

UMUR, Ziya: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul, 1999 (Ders Notları).

UMUR, Ziya: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, 1983 (Lügat).

WILINSKI, A.: “Roma Ceza Hukuku ve Ceza Usul Hukukuna Bir Kuşbakışı”, Çev.: Belgin Erdoğan, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, 1983, s. 329-335.

ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town, 1992.



COVID-19'A KARŞI AŞILAMADA ULUSLARARASI İŞ BİRLİĞİ: DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ VE COVAX

Dr. Öğr. Üyesi Nergiz EMİR*

Öz

2019 yılının sonunda ortaya çıkan COVID-19 küresel salgını uluslararası alanda ekonomik, siyasi ve sosyal açıdan çeşitli sorunlara neden olmuştur. Uluslararası bir örgüt olarak Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), bu dönemde pek çok eleştirinin hedefi haline gelmiştir. 2020 yılının sonlarında, uluslararası hukuk ve uluslararası örgütlenme sistemi eleştirilirken COVID-19'a karşı çeşitli aşılar geliştirilmiştir. Bu aşuların devletler arasında adil bir şekilde paylaşılması ve küresel düzeyde aşılama sürecinin yönetimi uluslararası hukukun yeni bir sorunudur. COVAX ile dünyadaki tüm ülkelerin COVID-19 aşularına eşit ve adil bir şekilde erişebilmesi amaçlanmıştır. Bu makale, COVID-19 ile mücadelede aşılama sürecinin yönetilmesi ve uluslararası iş birliğinin sağlanmasında uluslararası hukukun rolünü incelemektedir.

Anahtar Kelimeler

Dünya Sağlık Örgütü • COVAX • COVID-19 • Uluslararası İş Birliği • Aşı Milliyetçiliği

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Assist. Prof, Anadolu University Faculty of Law, Department of International Law, Eskişehir, Turkey.

✉ nergizdemir@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0002-3307-3885

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: EMİR Nergiz, "Covid-19'a Karşı Aşılama Uluslararası İş Birliği: Dünya Sağlık Örgütü ve COVAX", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2861-2880.

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

INTERNATIONAL COOPERATION ON VACCINATION AGAINST COVID-19: WORLD HEALTH ORGANIZATION AND COVAX

Abstract

The COVID-19 pandemic that emerged at the end of 2019 caused various economic, political and social problems in the international arena. The World Health Organization (WHO), as an international organization, found itself in the line of fire in this period. At the end of 2020, while international law and international organizational system were criticized, different vaccines were developed against COVID-19. The fair sharing of these vaccines between states and the management of the vaccination process at the global level is a new problem of international law. The COVAX aims to ensure that all countries around the world have equal and fair access to COVID-19 vaccines. This article examines the role of international law in managing the vaccination process and ensuring international cooperation in the fight against COVID-19.

Key Words

World Health Organization • COVAX • COVID-19 • International Cooperation • Vaccine Nationalism

GİRİŞ

2019 yılının Aralık ayında ortaya çıkan koronavirüs salgını kısa bir süre içerisinde tüm dünyaya yayılmış ve COVID-19 hastalığının kontrolü için küresel düzeyde alınan önlemler 2020 yılına damgasını vurmuştur. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), 2020 yılının henüz üçüncü ayında COVID-19'un küresel bir salgın (pandemic) olarak nitelendirilebileceği değerlendirmesini yapmıştır¹. Dünya çapında ortaya çıkan bu gelişme hem devletlerin kendi ülkelerinde hem de küresel düzeyde bir tür kriz durumu yaratmıştır. Krizin ekonomik, siyasi ve sosyal boyutlarının yanı sıra uluslararası hukuku ilgilendiren tarafları da söz konusudur. Salgının ortaya çıktığı ülke olan Çin'e ve DSÖ'ye, salgının neden olduğu krizle ilgili çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Bu eleştiriler çok yönlü olmakla birlikte uluslararası hukuku daha çok ilgilendiren kısmı devletlerin ve uluslararası örgütlerin sorumluluğu ile ilişkilidir. Bunun yanında devletler arasındaki uluslararası iş birliği ve uluslararası bir örgüt olarak DSÖ'nün koordinasyonu sağlamadaki işlevi sorgulanmıştır.

¹ Archived: WHO Timeline - COVID-19, <https://www.who.int/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19> (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

COVID-19 salgınının kontrol altına alınmasında ilk önlemler; hastaların tespit edilmesi, teşhis alanların izole edilmesi ve insanlar arasındaki temasın mümkün olduğunca kesilmesi şeklinde olmuştur. Ne var ki, küresel düzeydeki bu salgının kontrol altına alınması ve insanların “normal” hayatlarına dönmesini sağlayacak en önemli etkenlerden birisi COVID-19'a karşı aşılama. 2020 yılının sonlarına kadar salgın dalgaları halinde devam etmiş ve nihayet salgının ortaya çıkmasından yaklaşık bir yıl sonra aşılama başlamıştır. Böylece COVID-19 ile mücadelede devletlerin aşılara eşit ve adil bir şekilde erişimini sağlama sorunu da ortaya çıkmıştır. COVAX (the COVID-19 Vaccine Global Access Facility / COVID-19 Aşısına Küresel Erişim Aracı), tam olarak bu amaçla kurulmuştur. Bu küresel girişim; DSÖ, GAVI İttifakı (GAVI Alliance / Küresel Aşı ve Bağışıklama İttifakı) ve CEPI (The Coalition for Epidemic Preparedness Innovations / Salgın Hazırlık Yenilikleri Koalisyonu) tarafından oluşturulmuştur².

COVID-19 aşılamaalarının başlamış olması salgını sona erdirmiş değildir. Ancak aşılama ile salgının büyük ölçüde kontrol altına alınacağı tahmin edilmektedir. COVID-19 aşılması ve aşı tedarikinde yaşanan sorunlar aşı milliyetçiliği gibi farklı sorunların gündeme gelmesine neden olmuştur. COVID-19 ile mücadelede, 2021 yılının uluslararası alandaki gündemi aşılamaaya ilişkin sorunlardır. Bu makalede de COVID-19'a karşı aşılamanın uluslararası hukuk boyutu üzerinde durulacaktır. İlk olarak COVID-19 küresel salgınının ortaya çıkmasıyla başlayan kriz durumunun yönetilmesi bakımından DSÖ'nün etkisi ele alınacaktır. Bunun ardından uluslararası iş birliği kavramı ve DSÖ'nün aşılama paylaşımları bakımından bunu sağlamadaki rolüne değinilecektir. Son olarak ise, uluslararası örgütler ve özel kuruluşların bir araya gelerek oluşturduğu COVAX Girişimi'nin yapısına, katılımcılarına ve uluslararası hukuktaki konumuna yer verilecektir. Bu sayede küresel bir salgının kontrol altına alınmasında uluslararası hukukun farklı katılımcılarının katkısının önemi tespit edilecektir.

² COVAX, <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax> (Erişim Tarihi: 24.03.2021).

I. COVID-19 SALGINI İLE MÜCADELEDE DÜNYA SAĞLIK ÖRGÜTÜ VE BAŞLICA SORUNLAR

COVID-19 salgını, 2020 yılının Şubat ayından itibaren bütün dünyayı etkilemiş ve uluslararası toplumdaki birçok etkinliğin durdurulmasına neden olmuştur. Ekonomik ve sosyal yaşamı derinden sarsan bu salgının etkili ve güvenli bir aşının uygulanmasıyla uzunca bir sürenin sonunda daha iyi bir duruma geleceği tahmin edilmektedir³. COVID-19 salgını ile küresel sağlık sistemi ilk etapta önemli bir başarısızlık göstermiş ve bu durum pek çok alanda yıkıcı bir etkiye sahip olmuştur. Bu başarısızlık nedeniyle uluslararası hukuka dair çeşitli sorunların altı çizilmiş⁴ ve aynı zamanda hem uluslararası hukuk kişilerine hem de mevcut sisteme yönelik eleştirel söylemler ortaya çıkmıştır⁵. Üstelik küresel bir salgın olan COVID-19, devletler arasındaki iş birliğine en çok ihtiyaç duyulan durumlardan birini ortaya çıkardığı halde siyasi kaygıların iş birliği mekanizmalarının önüne geçtiği sıklıkla ileri sürülmüştür⁶.

COVID-19 salgını, uluslararası hukukta oldukça farklı sorun alanlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ancak en çok dikkat çeken devletlerin (mevcut durumda Çin'in) ve uluslararası örgütlerin (DSÖ'nün) sorumluluğuna odaklanılmasıdır. Bunun yanı sıra uluslararası iş birliğinin sağlanması ile küresel sağlığa ilişkin krizlerin daha etkili bir şekilde yönetilmesi için DSÖ'de bir reform ihtiyacı olup olmadığı

³ BURCI Gian Luca, "COVID-19 and the Governance of International Organizations: Open Challenges", *International Organizations Law Review*, Vol. 17, No. 3, 2020, ss. 485-491, s. 485.

⁴ BRADLEY Curtis A. / HELFER Laurence R., "Introduction to 'The International Legal Order and the Global Pandemic'", *The American Society of International Law*, Vol. 114, No. 4, 2020, ss. 571-577, s. 571.

⁵ ALVAREZ José E., "The WHO in the Age of the Coronavirus", *The American Society of International Law*, Vol. 114, No. 4, 2020, ss.578-587, s. 579.

⁶ FIDLER David P., "To Fight a New Coronavirus: The COVID-19 Pandemic, Political Herd Immunity, and Global Health Jurisprudence", *Chinese Journal of International Law*, Vol. 19, No. 2, 2020, ss. 207-213, s. 207.

tartışılmaktadır⁷. Dolayısıyla COVID-19 salgını boyunca uluslararası hukuk çerçevesinde cevaplanması gereken çeşitli sorun alanları tanımlanmıştır. Makalenin bu kısmında DSÖ'nün henüz aşılama süreci başlamadan önce ortaya çıkan sorunlar karşısındaki konumu ele alınacaktır.

Uluslararası hukukçular bir virüs salgınının küresel sistemi krize sokmasının nedenlerini araştırırken özellikle devletin sorumluluğu üzerinde durmuşlardır⁸. Virüsün Çin'de ortaya çıkmış olması nedeniyle, Çin hükümetinin virüsün yayılmasını kontrol altına almak için yeterli önlemi alıp almadığı sorgulanmaktadır⁹. Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD), Çin'in Uluslararası Sağlık Tüzüğü'nü (UST) ihlal ettiğini ileri sürmesi ve dünya çapında ortaya çıkan zarardan sorumlu tutması meselenin uygulama bakımından önemini arttırmaktadır¹⁰. Çin'in UST'de yer alan hükümlere uygun davranıp davranmadığı DSÖ bakımından da önem arz etmektedir. Zira böyle bir bildirim üzerinde DSÖ Genel Direktörü tarafından alınması gereken birtakım önlemler söz konusudur¹¹. Bu çerçevede, COVID-19 salgınında ortaya çıkan başlıca sorunlardan biri olan ve DSÖ'nün ağır eleştirilere maruz kalmasına sebep olan UST ile ilgili kısa bir değerlendirme yapılmasında fayda vardır.

DSÖ, BM Sistemi'ni oluşturan Uzmanlık Kuruluşları arasında yer alan bir uluslararası örgüttür¹². DSÖ, uluslararası bir örgüt olarak kuru-

⁷ BENVENISTI Eyal, "The WHO-Destined to Fail?: Political Cooperation and The COVID-19 Pandemic", The American Society of International Law, Vol. 114, No. 4, 2020, ss.588-597, s. 589.

⁸ QUINTANA Francisco-José / URIBURU Justina, "Modest International Law: COVID-19, International Legal Responses and Depoliticization", The American Society of International Law, Vol. 114, No. 4, 2020, ss.687-697, s. 688.

⁹ BRADLEY / HELFER, s. 571.

¹⁰ FIDLER, s. 209.

¹¹ KURTDARCAN Bleda / MUMCU Özgür Ş., "COVID-19'un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış", GSÜHFD, S. 1, 2020, ss. 165-186, s. 179.

¹² DENK Erdem, Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 313, 335.

cu andlaşması niteliğinde olan DSÖ Anayasası¹³ çerçevesinde faaliyetlerini sürdürmektedir. DSÖ Anayasası tarafından örgüte verilmiş en önemli işlevlerden biri normatif düzenlemeler yapma yetkisidir¹⁴. UST ise, DSÖ'nün normatif düzenleme yapma yetkisi çerçevesinde hazırladığı bir belgedir¹⁵. DSÖ, ilk kez 1951 yılında Uluslararası Sağlığa Dair Tüzük¹⁶ çıkarmış ve 1969'da yaptığı değişikliklerle bu metin Uluslararası Sağlık Tüzüğü (UST) olarak adlandırılmıştır¹⁷. UST'de 1973 ve 1981'de küçük düzenlemeler yapılmış olsa da mevcut sistem 2005 yılında kabul edilen UST¹⁸ ile getirilmiştir. Bu son haliyle UST, salgın hastalıklarla mücadele bakımından önemli yenilikler içermektedir¹⁹.

UST'nin 12. maddesinde; DSÖ Genel Direktörü'nün, ülkesinde bir olayın gerçekleşmekte olduğu konusunda taraf devletten aldığı bilgiler çerçevesinde, yine UST'de belirlenmiş kıstaslar ve yöntem uyarınca olayın uluslararası önemi haiz bir halk sağlığı acil durumu oluşturup oluşturmadığı konusunda karar vereceği düzenlenmiştir. EK-2'de ise, devletlerin hangi durumlarda DSÖ'ye bildirimde bulunması gerektiğine ilişkin şematik açıklamalar yer almaktadır. Genel Direktör, uluslararası

¹³ WHO Constitution (DSÖ Anayasası), https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

¹⁴ SAMANCI Uğur, "Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi", DEÜ SBE Dergisi, Cilt 18, Sayı 1, 2016, ss. 55-89, s. 71.

¹⁵ DSÖ Anayasası, m. 2/k ve m. 21.

¹⁶ International Sanitary Regulations (Uluslararası Sağlığa Dair Tüzük), https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85636/Official_record37_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

¹⁷ YÜKSEL Cüneyt / BARAN Deniz, "COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 78, Sayı 2, 2020, ss. 885-934, s. 896.

¹⁸ Uluslararası Sağlık Tüzüğü, https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi_antlasmalar/Uluslararası%20Sağlık%20Tüzüğü.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

¹⁹ KAYA İbrahim / ŞİMŞEK Galip Engin, "Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: COVID-19 Örneğinde Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 78, Sayı 2, 2020, ss. 983-1007, s. 996.

önemi haiz bir halk sağlığı durumunun oluştuğunu tespit ederse yine UST kapsamında gerekli olan önlemleri alacaktır²⁰.

COVID-19 sürecinde ortaya çıkan başlıca iki sorun; Çin'in zamanında bildirim yapıp yapmadığı ve DSÖ'nün zamanında uluslararası önemi haiz bir halk sağlığı acil durumu ilan edip etmediğidir. Devletlerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği onlar tarafından verilen bilgi ve belgelere göre yapılabileceği için bu durumun tespit edilmesi oldukça zordur²¹. DSÖ tarafından verilen bilgilere göre; Çin ilk vaka bildirimini 3 Ocak 2020 tarihinde yapmış, DSÖ 30 Ocak 2020'de uluslararası önemi haiz bir halk sağlığı acil durumu ilan etmiş ve 11 Mart 2020'de COVID-19'un küresel bir salgın olduğunu açıklamıştır²². Bu bilgiler çerçevesinde Çin'in bildirim yükümlülüğünü EK-2 çerçevesinde yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesi oldukça zordur²³. DSÖ ise, diğer Uzmanlık Kuruluşları gibi uluslararası iş birliğinin sağlanması amacıyla kurulmuştur²⁴. Uluslararası bir örgüt olarak DSÖ kendi yetki alanları içerisindeki hususları düzenlemekte ve bu düzenlemelerin etkili olup olmadığına ilişkin yönetimi gerçekleştirmektedir. Bu faaliyetleri çerçevesinde belirli kararlar almakta ve bu kararların sağladığı avantajların yanı sıra bazı dezavantajları da söz konusu olmaktadır²⁵. Üstelik DSÖ, 2009'da H1N1 grip salgınında uluslararası önemi haiz bir halk sağlığı acil durumu ilan ettiğinde aceleci davranmakla eleş-

²⁰ UST, m. 15.

²¹ KESKİN ATA Funda, "KOVID-19 Pandemisi: Uluslararası Hukuk Açısından Dünya Sağlık Örgütü'ne İlişkin Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 76, No. 1, 2021, ss. 1-35, s. 30.

²² Listings of WHO's response to COVID-19, <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covid-timeline> (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

²³ KATIMAN Esra, "KOVID-19 Olgusu Çerçevesinde, Bir Salgın Hastalığın Menşei Olan Devletin Uluslararası Sorumluluk Hukuku Kuralları Bakımından Durumu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, 2020, ss. 436-454, s. 441, 442.

²⁴ KESKİN ATA, s. 27.

²⁵ KLABBERS Jan, "The Second Most Difficult Job in the World: Reflections on COVID-19", Journal of International Humanitarian Legal Studies, Vol. 11, 2020, ss. 270-281, s. 273.

tirilmiştir²⁶. Özetle uluslararası önemi haiz bir halk sağlığı acil durumu kararının alınması, uygulanması ve ortaya çıkan küresel kriz durumunun yönetiminin sağlanması oldukça zordur. Bu zorluğa rağmen, uluslararası hukukun bütün kişileri ve katılımcıları tarafından uluslararası iş birliğinin sağlanması ve uluslararası hukuk kapsamında belirlenen kurallara uyulmasından başka bir çözüm bulunmamaktadır.

II. AŞILARA EŞİT VE ADİL ERİŞİM SORUNU VE ULUSLARARASI İŞ BİRLİĞİ

COVID-19 salgını uluslararası hukuk çerçevesinde ele alan çalışmaların neredeyse tamamının ortak yaklaşımı küresel salgınların yönetiminde uluslararası iş birliğinin sağlanmasıdır. Bu salgının ortaya çıkmasıyla birlikte oluşan başlıca sorunlar ve DSÖ'nün bu sorunların çözümünde nasıl bir etkiye sahip olabileceğinin genel çerçevesine makalenin bir önceki kısmında yer verilmiştir. DSÖ'ye üye olan devletlerin, karmaşık salgın sürecinin yönetilebilmesi bakımından iş birliğini sağlamaya yönelik siyasi bir irade göstermedikleri ifade edilmiştir²⁷. Üstelik DSÖ'nün geleceği ve başarısı üye devletlerin desteğine bağlı olarak değişecektir²⁸.

Uluslararası iş birliği, aşılara erişimin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir. Zira salgının geldiği boyut düşünüldüğünde; aşılama, toplumsal bağışıklığın sağlanması bakımından kaçınılmaz bir gereklilik olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla uluslararası hukuk kişileri olarak DSÖ'nün ve üye devletlerin yeni sınavı aşılama uluslararası iş birliğinin sağlanmasıdır. Zira özellikle ilk aşamada tüm dünya için yeterli dozda aşının üretilmesi mümkün görünmemektedir²⁹. Bu çerçevede, aşılara eşit ve adil bir biçimde erişilebilmesini sağlamak ba-

²⁶ KLABBERS, s. 275.

²⁷ BENVENISTI, s. 597.

²⁸ GOSTIN L.O. / SRIDHAR D. / HOOUGENDBLER D., "The Normative Authority of the World Health Organization", *Public Health*, Vol. 129, No. 7, 2015, ss. 854-863, s. 862.

²⁹ VON BOGDANDY, Armin / VILLARREAL, Pedro A., "The Role of International Law in Vaccinating Against COVID-19: Appraising the COVAX Initiative", *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper Series*, No. 2020-46, 2020, s. 2.

kımından uluslararası hukukun imkânları üzerinde durulacak ve aşı milliyetçiliği ile sağlık hakkı kavramlarından bahsedilecektir.

1. Aşılar Erişimde Uluslararası İş Birliği

İş birliği kavramı herhangi bir uluslararası anlaşmada ya da uluslararası örgüt kararında tanımlanmamıştır. Ancak uluslararası hukuk çerçevesinde iş birliği, uluslararası toplumun sosyal refah düzeyini arttırmak için devletler arasında iş birliği yapılması anlamında kullanılmaktadır³⁰. Zira diğer Uzmanlık Kuruluşları gibi DSÖ de devletler arasındaki uluslararası iş birliğinin sağlanması amacıyla kurulmuştur³¹. Öte yandan, DSÖ Anayasası'nın 2. maddesine göre, Örgüt; sağlık alanındaki kuruluşlarla iş birliği yapma yetkisine sahip kılınmıştır. Dolayısıyla aşılar erişimde uluslararası iş birliğini sağlamak DSÖ'nün kurucu anlaşması çerçevesindeki yükümlülüklerinden biridir.

DSÖ'nün uluslararası sağlık alanında iş birliği yapma yükümlülüğünün diğer bir kaynağı ise, BM Şartı³²'dir. Uzmanlık Kuruluşları, BM Şartı'nın 57. maddesinin 2. fıkrası ile 63. maddesi gereğince, BM organlarından biri olan Ekonomik ve Sosyal Konsey üzerinden BM'ye bağlanmaktadır. Ekonomik ve Sosyal Konsey ise, BM Şartı'nın 71. maddesi gereğince, kendi yetkisine giren konularda hükümet-dışı kuruluşlara danışmak için uygun düzenlemeler yapabilecektir. Dolayısıyla Uzmanlık Kuruluşlarının uluslararası iş birliğinin sağlanmasında BM organlarından hükümet dışı kuruluşlara uzanan geniş bir yelpazesi söz konusudur. BM'nin COVID-19 ile mücadelede tüm organlarıyla ve özellikle

³⁰ WOLFRUM Rüdiger, "Co-operation, International Law", Ed: Rüdiger Wolfrum, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 783.

³¹ Sağlık alanında uluslararası iş birliğinin sağlanmasına ilişkin gelişmeler esas olarak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkmıştır. DSÖ, 21. yüzyılın ortalarına doğru BM çerçevesinde kurulmuş olsa da yaklaşık yüz yıllık bir geçmişe sahip olan sağlık alanındaki iş birliği mekanizmalarının deneyiminden faydalanmıştır. BEIGBEDER Yves, "World Health Organization (WHO)", Ed: Rüdiger Wolfrum, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. 10, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 925.

³² Charter of United Nations (BM Şartı), <https://treaties.un.org/doc/publication/ctc/uncharter.pdf> (Erişim Tarihi: 30.03.2021).

Ekonomik ve Sosyal Konsey ile iş birliği içerisinde olması beklenmektedir³³.

Aşılarla erişim, BM ve DSÖ çerçevesinde 2020'nin Nisan ayında ele alınmaya başlanmıştır. Zira 20 Nisan 2020 tarihinde, BM Genel Kurulu "COVID-19'a yönelik tıbbi ekipman, aşı ve ilaçlara küresel erişimi sağlamak için uluslararası iş birliği" başlıklı bir karar almıştır³⁴. Kararda COVID-19 küresel salgınının birlik, dayanışma ve çok taraflı iş birliğine dayalı küresel bir yanıt gerektirdiği vurgulanarak DSÖ'nün öncü bir rol oynaması gerektiğini belirtmiştir. Bunun yanında BM Genel Sekreteri ve DSÖ'yü ilaçlara, aşılarla ve tıbbi ekipmanlara küresel erişimi teşvik etme ve sağlama çabalarını etkin bir şekilde koordine etmek ve bu konuda Genel Kurul'a bilgi vermekle görevlendirmiştir.

24 Nisan 2020'de DSÖ, Fransa Cumhurbaşkanı Emanuel Macron, Avrupa Komisyonu Başkanı Ursula Von der Leyen ve Bill & Melinda Gates Vakfı'nın ev sahipliğinde sanal ortamda bir etkinlik gerçekleştirilmiştir. Bu etkinlikte DSÖ Genel Direktörü COVID-19 aşılarına, tanı ve tedavi araçlarına adil erişimi ve üretimi hızlandırmak için bir iş birliği olan COVID-19 Araçlarına Erişim Hızlandırıcısı (The Access to COVID-19 Tools Accelerator - ACT) adında bir girişim kurmuştur³⁵. ACT; hükümetleri, bilim insanlarını, şirketleri, sivil toplumu, hayırseverleri ve küresel sağlık kuruluşlarını bir araya getirmiştir. Bu kuruluşlar, dünyadaki ölüm oranlarını ve ciddi hastalıkları azaltmak için ihtiyaç duyulan testlerin, tedavilerin ve aşıların geliştirilmesi ve eşit dağılımını destekleyerek yakın vadede salgının hızlıca sonlanmasını amaçladıklarını belirtmiştir³⁶.

DSÖ'nün üç ana organından biri olan Dünya Sağlık Asamblesi, 19 Mayıs 2020 tarihinde COVID-19 salgınına ilişkin bir karar yayımlamış-

³³ HALATÇI ULUSOY Ülkü, "Birleşmiş Milletler'in COVID-19 ile Mücadele Sınavı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, 2020, ss. 527-541, s. 538.

³⁴ BM Genel Kurul Kararı, A/RES/74/274, <https://undocs.org/en/A/RES/74/274> (Erişim Tarihi: 30.03.2021).

³⁵ Listings of WHO's response to COVID-19, <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline> (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

³⁶ What is the ACT-Accelerator, <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/about> (Erişim Tarihi: 29.03.2021)

tır³⁷. Bu kararda da aşılara erişimin sağlanmasında iş birliği yapılmasının gerektiğinin altı çizilmiştir. 15 Temmuz 2020'de DSÖ, COVID-19 aşılarna hızlı, eşit ve adil erişimi teminat altına almak için tasarlanmış bir mekanizma olan COVAX'a dünya nüfusunun yüzde altmışından fazlasını temsil eden yüz elliden fazla ülkenin katılım sağladığını belirtmiştir³⁸. Bu makalenin üçüncü kısmında üzerinde durulacak olan COVAX, aşılara eşit ve adil erişim amacını gerçekleştirmek için ana uluslararası araçtır³⁹.

2. Aşı Milliyetçiliği ile Aşılara Eşit ve Adil Erişim

COVID-19 aşılarna eşit ve adil bir erişimin sağlanabilmesi amacıyla uluslararası iş birliğinin gerçekleştirilebilmesi oldukça önemlidir ve bu kapsamda önemli adımların atılması gerekmektedir⁴⁰. Ancak aşı milliyetçiliği olarak ifade edilen kavram, bu amacı gerçekleştirmenin karşısında güçlü bir engel teşkil etmektedir. Aşı milliyetçiliği, devletlerin öncelikle kendi ülkesinde yaşayan insanların aşılama konusundaki baskı sonucunda insanlığın geri kalanının sağlığını ihmal etmeleri şeklinde açıklanmaktadır⁴¹. Bu durumun ekonomik zorluklara yol açmakla kalmayıp gelecekteki salgınlarda ihtiyaç duyulan uluslararası iş birliğine de zarar vereceği tahmin edilmektedir⁴².

Aşılara eşit ve adil erişimin sağlanmasının sadece devletlerin çabasıyla sonuca ulaşabilmesi mümkün değildir. Zira devletlerin kendi nüfuslarını öncelikli aşılama noktasında ciddi bir eğilimi söz konusudur. Bu eğilim, devletleri sağlık hakkının yerine getirilmesi konusunda önce-

³⁷ COVID-19 response by the 73rd World Health Assembly, https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_R1-en.pdf (Erişim Tarihi: 30.03.2021).

³⁸ Listings of WHO's response to COVID-19, <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline> (Erişim Tarihi: 30.03.2021).

³⁹ VON BOGDANDY / VILLARREAL, s. 2.

⁴⁰ SARIBEYOĞLU SKALAR Meltem, "COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımı: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar", PPIL, Cilt 41, Sayı 2, 2021, ss. 395-419, s. 415.

⁴¹ VON BOGDANDY / VILLARREAL, s. 8.

⁴² BOLLKY Thomas J. / BOWN Chad P., "The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic", Foreign Affairs, Vol. 99, No. 5, 2020, ss. 96-109, s. 97.

likle kendi ülkesi için yükümlü gören bir bakış açısıyla olağan karşılanabilir. Ancak devletler, diğer ülkelerde yaşayan insanlar bakımından zarar vermeme ve uluslararası iş birliği yapma yükümlülüklerine sahiptir⁴³. Aşıların üretilmesi ve etkin bir biçimde dağıtılması için ise, devletler ile birlikte diğer uluslararası hukuk kişilerinin ve katılımcılarının iş birliğine ihtiyaç duyulmaktadır. COVAX bunun sağlaması bakımından önemli bir girişimdir⁴⁴. Bu çerçevede, makalenin bir sonraki başlığı COVAX'a ayrılmıştır.

III. COVAX

COVAX, daha önce de ifade edildiği gibi Nisan 2020'de COVID-19 aşılara, tanı ve tedavi araçlarına adil erişimi ve üretimi hızlandırmak için bir iş birliği olan ACT'nin bir unsuru olarak kurulmuştur. COVAX'ın çok taraflı bir girişim olarak amacı dünyadaki tüm insanların ülkelerinin gelir düzeyine bakılmaksızın COVID-19 aşılara erişebilmelerine olanak sağlayacak küresel bir çözüm mekanizması ortaya koymaktır⁴⁵. Böylelikle 2021 yılının sonuna kadar iki milyar doz aşının mevcut olması ve bu miktarın sağlık çalışanları ile "yüksek riskli grup" olarak nitelenen insanlara uygulanması hedeflenmektedir. COVAX hem yüksek gelirli hem de düşük gelirli ülkeler için çözüm sunan bir yapıdadır. Zira hiçbir aşı üreticisiyle ikili anlaşma yapmamış yüksek gelirli ülkeler kendileri finanse ederek bu aşılarla ulaşabilecekken; düşük gelirli ülkelerin vatandaşlarının aşuya ulaşması bu ülkelerin finanse edilmesiyle sağlanacaktır⁴⁶. Finanse edilen ülkelerin aşılarının dozları Dünya Bankası ve Bill & Melinda Gates Vakfı gibi bağışçılar tarafından karşılanacaktır. Hangi ülkelerin finanse edileceği ise, Dünya Bankası'na bağlı

⁴³ VON BOGDANDY / VILLARREAL, s. 17-19.

⁴⁴ GOSTIN L.O. / KARIM S. A. / MEIER B. M., "Facilitating Access to a COVID-19 Vaccine through Global Health Law", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 48, 2020, ss. 622-626, s. 623.

⁴⁵ ECCELESTON-TURNER Mark / UPTON Harry, "International Collaboration to Ensure Equitable Access to Vaccines for COVID-19: The ACT-Accelerator and the COVAX Facility", *The Milbank Quarterly*, Vol. 99, No. 2, 2021, ss. 426-449, s. 426.

⁴⁶ COVAX-Explained, <https://www.gavi.org/vaccineswork/covax-explained> (Erişim Tarihi: 03.04.2021).

Uluslararası Kalkınma Birliği'nin resmi kalkınma kriterleri çerçevesinde belirlenmektedir⁴⁷.

COVAX, uluslararası örgüt olarak DSÖ, Dünya Bankası ve Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) ile diğer özel kuruluşların girişiminin bir sonucudur⁴⁸. Özel kuruluşlardan öne çıkan iki isim CEPI ve GAVI'dir. GAVI, 1990'ların sonunda bulaşıcı hastalıklara karşı etkin aşılama amacıyla oluşturulmuş bir ittifaktır⁴⁹. GAVI'nin kendisi de kamu-özel ortaklığının bir sonucu olarak İsviçre hukuku altında kurulmuştur⁵⁰. GAVI, en yoksul ülkelerdeki salgın hastalıkların aşılama ile kontrol altına alınması amacını taşımaktadır⁵¹. CEPI ise, bulaşıcı hastalıklara karşı aşıların geliştirilmesini hızlandırmak ve salgınlar sırasında insanların bu aşılarla kolay erişimini sağlamak için kurulmuş küresel bir ortaklık olarak kendini tanıtmaktadır⁵². CEPI, genel merkezi Norveç'te bulunan bir vakıf olarak 2017 yılında kurulmuştur⁵³. Dolayısıyla COVAX, uluslararası örgütlerin yanı sıra iç hukuka göre kurulmuş küresel mekanizmalar arasındaki iş birliği sonucunda ortaya çıkmış bir yapılanmadır. DSÖ'nün devlet merkezli bir yapıya sahip olduğu ve devlet-dışı aktörleri doğrudan bünyesine katamadığı için yetersiz olduğuna ilişkin söylem⁵⁴ dikkate alınır; COVAX, aşılarla eşit ve adil erişimin başarıya ulaşması için önemli bir adım olarak değerlendirilebilecektir.

COVAX'ın ortaya çıkabilecek muhtemel çatışmaların yönetimine dair oluşturduğu birtakım mekanizmalar da söz konusu olmuştur. COVID-19'a karşı aşı geliştirilmesi, üretilmesi ve dağıtılmasında GAVI, CEPI ve DSÖ bir araya gelerek "COVAX Koordinasyon Toplantısı (CCM)" adında bir koordinasyon mekanizması oluşturmuşlardır. Bunun

⁴⁷ VON BOGDANDY / VILLARREAL, s. 11.

⁴⁸ VON BOGDANDY / VILLARREAL, s. 11.

⁴⁹ MARTIN Jacques-François / MARSHALL John, "New Tendencies and Strategies in International Immunisation: GAVI and The Vaccine Fund", *Vaccine*, Vol. 21, No. 7-8, 2008, ss. 587-592, s. 588.

⁵⁰ VON BOGDANDY / VILLARREAL, s. 11.

⁵¹ MARTIN / MARSHALL, s. 592.

⁵² CEPI, <https://cepi.net/about/whoweare/> (Erişim Tarihi: 03.04.2021).

⁵³ CEPI, <https://cepi.net/about/whyweexist/> (Erişim Tarihi: 03.04.2021).

⁵⁴ ALVAREZ, s. 582.

sonucunda da danışma organı niteliğindeki birtakım komiteler kurulmuştur⁵⁵. Dolayısıyla COVAX, kurulduktan sonra dinamik bir şekilde kurumsal mekanizmasını güçlendiren girişimlerde bulunmaya devam etmiştir.

COVAX'ın uluslararası hukuktaki statüsünün açıklanması oldukça zor görünmekle birlikte uluslararası hukukta kişilik kavramı bakımından incelenmesi gerekmektedir. Zira COVAX, uluslararası örgütler ile özel kuruluşlar arasında kurulmuş bir mekanizma şeklinde ortaya çıkmıştır. COVAX, uluslararası örgüt niteliğini haiz değildir. Zira uluslararası örgütlere ilişkin kesin bir tanım vermek mümkün olmasa da genellikle devletler tarafından kurulurlar. Ancak uluslararası örgütlerin diğer birtakım uluslararası örgütlere üye olması da söz konusu olabilir. Uluslararası bir andlaşmaya ya da belgeye bağlı olarak kurulmalarının yanı sıra uluslararası hukukun kişisi olarak kabul edilirler⁵⁶. Uluslararası hukuk bakımından COVAX'ı ilgili çekici hale getiren husus; uluslararası hukuk kişisi olarak uluslararası örgütlerin⁵⁷ özel sektörde yer alan birtakım kuruluşlarla COVAX çatısı altında iş birliği içerisinde faaliyet göstermesidir. Dolayısıyla COVAX uluslararası hukukun kişisi olmasa bile; uluslararası alanda faaliyet gösteren esnek bir iş birliği mekanizması olarak uluslararası hukukun katılımcısıdır.

COVAX, küresel sorunlara çözüm üretilmesinde uluslararası örgütlerin ağır eleştirilere maruz bırakıldığı COVID-19 sürecinde ortaya çıkmıştır. COVAX'ın aşıya adil erişim konusundaki başarısının, özellikle aşı milliyetçiliğinin yaygınlığının bir sonucu olarak sınırlı olacağı tahmin edilmektedir⁵⁸. Aşıların etkinliği ve salgının sona erdirilmesindeki rolü sınırlı olabilse de; COVAX'ın etkinliği bakımından önemli olan hedeflenen miktarda aşının tedarik edilip edilemeyeceğidir. Eğer COVAX

⁵⁵ COVAX: The Vaccines Pillar of the Access to COVID-19 Tools (ACT) Accelerator: Structure and Principles, [https://www.who.int/publications/m/item/covax-the-vaccines-pillar-of-the-access-to-covid-19-tools-\(act\)-accelerator](https://www.who.int/publications/m/item/covax-the-vaccines-pillar-of-the-access-to-covid-19-tools-(act)-accelerator) (Erişim Tarihi: 03.04.2021).

⁵⁶ EMİR Nergiz, *Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 75.

⁵⁷ EMİR Nergiz, s. 62-64.

⁵⁸ ECCELESTON-TURNER / UPTON, s. 427.

bu anlamda başarılı olursa⁵⁹ uluslararası hukuktaki bu tür mekanizmalar üzerindeki çalışmalar da artacak ve başka küresel sorunların çözümünde de benzer yöntemler izlenebilecektir⁶⁰. Uluslararası örgütler ile özel sektör arasındaki bu etkileşimin uluslararası hukukta akademik araştırmalara konu olmaya devam edeceği öngörülmektedir⁶¹.

SONUÇ

COVID-19, küresel bir salgın olarak ortaya çıkmasından itibaren devletlerin ve uluslararası bir örgüt olarak DSÖ'nün ciddi eleştirilere maruz bırakılmasına neden olmuştur. Makalenin birinci kısmında COVID-19 ile ortaya çıkan bu sorunların en çok üzerinde durulan kısımlarına yer verilmiştir. Salgının kontrol altına alınmasında devletler birbirine ve bir araya gelerek oluşturdukları uluslararası örgüte karşı suçlayıcı bir tutum benimsemiştir. 2021 itibariyle siyasi, ekonomik ve hukuki kriz durumu oldukça hafiflemiş olsa da henüz devam etmektedir.

COVID-19'a karşı aşılama, aşı milliyetçiliği ve aşılarla eşit ve adil erişim için uluslararası iş birliğine duyulan ihtiyaç makalenin ikinci kısmında ele alınmış olup COVID-19 sürecinin yeni sorunlarıdır. Uluslararası hukukta iş birliği kavramı, uzunca bir süre devletler arasındaki iş birliğine karşılık gelecek şekilde ele alınmış ve bunun sonucunda uluslararası örgütler ortaya çıkmıştır. Özellikle BM Uzmanlık Kuruluşları ve bunlardan biri olan DSÖ, devletler arasındaki teknik sorunların çözümüne yönelik olarak kurulmuştur. Ancak COVID-19'a karşı aşılama

⁵⁹ 2021 yılının Eylül ayı itibariyle, 139 ülkeye 240 milyon doz aşının teslim edilmişse de; DSÖ, COVID-19 aşılarına erişim konusundaki tablonun kabul edilemez olduğunu ifade etmektedir. Küresel olarak aşıya adil ve eşit erişimin sağlanmasında COVAX; ihracat yasakları, üreticiler ile ülkeler tarafından ikili anlaşmalara öncelik verilmesi ve bazı önemli üreticiler tarafından üretimin ölçeklendirilmesinde devam eden zorluklar nedeniyle öngörülen faydayı sağlayamamıştır. Joint COVAX Statement on Supply Forecast for 2021 and early 2022, <https://www.who.int/news/item/08-09-2021-joint-covax-statement-on-supply-forecast-for-2021-and-early-2022> (Erişim Tarihi: 14.09.2021).

⁶⁰ VON BOGDANDY / VILLARREAL, s. 20.

⁶¹ Bu yöndeki bir araştırma için bakınız: PRIVIGO, <https://www2.helsinki.fi/en/erik-castren-institute/intergovernmental-organizations-between-mission-and-market-international-institutional-law-and-the-private-sector-privigo> (Erişim Tarihi: 03.04.2021).

sorununun çözümünde bu dar kapsamlı iş birliğinin genişletilmesi ihtiyacı doğmuştur. Teorik olarak bu sorun ile ilişkilendirilebilecek olan COVAX ise, makalenin üçüncü bölümünde değerlendirilmiştir.

COVAX, COVID-19'a karşı aşılama da uluslararası iş birliğini sağlamayı hedefleyen ve uluslararası örgütler ile özel kuruluşların bir araya gelerek oluşturdukları dinamik bir mekanizmadır. COVAX'ın ne ölçüde başarılı olacağı ya da amaçladığı hedefe ulaşp ulaşamayacağı belirsizdir. Buna rağmen, küresel düzeyde aşılar a eşit ve adil erişimin sağlanması için önemli bir girişimdir. COVAX, aşılama ya ilişkin bir iş birliği modelidir. Ancak daha kapsamlı bir değerlendirmeyle, uluslararası örgütler ile özel sektör arasındaki ilişkinin başarısı bakımından da dikkate alınması gerekmektedir. COVAX'ın, küresel sorunların çözümünde BM Uzmanlık Kuruluşları ile özel hukuka göre kurulmuş olan yapıların iş birliği yapması için teşvik edici bir rol üstlenmesi olasıdır.

KAYNAKLAR

Kitaplar ve Makaleler

- ALVAREZ José E., "The WHO in the Age of the Coronavirus", The American Society of International Law, Vol. 114, No. 4, 2020, ss.578-587.
- BEIGBEDER Yves, "World Health Organization (WHO)", Ed: Rüdiger Wolfrum, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. 10, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- BENVENISTI Eyal, "The WHO-Destined to Fail?: Political Cooperation and The COVID-19 Pandemic", The American Society of International Law, Vol. 114, No. 4, 2020, ss.588-597.
- BOLLYKY Thomas J. / BOWN Chad P., "The Tragedy of Vaccine Nationalism: Only Cooperation Can End the Pandemic", Foreign Affairs, Vol. 99, No. 5, 2020, ss. 96-109.
- BRADLEY Curtis A. / HELFER Laurence R., "Introduction to 'The International Legal Order and the Global Pandemic' ", The American Society of International Law, Vol. 114, No. 4, 2020, ss. 571-577.
- BURCI Gian Luca, "COVID-19 and the Governance of International Organizations: Open Challenges", International Organizations Law Review, Vol. 17, No. 3, 2020, ss. 485-491.
- DENK Erdem, Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.
- ECCELESTON-TURNER Mark / UPTON Harry, "International Collaboration to Ensure Equitable Access to Vaccines for COVID-19: The ACT-Accelerator and the COVAX Facility", The Milbank Quarterly, Vol. 99, No. 2, 2021, ss. 426-449.
- EMİR Nergiz, Uluslararası Hukukta Kişilik Kavramı ve Uluslararası Örgütlerin Hukuki Kişiliğinin Sonuçları, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- FIDLER David P., "To Fight a New Coronavirus: The COVID-19 Pandemic, Political Herd Immunity, and Global Health Jurispru-

- dence", Chinese Journal of International Law, Vol. 19, No. 2, 2020, ss. 207-213.
- GOSTIN L.O. / SRIDHAR D. / HOOUGENDOBLER D., "The Normative Authority of the World Health Organization", Public Health, Vol. 129, No. 7, 2015, ss. 854-863.
- GOSTIN L.O. / KARIM S. A. / MEIER B. M., "Facilitating Access to a COVID-19 Vaccine through Global Health Law", Journal of Law, Medicine & Ethics, Vol. 48, 2020, ss. 622-626.
- HALATÇI ULUSOY Ülkü, "Birleşmiş Milletler'in COVID-19 ile Mücadele Sınavı", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, 2020, ss. 527-541.
- KATIMAN Esra, "KOVID-19 Olgusu Çerçevesinde, Bir Salgın Hastalığın Menşei Olan Devletin Uluslararası Sorumluluk Hukuku Kuralları Bakımından Durumu", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 2, 2020, ss. 436-454.
- KAYA İbrahim / ŞİMŞEK Galip Engin, "Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Sağlık Tüzüğü: COVID-19 Örneğinde Uluslararası Hukukta Salgın Hastalıklarla Mücadele", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 78, Sayı 2, 2020, ss. 983-1007.
- KESKİN ATA Funda, "KOVID-19 Pandemisi: Uluslararası Hukuk Açısından Dünya Sağlık Örgütü'ne İlişkin Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 76, No. 1, 2021, ss. 1-35.
- KLABBERS Jan, "The Second Most Difficult Job in the World: Reflections on COVID-19", Journal of International Humanitarian Legal Studies, Vol. 11, 2020, ss. 270-281.
- KURTDARCAN Bleda / MUMCU Özgür Ş., "COVID-19'un Düşündürdükleri: Uluslararası Hukukun Pandemiyle Mücadele Rejimine Genel Bir Bakış", GSÜHFD, S. 1, 2020, ss. 165-186.
- MARTIN Jacques-François / MARSHALL John, "New Tendencies and Strategies in International Immunisation: GAVI and The Vaccine Fund", Vaccine, Vol. 21, No. 7-8, 2008, ss. 587-592, s. 588.
- SAMANCI Uğur, "Dünya Sağlık Örgütü ve Normatif İşlevi", DEÜ SBE Dergisi, Cilt 18, Sayı 1, 2016, ss. 55-89.

- SARIBEYOĞLU SKALAR Meltem, "COVID-19 ve Aşının Adil Dağıtımını: Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmaları Bağlamında Ortaya Çıkan Sorunlar", PPIL, Cilt 41, Sayı 2, 2021, ss. 395-419.
- QUINTANA Francisco-José / URIBURU Justina, "Modest International Law: COVID-19, International Legal Responses and Depoliticization", The American Society of International Law, Vol. 114, No. 4, 2020, ss.687-697.
- VON BOGDANDY, Armin / VILLARREAL, Pedro A., "The Role of International Law in Vaccinating Against COVID-19: Appraising the COVAX Initiative", Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper Series, No. 2020-46, 2020.
- WOLFRUM Rüdiger, "Co-operation, International Law", Ed: Rüdiger Wolfrum, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Vol. 2, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- YÜKSEL Cüneyt / BARAN Deniz, "COVID-19 Salgını ve Bulaşıcı Hastalıkların Yarattığı Küresel Krizlerle Mücadelede Uluslararası Hukuk", İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 78, Sayı 2, 2020, ss. 885-934, s. 896.

İnternet Üzerinden Erişilen Kaynaklar

- Archived: WHO Timeline - COVID-19,
<https://www.who.int/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19> (Erişim Tarihi: 24.03.2021).
- BM Genel Kurul Kararı, A/RES/74/274,
<https://undocs.org/en/A/RES/74/274> (Erişim Tarihi: 30.03.2021).
- CEPI, <https://cepi.net/about/whoweare/> &
<https://cepi.net/about/whyweexist/> (Erişim Tarihi: 03.04.2021).
- COVAX, <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax> (Erişim Tarihi: 24.03.2021).
- COVAX-Explained, <https://www.gavi.org/vaccineswork/covax-explained> (Erişim Tarihi: 03.04.2021).

COVAX: The Vaccines Pillar of the Access to COVID-19 Tools (ACT) Accelerator: Structure and Principles, [https://www.who.int/publications/m/item/covax-the-vaccines-pillar-of-the-access-to-covid-19-tools-\(act\)-accelerator](https://www.who.int/publications/m/item/covax-the-vaccines-pillar-of-the-access-to-covid-19-tools-(act)-accelerator) (Erişim Tarihi: 03.04.2021).

COVID-19 response by the 73rd World Health Assembly, https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA73/A73_R1-en.pdf (Erişim Tarihi: 30.03.2021).

Joint COVAX Statement on Supply Forecast for 2021 and early 2022, <https://www.who.int/news/item/08-09-2021-joint-covax-statement-on-supply-forecast-for-2021-and-early-2022> (Erişim Tarihi: 14.09.2021).

International Sanitary Regulations (Uluslararası Sağlık Dair Tüzük), https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/85636/Official_record37_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

Listings of WHO's response to COVID-19, <https://www.who.int/news/item/29-06-2020-covidtimeline> (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

PRIVIGO, <https://www2.helsinki.fi/en/erik-castren-institute/intergovernmental-organizations-between-mission-and-market-international-institutional-law-and-the-private-sector-privigo> (Erişim Tarihi: 03.04.2021).

Uluslararası Sağlık Tüzüğü, https://www.hssgm.gov.tr/content/documents/uluslararasi_antlasmalar/Uluslararası%C4%B1%20Sa%C4%9Fl%C4%B1k%20T%C3%BCz%C3%BCc%C4%9F%C3%BC.pdf (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

What is the ACT-Accelerator, <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/about> (Erişim Tarihi: 29.03.2021).

WHO Constitution (DSÖ Anayasası), https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf (Erişim Tarihi: 24.03.2021).



VİSEGRAD GRUBU AB KURUMLARINA KARŞI: GÖÇ KRİZİNDE ABAD KARARLARI

Arş. Gör. Dr. Sevgi ÇİLİNGİR*

Öz

Göç krizine yönelik tutumları, Visegrad Grubu'nu (V4) Avrupa Birliği (AB) içinde yeni bir blok haline getirmiştir. V4 ülkelerinin- Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Polonya ve Slovakya- diğer AB üyeleri ve AB kurumlarıyla uyumsuzlukları, yargıya da taşınmıştır. İlk etapta, V4 ülkeleri, Konseye karşı açtıkları yeniden yerleştirme mekanizmasını iptal davasını kaybetmişlerdir. Ardından Komisyon, V4 ülkelerine karşı çeşitli ihlal davaları açmıştır. Bu çalışma, göç krizi süresince, V4 ülkeleri ile AB kurumları arasındaki gerilimi, Avrupa Ortak Sığınma Sistemi (AOSS) kapsamında sonuçlanmış üç dava üzerinden incelemektedir. Davaların, bu devletlerin AB içindeki konumlarına ilişkin siyasi ve hukuki nitelikleri değerlendirilmektedir. Davalar, sadece V4- AB ilişkileri değil, AB içtihat hukuku açısından da önemlidir. Bu bağlamda, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD), kararlarında göç krizi geçici önlemlerine ilişkin ilk kez yaptığı değerlendirme ve Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanında üye devletlere sağlanacak derogasyonların kapsamına ilişkin yorumunun, içtihat hukukuna katkıları irdelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Avrupa Birliği • Visegrad Grubu • Göç Krizi • Avrupa Ortak Sığınma Sistemi • İçtihat Hukuku

* Arş. Gör. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi, İşletme Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, Türkiye | Res. Asst. PhD., Dokuz Eylül University, Faculty of Business, Department of International Relations, Chair of EU Law, Izmir, Turkey

✉ sevgi.cilingir@deu.edu.tr • ORCID 0000-0003-4597-6691

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÇİLİNGİR Sevgi, "Visegrad Grubu AB Kurumlarına Karşı: Göç Krizinde ABAD Kararları", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2881-2931.

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

THE VISEGRAD GROUP AGAINST EU INSTITUTIONS: CJEU DECISIONS DURING THE MIGRATION CRISIS

Abstract

Attitudes towards the migration crisis turned the Visegrad Group (V4) into a new bloc within the European Union (EU). Disputes between V4 - Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia - and other EU members and institutions were forwarded to the judiciary. V4 lost the case against the Council for the annulment of the relocation mechanism. Subsequently, the Commission opened infringement cases. This study analyses the tension between V4 and EU institutions during the migration crisis, through three concluded cases on Common European Asylum System (CEAS). Their political and legal features are evaluated in conjunction with the position of V4 within the EU. These are important both for V4 - EU relations and EU case law. The contributions of the Court of Justice (CJEU) by its first-time evaluation of provisional measures for the migration crisis and interpretation of the scope of derogations within the Area of Freedom, Security and Justice are examined.

Key Words

European Union • Visegrad Group • Migration Crisis • Common European Asylum System • Case Law

GİRİŞ

Avrupa Birliği (AB) projesi, yakın dönemde yaşanan krizlerle sekteye uğramıştır. Etkileri bugün dahi görülen 2008-2009 mali krizi ve 2015 göç krizi, Birliğin ortak sorunlara ortak çözümler getirme kapasitesini zayıflatmıştır. AB şüphesizliğinin yükselişte olduğu bu dönemde, üye devletlerin ulusal çıkarlarına göre pozisyon aldığı krizler, AB'nin ulus üstü yetkilerini ve örgüt olarak etkililiğini sorgulanır hale getirmiştir.

2015 yılında, İkinci Dünya Savaşı'ndan beri görülmemiş sayıda sığınmacının Birlik topraklarına girişi ile başlayan göç krizi, henüz aşılmış değildir. Yeni girişlerin azalmasına rağmen, mevcut sığınmacıların durumu, önemini korumaktadır. Tüm üye devletler üzerinde çeşitli baskılar oluşturan kriz, Avrupa Ortak Sığınma Sistemi (AOSS) kapsamında çözülmeye çalışılmıştır. Önlemlerin yeterliliği ve üye devletler tarafından ne derecede uygulandığı tartışmalıdır. Ancak özellikle Visegrad Grubu (V4 - Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Polonya ve Slovakya), AB düzeyinde alınan bazı kararlara büyük bir direnç göstermiştir. Bu durum, AB içinde

yeni bir cephe oluşmakta olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir.¹ V4 ülkeleri ile AB kurumları arasındaki uyuşmazlıklar, bu çalışmada belirtilen davalar yoluyla yargıya da taşınmıştır.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) sıklıkla iptal ve ihlal davaları aracılığıyla karar verebilmektedir. Ancak bu davaların çoğunluğu, tek pazarın işleyişine ilişkindir.² Sığınma alanındaki düzenlemeleri kapsayan Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı konulu davalar dahil olmak üzere, bunların tarafları, genellikle gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri-dir. Göç krizinde ise V4 ülkeleri ile AB kurumları arasında iptal ve ihlal davaları söz konusu olmuştur. Göç krizi üzerinden V4 hükümetlerinin siyasi söylemlerini, politikalarını ve AB ile ilişkilerini inceleyen birçok akademik çalışma yapılmıştır.³ AOSS müktesebatı özelinde ABAD içtihat hukukunu değerlendiren çalışmalar da mevcuttur.⁴ Ancak ABAD'ın AOSS mevzuatı çerçevesinde V4 ülkelerini nasıl değerlendirdiği üzerine yapılacak çalışmalara ihtiyaç vardır.

Bu çalışmanın amacı, göç krizi odağında V4 ülkeleri ile AB kurumları arasındaki gerilimi, ABAD kararları bağlamında analiz ederek literatüre özgün bir katkı sunmaktır. Bunun için, AOSS alanında V4 ülkeleri ile

¹ HEKİMLER, Oktay, "Batı – Doğu Çekişmesi: Göçmen Meselesi Avrupa'da Yeni bir Bloklamaya Sebep Verebilir mi?," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 73, S. 1, 2018, ss. 19-48.

² Veriler, ABAD içtihat hukuku arama motorundan elde edilmiştir. Bkz. CJEU, "Case-law," <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en>

³ Örneğin bkz. NIC, Milan, "The Visegrád Group in the EU: 2016 as a Turning-Point?," *European View*, C. 15, 2016; MARUSIAK, Juraj, "Visegrad Group: an Unstable Periphery of the European Union?," *Internal Cohesion of the Visegrad Group*, Ed. MARUSIAK, Juraj v.d., Publishing House of the Slovak Academy of Sciences, Bratislava, 2013; PODGÓRZANİSKA, Renata, "The Migration Crisis from the East-Central European Perspective: Challenges for Regional Security," *Polish Political Science Yearbook*, C. 46, S. 2, 2017.

⁴ Örneğin bkz. IPPOLITO, Francesca, "Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of Fundamental Rights to Test?," *European Journal of Migration and Law*, C. 17, S. 1, 2015; MAJCHER, Izabella, "Creeping Crimmigration in CEAS Reform: Detention of Asylum-Seekers and Restrictions on Their Movement under EU Law," *Refugee Survey Quarterly*, C. 40, S. 1, 2021; PEERS, Steve, et al. (Eds.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition: Volume 2: EU Immigration Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.

Konsey ve Komisyon arasında sonuçlanmış olan üç dava incelenecektir. Bunların ikisi, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın⁵ (ABİA) sığınmaya ilişkin acil durum önlemleri (m. 78.3) ve dayanışma hükümlerine (m. 80) dayalı olarak alınan Konsey kararları⁶ ile kurulan yeniden yerleştirme (*relocation*) mekanizmasına ilişkindir. Slovakya ve Macaristan, ikinci Konsey Kararı'nın iptali için açtığı davayı kaybetmiş,⁷ ardından Komisyon, Polonya, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti'ne bu iki kararı ihlal davası açmıştır.⁸ AOSS alanında sonuçlanmış diğer dava ise Komisyon tarafından Macaristan'a karşı açılan AOSS mevzuatını⁹ ihlal davasıdır.¹⁰ Komisyon, ihlal davalarını kazanmıştır. ABAD'da benzeri bir ihlal davası daha görülmüştür,¹¹ ancak çalışmanın hazırlandığı esnada sonuçlanmadığından, inceleme kapsamına alınmamıştır.

Çalışmada ilk olarak, V4 ülkelerinin AB içinde değişen pozisyonlarını ve göç krizindeki tutumlarını ortaya koymak üzere, siyasi çerçeve ele

⁵ Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union (OJ)* C 202, 07.06.2016.

⁶ Bunlar, uluslararası koruma alanında İtalya ve Yunanistan lehine alınan geçici önlemleri düzenleyen 14.09.2015 tarihli EU 2015/1523 (OJ L 239, 15.9.2015, p. 146–156) ile 22.09.2015 tarihli EU 2015/1601 (OJ L 248, 24.9.2015, p. 80–94) sayılı kararlardır.

⁷ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 6 September 2017, *Slovak Republic and Hungary v Council of the European Union*, C-643/15 and C-647/15 (C-643/15), EU:C:2017:631.

⁸ Judgment of the Court (Third Chamber) of 2 April 2020, *European Commission v Republic of Poland, Commission v Hungary, Commission v Czech Republic*, Joined Cases C-715/17, C-718/17 and C-719/17 (C-715/17), EU:C:2020:257.

⁹ İlgili mevzuat, şu direktifleri kapsamaktadır: üye devletlerde yasa dışı olarak bulunan üçüncü ülke vatandaşlarının geri dönüş koşul ve prosedürlerini düzenleyen 2008/115/EC (OJ L 348, 24.12.2008), uluslararası koruma prosedürlerini belirleyen 2013/32/EU (OJ L 180, 29.6.2013) ve uluslararası koruma başvurularında kabul koşullarını belirleyen 2013/33/EU (OJ L 180, 29.6.2013).

¹⁰ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 December 2020, *European Commission v Hungary*, C-808/18, EU:C:2020:1029.

¹¹ Komisyon, Macaristan'a karşı 2013/32/EU ve 2013/33/EU sayılı direktifleri ihlal davası açmıştır. Action brought on 8 November 2019, *European Commission v Hungary*, C-821/19, OJ C 19, 20.1.2020. Dava, Komisyon lehine sonuçlanmıştır. ABAD, Macaristan'ın 2013/32/EU Md. 8.2, 12.1c, 22.1 ve 33.2 ile 2013/33/EU Md. 10.4 hükümlerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bkz. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 16 November 2021, *European Commission v Hungary*, C-821/19, EU:C:2021:930.

almaktadır. Ardından, ilgili davalara konu olan mevzuat ile iptal ve ihlal süreçlerine ilişkin hukuki çerçeve açıklanmaktadır. Üç davada tarafların iddiaları ve ABAD kararlarının ortaya konmasının ardından, bu kararların üye devletler ve AB kurumları arasındaki ilişkiler ile Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanındaki AB içtihat hukuku üzerindeki etkileri tartışılacaktır.

I. SİYASİ ÇERÇEVE

Visegrad Grubu, Soğuk Savaş ertesinde Orta Avrupa'daki eksen değişimi ile ortaya çıkmıştır. Grup, Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti, Macaristan ve Polonya'nın, birbirleriyle işbirliği içinde demokratikleşmeyi, serbest piyasa ekonomisine geçmeyi, "Avrupa siyasi ve ekonomik sistemi ile güvenlik ve yasama sistemine tam katılımı" amaçlayan 1991 Visegrad Deklarasyonu ile kurulmuştur.¹² Bu ülkeler, iç ve dış siyasette Rusya'nın etkisinden uzaklaşıp birbirleriyle, AB ve NATO gibi Avrupa kurumlarıyla yakınlaşarak, "yeni bir Orta Avrupa" yaratmak istemişlerdir.¹³ 1991-1993 yıllarında AB ile ortaklık anlaşmaları imzalamış, 1994-1996 yıllarında üyeliğe aday olmuşlardır.¹⁴

V4 ülkeleri, AB'ye 2004 genişlemesi kapsamında katılmıştır. Dönemin diğer aday ülkeleri gibi, üyelik öncesinde uzun bir uyum süreci geçirmişlerdir. 1993 yılında belirlenen Kopenhag Kriterleri uyarınca, "demokrasi, hukuk devleti, insan hakları, azınlıklara saygı ve haklarının korunmasını garanti eden istikrarlı kurumlara," tek pazara entegre olabilecek ve üyelik yükümlülüklerini yerine getirebilecek kapasiteye sahip oldukları teyit edilerek üye olmuşlardır.¹⁵

¹² VISEGRAD GROUP, "Visegrad Declaration 1991," 2019, <https://www.visegradgroup.eu/documents/visegrad-declarations/visegrad-declaration-110412>, E.T. 27.01.2021. Çekoslovakya, sosyalist rejimin sona ermesiyle 1990'da Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti adını almış, 1993'te Çek Cumhuriyeti ve Slovakya olarak iki ayrı devlete dönüşmüştür.

¹³ NIC, s. 283.

¹⁴ EUROPEAN UNION, "The 2004 Enlargement: the Challenge of a 25-Member EU," 23.01.2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISUM%3Ae50017>

¹⁵ EUROPEAN COMMISSION, "Accession Criteria," 2016, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/glossary/terms/accession-criteria_en, E.T. 27.01.2021.

Başlangıçta AB üyeliği, liberal demokrasi ve serbest piyasa ekonomisine geçiş sürecindeki bu ülkeler için, uluslararası işbirliğinin ötesinde, normatif ve kimliksel bir anlam ifade etmiştir. Adaylık döneminde, V4 ülkelerinde siyasi elitin ve kamuoyunun AB'ye bakışı, "Avrupa'ya dönüş" anlatısıyla ifade edilen idealist bir yaklaşımla şekillenmiştir.¹⁶ Ancak üyeliğe doğru, Avrupa ideali ile AB birbirinden ayrıştırılmaya başlanmış, AB şüpheciliği - azınlıkta olmakla birlikte - ortaya çıkmıştır.¹⁷

Üyelik döneminde, AB üyeliğine faydacı yaklaşım, giderek idealist yaklaşımın önüne geçmiştir. 2008-2009 mali krizi, V4 ülkelerini, diğer Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleri gibi, Batı ve Kuzey Avrupa'daki üyelerden daha fazla etkilemiştir. On yıla yakın üyeliğin ardından halen çeper ülke konumunda bulunan bu ülkelerde işsizlik oranı yüksek, sosyal koruma düzeyi ise düşük seyretmiştir. Aynı zamanda, etnik merkezçilik yükselmiş, demokratikleşmeden geri dönüş eğilimi ortaya çıkmıştır.¹⁸ AB üyeliği, ekonomi ve güvenlik gibi alanlarda ulusal çıkarlara faydası ölçüsünde desteklenir hale gelmiştir.¹⁹

Mali kriz, tüm üye devletlerde AB üyeliğine desteği azaltan bir etken olmuştur. 2015 göç krizine doğru, göç ve AB karşıtı popülist radikal sağ partiler, birçok üye devlette yükselişe geçmiş, hatta iktidar ortağı²⁰ veya ana muhalefet²¹ konumuna gelmiştir. 2014 Avrupa Parlamentosu (AP) seçimlerinde AB genelinde büyük başarı elde eden bu partilerin bir

¹⁶ SAMUR, Hakan, "Polonya: İdealist Avrupalılıktan Pragmatist Avrupa Birliği Üyeliğine," *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 11, S. 41, 2015, ss. 37-68, 39.

¹⁷ SAMUR, ss. 51-52.

¹⁸ SAMUR, ss. 53-63; MARUSIAK, ss. 122-159.

¹⁹ Polonya örneğinde, üyelik sonrası dönemde AB üyeliğine kamuoyu desteğini sağlayan en önemli faktörler, serbest dolaşım ve AB fonlarının ekonomik faydaları olmuştur. SAMUR, s. 58. Bu tespit, Orban iktidarı döneminde Macaristan için de geçerlidir. MARUSIAK, s. 146.

²⁰ Örneğin, 2015-2017 döneminde, Avusturya Özgürlük Partisi (FPÖ), 2018'de İtalya Kuzey Ligi (LN), ülkelerinde koalisyon ortağı olmuştur.

²¹ Örneğin, 2017 başkanlık seçiminde, Fransa Ulusal Birlik Partisi (FN) ikinci parti olmuştur.

kısımının oy oranları, 2019 AP seçimlerinde daha da yükselmiştir.²² Göç krizinin başlangıcından bu yana, V4 hükümetlerinde AB şüpheci veya AB karşıtı partiler yer almaktadır. Kendilerini merkez sağda tanımlayan, ancak ayrımcı ve yabancı düşmanı tutumları nedeniyle popülist radikal sağ kapsamında değerlendirilebilecek olan partiler, Macaristan'da 2010, Polonya'da 2015'ten beri iktidardadır.²³ Slovakya ve Çek Cumhuriyeti'nde ise AB karşıtı radikal partiler iktidarda yer almamıştır, ancak koalisyon ortağı olan bazı partiler, AB şüpheci tutumlar benimseyebilmektedir.²⁴

Avrupa genelinde, ana akım siyasette de mevcut olan göçü güvenlekleştirme ve kısıtlama yaklaşımı,²⁵ göç kriziyle daha ciddi bir boyuta taşınmıştır.²⁶ Bir taraftan krizle ortak mücadele için AB düzeyinde çeşitli girişimler yapılırken,²⁷ diğer taraftan, 1951 Cenevre Konvansiyonu'ndan²⁸ beri ilticayı bir insan hakkı olarak tanıyan üye devletler, ülkelerine çok sayıda sığınmacıyı kabul etmekte gönülsüz davranmıştır. Yasa dışı girişimler ve terörle mücadele gibi güvenlik kaygıları, ön planda olmuştur. Örneğin, AB üyeliğinin sınır ve göç kontrolünü zayıflatması endişesi, Brexit referandumunun ayrılık kararı ile sonuçlanmasındaki en önemli faktörler

²² "No New Dawn for Far-Right in European Election," DW, 2020, <https://www.dw.com/en/no-new-dawn-for-far-right-in-european-election/a-4894561>, E.T. 27.01.2021.

²³ Macaristan'da Macar Yurttaş Birliği (*Fidesz*), Polonya'da Hukuk ve Adalet Partisi (*PIS*).

²⁴ Slovakya'da radikal olmayan, ancak AB şüpheci olan Özgürlük ve Dayanışma Partisi (*SaS*), 2010-2012 döneminde ve 2020'de koalisyon ortağı olmuştur. Çek Cumhuriyeti'nde ise liberal bir merkez parti olan ancak zaman zaman AB şüpheciliğini benimseyebilen ANO, 2013'ten beri ikinci ve birinci parti olarak koalisyon hükümetlerinde yer almaktadır

²⁵ CEYHAN, Ayse / TSOUKALA, Anastassia, "The Securitization of Migration in Western Societies: Ambivalent Discourses and Policies", *Alternatives*, C. 27, S. 1 supp., 02.2002, s. 24.

²⁶ IOV, Claudia A. / BOGDAN Maria C., "Securitization of Migration in the European Union: Between Discourse and Practical Action," *Research and Science Today*, C. 1, S. 13, 2017, ss. 12-19.

²⁷ Bkz. EUROPEAN COUNCIL / COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, "EU Migration Policy," 06.01.2021, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/migratory-pressures/>, E.T. 27.01.2021.

²⁸ *Convention Relating to the Status of Refugees*, 28.8.1951, UNTS no 189, 137

arasında yer almıştır.²⁹ AB içinde sığınmacılara en fazla imkan sağlayan İskandinav ülkeleri dahi, oturma izni sürelerini ve sosyal yardımları kısıtlamıştır.³⁰ Sığınmacıların başvurularını değerlendirmede giriş ülkelerini sorumlu kılan Dublin III Tüzüğü,³¹ krizde başta İtalya ve Yunanistan olmak üzere AB sınırlarındaki üyelere büyük bir yük getirmesine rağmen, halen yenilenebilmiş değildir.³² Schengen bölgesinde yer alan Avusturya, Almanya, Danimarka, İsveç ve Fransa, göç krizi veya bununla bağlantılı olarak değerlendirdikleri terörizm tehdidi gerekçeleriyle 2015 yılı Kasım ayından beri sürekli olarak iç sınır denetimi uygulamaktadır.³³ AB genelinde, güvenli üçüncü ülkelerle anlaşmalar yoluyla, sığınmayı dışsallaştırma yaklaşımı hakimdir.³⁴

V4 üyeleri, göç krizinde gerçekleşen sığınmacı akışında, AB'nin Doğu ve Güney sınırlarında yer alan giriş ülkeleri ile Batı ve Kuzeyinde yer alan hedef ülkeler arasında konumlanan geçiş ülkeleridir. Sırbistan ile komşu olması itibariyle aynı zamanda giriş ülkesi de olan Macaristan üzerinde, daha büyük bir baskı oluşmuştur. Geçmişte göç almaktan çok göç veren, giriş ülkeleri ve hedef ülkelere kıyasla toplumun farklı etnik ve dini kökenlerden göçmen ve sığınmacılara pek aşina olmadığı V4

²⁹ PORTES, Jonathan, "Immigration Between the Referendum and Brexit," *UK in a Changing Europe*, 20.06.2020, <https://ukandeu.ac.uk/long-read/immigration-between-the-referendum-and-brexite/>, E.T. 27.01.2021.

³⁰ TANNER, Arno, "Overwhelmed by Refugee Flows, Scandinavia Tempers its Warm Welcome", *Migration Information Source*, 16.2.2016, <https://www.migrationpolicy.org/article/overwhelmed-refugee-flows-scandinavia-tempers-its-warm-welcome>, E.T. 27.01.2021.

³¹ EU 604/2013, OJ L 180, 29.6.2013.

³² EUROPEAN COMMISSION, "Country Responsible for Asylum Application (Dublin Regulation)," 2021, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants_en, E.T. 27.01.2021.

³³ EUROPEAN COMMISSION, "Member States' Notifications of the Temporary Reintroduction of Border Control at Internal Borders Pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code," 2021, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control.pdf, E.T. 27.01.2021.

³⁴ FELLER, Erika, "Refugees are not Migrants," *Refugee Survey Quarterly*, C. 24, S. 4, 2005, ss. 27-32.

ülkelerinde,³⁵ krize insani boyutundan ziyade, güvenlik algısıyla yaklaşmıştır.³⁶

Göç krizinde ortak tutum benimseyen V4 ülkeleri, AB düzeyinde belirlenen önlemleri kendilerine uyduğu kadarıyla uygulamaya karar vermiştir. V4 zirve sonuç bildirgelerine bakıldığında,³⁷ girişlerin şekline odaklanıldığı ve bunları engellemenin birincil amaç olduğu görülmektedir. Sığınma, tanımı itibariyle acil ve hayati durumlarda gerçekleştirilen bir eylem olmasına rağmen, ekonomik göçle aynı düzlemde ele alınmış, krizde gerçekleşen sınır geçişleri, yasa dışı göç ve sığınma sisteminin suistimal edilmesi olarak değerlendirilmiştir. AB sığınma sisteminin sağladığı hak ve imkanların, kötü niyetli kimseleri çekici özellikleri vurgulanmıştır. V4 ülkelerine göre, AB'nin iç güvenliğine tehdit oluşturan bu krizde öncelikler, sınırları korumak, sorunu üçüncü ülkelerde çözmeye çalışmak ve geri dönüşleri hızlandırmak olmalıdır. AB düzeyindeki güvenlik önlemlerine tam destek sözü verilirken, Birlik içindeki dayanışmanın gönüllü olması gerektiği fikri öne sürülmüştür. V4, İtalya ve Yunanistan'daki sığınmacıların bir kısmının AB içinde yeniden yerleştirilmesi (*relocation*) mekanizmasına, uygulamanın zor olması, yetersiz kalması, yasa dışı göçü özendirilmesi, üye devletleri karşı karşıya getirmesi ve AB içindeki dayanışmanın zoraki olamayacağı argümanlarıyla karşı çıkmıştır.³⁸

³⁵ Örneğin, Slovakya, göç krizi öncesinde göçmenlerin topluma entegrasyonunu konusunda belirgin bir politika geliştirmemiştir. MIHALIK, Jaroslav / JANKOL'A, Matus, "European Migration Crisis: Positions, Polarization and Conflict Management of Slovak Political Parties," *Baltic Journal of Law and Politics*, C. 9, S. 1, 2016, ss. 1-25.

³⁶ PODGÓRZAN'SKA, ss. 87-104.

³⁷ VISEGRAD GROUP, "Joint Statement of the Visegrad Group Countries," Prague, 03.12.2015, <https://www.visegradgroup.eu/calendar/2015/joint-statement-of-the-151204>; "Joint Declaration of the Ministers of the Interior," Ministerial Meeting, Prague, 19.01.2016, <https://www.visegradgroup.eu/download.php?docID=287>; "Joint Statement on Migration," Prague, 15.02.2016, <https://www.visegradgroup.eu/calendar/2016/joint-statement-on>; "Joint Declaration of the Visegrad Group Prime Ministers," Prague, 08.06.2016, <https://www.visegradgroup.eu/documents/official-statements/joint-declaration-of-the-160609>, E.T. 27.01.2021.

³⁸ VISEGRAD GROUP, "Joint Statement on the Migration Crisis Response Mechanism," Warsaw, 21.11.2016, <http://www.visegradgroup.eu/calendar/2016/joint-statement-of-v4>, E.T. 27.01.2021.

Yeniden yerleştirme mekanizması, V4 ülkeleri ile AB kurumlarını yargı önünde karşı karşıya getirmiştir.³⁹ Macaristan'ın sığınmacıların AOSS mevzuatı kapsamındaki haklarını ihlal etmesi de dava konusu olmuştur.⁴⁰ Orban hükümetinin 2018'de çıkardığı "Soros'u Durdurma Kanunu", ülkede ilk kez yasa dışı göçü kolaylaştırmayı suç olarak tanımlamıştır. Komisyon, "sığınma başvurularını destekleyen faaliyetleri suç haline getiren ve sığınma başvurusu hakkını daha da kısıtlayan" bu mevzuat üzerine, Macaristan'a karşı Sığınma Süreçleri ve Kabul Koşulları direktiflerine dayalı bir ihlal prosedürü işletmiş olup, davası sürmektedir.⁴¹

V4 ülkelerinin AB üyelik yükümlülüklerine karşı tutumu, kriz önlemlerine katılım ve AOSS mevzuatına uyumla sınırlı değildir. Kriz boyunca yürüttükleri siyaset, AB'nin temel değerlerine aykırı olarak şekillenmiştir. Macaristan, Demir Perde dönemini anımsatacak şekilde, Sırbistan sınırına tel örgü çekmiş, Başbakan Orban, Müslüman sığınmacıların ülkenin "Hristiyan kimlik ve kültürüne" zarar vereceğini söylemiştir.⁴² Müslümanların nüfusun sadece %0,13'ünü oluşturduğu Polonya'da PIS iktidarı, yeniden yerleştirme mekanizmasına olumlu oy vermesinden ve destekleyeceğini beyan etmesinden kısa bir müddet sonra, Suriye'den sadece Hristiyan aileleri kabul edeceğini açıklamıştır.⁴³ Slovakya İçişleri Bakanı Netik, yeniden yerleştirme mekanizmasına ilişkin olarak "zaten biz

³⁹ C-643/15; C-715/17.

⁴⁰ C-808/18.

⁴¹ C-821/19.

⁴² GODZIAK, Elzbieta M., "Using Fear of the "Other," Orbán Reshapes Migration Policy in a Hungary Built on Cultural Diversity," *MPI*, 10.10.2019, <https://www.migrationpolicy.org/article/orban-reshapes-migration-policy-hungary>, E.T. 27.01.2021. Orban, benzer şekilde, Komisyonun 23.09.2020 tarihli *Yeni Göç ve Sığınma Paktı*'na tepki olarak, Müslüman ve Hristiyanların birlikte yaşadığı bir toplumun huzurlu ve güvenli olamayacağını söylemiştir. "Mix of Muslim, Christian Society not Possibly Peaceful, Hungary's Orban Says," *Daily Sabah*, 25.09.2020, https://www.dailysabah.com/world/europe/mix-of-muslim-christian-society-not-possibly-peaceful-hungarys-orban-says?gallery_image=undefined#big, E.T. 27.01.2021.

⁴³ DUDZINSKA, Agnieska / KOTNAROWSKI, Michal, "Imaginary Muslims: How the Polish Right Frames Islam," *Brookings Institute*, 24.06.2019, <https://www.brookings.edu/research/imaginary-muslims-how-polands-populists-frame-islam/>, E.T. 27.01.2021.

geçiş ülkesiyiz...800 Müslüman alabilirdik ama bizim burada Slo-vakya'da camimiz yok, Müslümanlar burayı beğenmezse nasıl entegre olacak?" demiştir.⁴⁴ Çek Cumhuriyeti Başkanı Zeman, krizdeki sığınmacı dalgasını Avrupa'yı kontrol almak isteyen İslamcı örgütlerin "organize işgali" olarak nitelendirmiş, Müslümanların Avrupa'ya entegre olamaya-cağını, Müslüman ve Hristiyanların bir arada yaşamasının 2016'da Köln'de yaşanan cinsel saldırılar benzeri olaylara yol açacağını söylemiş-tir.⁴⁵

Göç krizinden beri, tüm V4 hükümetlerinin kamuoyuna açıkça ilan ettikleri yabancı düşmanı ve İslamofobik görüşlerin yanında, Macaristan ve Polonya'da kapsamlı hukuk devleti ve insan hakları ihlalleri söz konu-sudur. Uluslararası sivil toplum örgütleri, bu iki ülkede yargı bağımsızlı-ğını tehlikeye düşüren yasal değişikliklere, terörle mücadele kapsamında yapılan hak ihlallerine, sivil topluma getirilen kısıtlamalara, toplanma ve ifade özgürlüklerinin kullanılmadığına, kadın haklarının yeterince ko-runmadığına, Roman azınlığa ve LGBT bireylere yönelik ayrımcılığın ve nefret saldırılarının arttığına dikkat çekmiştir.⁴⁶ Şubat 2020'de Avrupa Konseyi örgütü, hukuk devleti konusunda Polonya'yı, son yirmi yılda hiçbir AB üyesi devlete uygulanmamış şekilde, gözlem altına almıştır.⁴⁷ AB'de ise Komisyonun girişimi ve Parlamentonun desteğiyle, Polonya⁴⁸

⁴⁴ "Migrants Crisis: Slovakia 'Will only Accept Christians'," *BBC News*, 19.08.2015. <https://www.bbc.com/news/world-europe-33986738>

⁴⁵ AGENCE FRANCE-PRESSE, "Integrating Muslims into Europe is 'Impossible', Says Czech President," *The Guardian*, 18.01.2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/18/integrating-muslims-into-europe-is-impossible-says-czech-president>, E.T. 27.01.2021.

⁴⁶ AMNESTY INTERNATIONAL, "Human Rights in Europe: Review of 2019," EUR 01/2098/2020, 2020, 38-40, 59-61, [https://www.amnesty.org/en/docu-ments/eur01/2098/2020/en/](https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/2098/2020/en/), E.T. 27.01.2021. HUMAN RIGHTS WATCH, 2021 rapo-runda, Covid-19 pandemisinin, mevcut insan hakları ihlalleri için bahane olarak kul-lanıldığını da belirtmiştir. Bkz. "Hungary: Events of 2020," 2021, <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/hungary#>; "Poland: Events of 2020," 2021, <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/po-land>, E.T. 27.01.2021.

⁴⁷ HUMAN RIGHTS WATCH, "Poland".

⁴⁸ 20.12.2017'de başlatılmıştır.

ve Macaristan'ın⁴⁹ AB'nin temel değerleri (Avrupa Birliği Antlaşması⁵⁰ – ABA, m. 2) arasında yer alan hukuk devleti ilkesini ciddi şekilde ihlal ettikleri gerekçesiyle, üyelik haklarının askıya alınmasına olanak veren süreç (ABA, m. 7) başlatılmıştır. Ancak Konseyde sağlanması gereken oy birliğine (m. 7.2) ulaşılamadığından, süreç halen devam etmektedir.

Komisyon, Macaristan ve Polonya'nın hukuk devleti ihlalleri konusunda başka girişimlerde de bulunmuştur. ABAD, Polonya'da yargı bağımsızlığını ihlal eden yasal düzenlemelere karşı Komisyon tarafından açılan davalarda Komisyon lehine karar vermiştir.⁵¹ 2018'de Komisyon, "Üye Devletlerde hukuk devletine ilişkin genelleşmiş eksiklikler olması halinde Birlik bütçesinin korunması" amaçlı bir tüzük teklifinde bulunmuştur.⁵² Macaristan ve Polonya, Covid-19 pandemisi kapsamında yapılacak destekleri kapsayan 2021-2027 bütçe görüşmelerinde, bu tüzük taslağına karşı, bütçeyi veto etme tehdidinde bulunmuştur.⁵³ Aralık 2020 Konsey toplantısında, hukuk devleti ihlalinin Birlik mali çıkarlarını etkilemediği durumda, üyelerin bütçeden faydalanmasını engelleyemeyeceği üzerinde uzlaşmıştır.⁵⁴ Macaristan Başbakanı Orban, bu süreçte ulusal çıkarların yanında kurucu antlaşmaları da koruduklarını iddia etmiştir.⁵⁵ Polonya Başbakanı Morawiecki de benzer şekilde, "ikincil hukuka karşı AB Antlaşması için mücadele verdiklerini," böylece LGBT ve

⁴⁹ 12.09.2018'de başlatılmıştır.

⁵⁰ OJ C 202, 07.06.2016.

⁵¹ Bu alanda sonuçlanmış iki dava mevcuttur. Anayasa Mahkemesinin bağımsızlığına ilişkin davada Macaristan, Polonya tarafına destek olmuştur. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 24 June 2019, *European Commission v Hungary*, C-619/18, EU:C:2019:531. Diğer dava, olağan mahkemelerin bağımsızlığına ilişkindir. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 November 2019, C-192/18, EU:C:2019:924.

⁵² COM/2018/324 final- 2018/0136 (COD), 02.05.2018.

⁵³ ZALAN, Ester, "EU Leaders Unblock Budget in Deal with Hungary and Poland," *EU Observer*, 11.12.2020, <https://euobserver.com/political/150357>, E.T. 27.01.2021.

⁵⁴ EUROPEAN COUNCIL, "European Council Meeting (10 and 11 December 2020)," EUCO 22/20, Brussels, 11.12.2020, para. 2e-f, <https://www.consilium.europa.eu/media/47296/1011-12-20-euco-conclusions-en.pdf>, E.T. 27.01.2021.

⁵⁵ ZALAN.

göçmen hakları gibi konuların bütçe konusuna karıştırılmayacağını ifade etmiştir.⁵⁶

AB genelinde göç ve AB karşıtlığı temelinde yükselen popülist sağ ideolojiye, Macaristan ve Polonya'da otoriterleşme eşlik etmiştir.⁵⁷ Ancak bu ülkeler, AB'nin temel değerlerine ve bazı kurallarına aykırı hareket ederken, bunu sadece ulusal egemenlikle gerekçelendirmemiştir. Göç krizinin tetiklediği toplumsal kaygılarla oluşan siyasi fırsat alanını kullanan Orban iktidarı önderliğinde gelişen, diğer V4 ülkelerinden ve AB içindeki diğer popülist sağ partilerden destek gören yeni söylem, AB değerleri ve kurallarına "başka bir Avrupa" fikriyle karşı çıkmaktadır. Hristiyanlığa dayalı, yabancı ve İslam karşıtı bu Avrupa, V4 ülkelerinin 1990'larda benimsediği Avrupa kimliğinin temeli olan liberal demokratik değerlerin karşısında, alternatif bir medeniyet projesi olarak öne sürülmektedir.⁵⁸

II. HUKUKİ ÇERÇEVE

A. AOSS Kapsamındaki Düzenlemeler

Üyeleri ilticaya ilişkin 1951 Cenevre Konvansiyonu⁵⁹ ve 1967 Protokolü'ne⁶⁰ taraf olan AB, sığınmayı bir insan hakkı olarak tanımaktadır.⁶¹ AB politikalarının temel amaç ve ilkeleri ile AB'nin yetkilerini belirleyen birincil hukukta sığınma, ABİA Başlık V ile kapsanan Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı genel hükümleri (Kısım I, m. 67-76) çerçevesinde, Sınır Kontrolleri, Sığınma ve Göç Politikaları altında düzenlenmiştir (Kısım II, m. 78). Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı, ABİA başlangıç hükümlerinde, paylaşılan yetki kapsamına alınmıştır (ABİA, m. 4.2j). Paylaşılan yetki alanlarında, üye devletler Birlik düzenlemeleri ile kısıtlanabilir

⁵⁶ NEWS WIRES, "EU Reaches Landmark Budget Deal with Hungary and Poland," *France 24*, 11.12.2020, <https://www.france24.com/en/europe/20201210-eu-reaches-landmark-budget-deal-with-hungary-and-poland-salvaging-covid-19-recovery-plan>

⁵⁷ COMAN, Ramona / LECONTE, Cécile, "Contesting EU Authority in the Name of European Identity: the New Clothes of the Sovereignty Discourse in Central Europe," *Journal of European Integration*, C. 41, S. 7, 2019, s. 856

⁵⁸ COMAN / LECONTE, ss. 862-866; HEKİMLER, ss. 31-33, 38-42.

⁵⁹ Convention Relating to the Status of Refugees, UNTS no. 189, 28.08. 1951, s. 137.

⁶⁰ Protocol Relating to the Status of Refugees, UNTS no. 606, 31.01.1967, s. 267.

⁶¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union, OJ C 202, 07.06.2016, m. 18.

(ABİA, m. 2), fakat bunun koşulları vardır. Birlik, ancak üye devletlerin bireysel düzenlemelerinin yeterli olamayacağı durumda ve bununla sınırlı olarak, subsidiarite ve oransallık ilkeleri çerçevesinde düzenleme yapılabilir (ABA, m. 5).⁶² Ayrıca, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı başlığı, “Üye Devletlerin hukuk ve düzeni sürdürmeye ve iç güvenliği korumaya ilişkin sorumluluklarını yerine getirmelerini etkileyemeyecektir” (ABİA, m. 72).

AOSS'nin ilkeleri, ABİA Başlık V genel hükümleri ve Kısım II'de kapsamıştır. Ortak sığınma politikası, “üye devletler arasında dayanışma temelinde...üçüncü ülke vatandaşlarına [ve vatansızlara] adil olacak şekilde belirlenmelidir” (m. 67.2). Cenevre Konvansiyonu ve Protokol'e uygun olmalı, geri göndermeme (*non-refoulement*) ilkesini korumalı ve uluslararası korumaya ihtiyaç duyan kişilere uygun bir statü sağlamalıdır (m. 78.1). Ayrıca, Sınır Kontrolleri, Sığınma ve Göç konularında belirlenecek politika ve uygulamaların (Kısım II, m. 77-79), “mali etkiler dahil olmak üzere, Üye Devletler arasında dayanışma ve sorumluluğun adil paylaşımı ilkesiyle yönetilmesine” hükmedilmiştir (m. 80).

AOSS alanında yasama, Parlamento ve Konseyin katıldığı olağan yasama usulüyle gerçekleştirilir (ABİA, m.78.2). Ek olarak, Konsey, Komisyon teklifi üzerine ve Parlamento'ya danışmak kaydıyla, “bir veya daha fazla Üye Devletin üçüncü ülkelerden kişilerin ani akışı şeklinde bir acil durumla karşılaşması halinde...ilgili Üye Devlet(ler) lehine geçici önlemler benimseyebilir” (m. 78.3). Madde 78.2 çerçevesinde belirlenen AOSS mevzuatı, iki tüzük ve beş direktiften oluşmaktadır. Göç politikası kapsamında belirlenen bazı tüzük ve direktifler de, sığınmacılarla ilgili hükümler içermektedir.⁶³ Bu çalışmada incelenecek olan *Komisyon - Macaristan ihlal davası*,⁶⁴ göç krizi öncesinde yürürlüğe giren üç direktifi kapsamıştır:

⁶² Subsidiarite ve oransallık ilkelerinin nasıl işletileceği, kurucu antlaşmalara eklenen 2 no.lu Protokol'de düzenlenmiştir. OJ C 202, 07.06.2016.

⁶³ IARLJ-EUROPE, “An Introduction to the Common European Asylum System for Courts and Tribunals: A Judicial Analysis,” EASO, 08.2016, s. 18, https://www.iarmj.org/iarlj-documents/general/Introduction_to_the_CEAS_FINAL.pdf, E.T.27.01.2021.

⁶⁴ C-808/18.

- 2013/32/EU sayılı Sığınma Prosedürleri Direktifi:⁶⁵ kriterleri 2011/95/EU sayılı Kalifikasyon Direktifi⁶⁶ ile belirlenen uluslararası koruma statüsünü kazandırmaya veya geri çekmeye ilişkin ortak prosedürler

- 2013/33/EU sayılı Kabul Koşulları Direktifi:⁶⁷ üye devletlerin kendi topraklarında uluslararası korumaya başvuran kişilere sağlayacağı asgari koşullar

- 2008/115/EC sayılı Geri Dönüş Direktifi:⁶⁸ Birlik topraklarında yasa dışı olarak bulunan üçüncü ülke vatandaşlarının geri gönderilmesinde gözetilecek ilkeler ve izlenecek süreçler

ABAD önünde V4 ülkeleriyle Konsey ve Komisyonu karşı karşıya getiren diğer iki davanın konusu, göç krizine müteakip kurulan yeniden yerleştirme mekanizmasıdır. Mekanizma, ABİA m. 80 ile düzenlenen dayanışma ilkesi kapsamında, ABİA m. 78.3'te tanımlanan kriz durumundaki geçici önlemler çerçevesinde, uluslararası koruma alanında İtalya ve Yunanistan lehine düzenlemeler içeren iki Konsey kararını kapsamaktadır:

- EU 2015/1523 sayılı Konsey Kararı:⁶⁹ İtalya ve Yunanistan'dan 40.000 sığınmacının diğer üye devletlerde yeniden yerleştirilmesi

- EU 2015/1601 sayılı Konsey Kararı:⁷⁰ İtalya ve Yunanistan'dan 120.000 sığınmacının diğer üye devletlerde yeniden yerleştirilmesi⁷¹

⁶⁵ OJ L 180, 29.6.2013.

⁶⁶ OJ L 337, 20.12.2011.

⁶⁷ OJ L 180, 29.6.2013. Kabul Koşulları Direktifi, Birliğe üçüncü ülkelerden yerinden olmuş kişilerin kitlesel olarak giriş yaptığı durumlarda, üye devletlerin çabalarını dengelemeyi gözeterek şekilde, geçici koruma statüsünü düzenleyen 2001/55/EC sayılı Konsey Direktifi (OJ L 212, 7.8.2001) kapsamı dışındaki uluslararası koruma biçimlerini düzenlemektedir (m. 3.3).

⁶⁸ OJ L 348, 24.12.2008.

⁶⁹ OJ L 239, 15.9.2015.

⁷⁰ OJ L 248, 24.9.2015.

⁷¹ İki kararın hükümleri büyük oranda örtüşmektedir. 3. Maddelerde yeniden yerleştirmenin kapsamı, EU 604/2013 sayılı Dublin III Tüzüğü (OJ L 180, 29.6.2013) uyarınca uluslararası koruma başvurusunu değerlendirmekten sorumlu üye devletlerin İtalya ve Yunanistan olduğu durumlar olarak belirlenmiştir. Ardından, yeniden yerleştirilecek kişi sayısı ve belirleyici kriterler (m. 4), yeniden yerleştirme süreci (m. 5)

Yeniden yerleştirilecek sığınmacıların üye devletler arasındaki dağılımını kesin olarak belirleyen ikinci kararın (EU 2015/1601) müzakere aşamasında, İtalya ve Yunanistan'ın yanında, Macaristan'a da destek olunması, buradan 54.000 sığınmacının yeniden yerleştirilmesi düşünülmüştür. Ancak Macaristan, ön saftaki ülke nitelendirmesini kabul etmemiştir. Bunun üzerine faydalanıcı ülke kapsamında çıkarılarak, sığınmacıları kabul edecek ülkelerin kapsamına alınmıştır. Nihai taslak, çekimser kalan Finlandiya ile ret oyu veren Macaristan, Slovakya, Çek Cumhuriyeti ve Romanya dışındaki üyelerin nitelikli çoğunluğuyla kabul edilmiştir.⁷² Slovakya ve Macaristan, bu karar için iptal davası açmıştır.⁷³ Davanın görüldüğü esnada, EU 2015/1601 sayılı Konsey Kararı'nda bazı değişiklikler yapılmıştır.⁷⁴ Slovakya ve Macaristan'ın iptal davasını kaybetmesinin ardından Komisyon, Polonya, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti'ne karşı iki kararı da kapsayan bir ihlal davası açmıştır.⁷⁵

B. İptal Davası

İptal davası, ABAD'ın hukuki denetim işlevi gördüğü bir yargı sürecidir. İptal davaları, kurucu antlaşmaların ABAD yetkilerini belirleyen hükümleri uyarınca (ABİA, m. 263-264) AB'nin hukuki düzenlemeleri ve AB kurumlarının yasal sonuçlar doğuran fiillerinin AB hukukuna aykırılığı iddiasıyla, düzenlemenin yayın tarihi veya davacıya bildirilmesinden sonraki iki aylık süre zarfında açılabilir. İptal davalarında geçerli olabilecek gerekçeler şunlardır: yetki sınırının aşılması, temel usul kurallarının

ve kapsama alınan bireylerin hak ve yükümlülükleri (m. 6) tanımlanmıştır. Kararlarda ayrıca, İtalya ve Yunanistan'a verilecek operasyon desteği (m. 7), İtalya ve Yunanistan'ın yükümlülükleri (m. 8) ve yeniden yerleştirmenin yapılacağı üye devletlere verilecek mali destek (m. 10) kapsanmıştır.

⁷² C-643/15, para. 10-11.

⁷³ C-643/15; C-647/15.

⁷⁴ EU 2016/1754 sayılı Konsey Kararı (OJ L 268, 1.10.2016) ile yeniden yerleştirmenin 18.03.2016 tarihli AB – Türkiye Mutabakatı kapsamındaki sığınmacılar arasından da yapılabilmesi mümkün olmuştur. EU 2016/408 sayılı Konsey Uygulama Kararı (OJ L 74, 19.3.2016) ile Avusturya'nın yeniden yerleştirmesi gereken kişi sayısının %30'u geçici olarak askıya alınmıştır. EU 2016/946 sayılı Konsey Kararı (OJ L 157, 15.6.2016) ile İsveç'in de acil durum teşkil eden yoğun girişlere maruz kalması nedeniyle yükümlülüklerini ertelemesi mümkün kılınmıştır.

⁷⁵ C-715/17; C-718/17; C-719/17.

ihlali, kurucu antlaşmalar veya bunların uygulanmasına ilişkin hukuki kuralların ihlali, gücün kötüye kullanımı (ABİA, m. 263).

İptal sürecinde davacılar, ispat yükümlülüğü açısından farklı kategorilere ayrılmıştır. Gerçek kişiler ve tüzel kişilerin iptal davası açabilmesi için, imtiyazlı davacılar olan AB temel kurumları (Konsey, Komisyon ve Parlamento) ve üye devletlerden farklı olarak, ilgili düzenleme veya uygulamalardan doğrudan ve bireysel olarak etkileniyor olmaları gerekir. Yarı-imtiyazlı olarak nitelendirilebilecek davacılar olarak Sayıştay, Avrupa Merkez Bankası ve Bölgeler Komitesi, kurumsal yetkilerinin ihlal edildiği gerekçesiyle iptal davası açabilir (ABİA, m. 263). Ayrıca, Subsidiarite ve Oransallık İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin 2 no.lu Protokol⁷⁶ uyarınca, Bölgeler Komitesi doğrudan, ulusal parlamentolar ise üye devletleri aracılığıyla, AB hukuki düzenlemelerinin subsidiarite ilkesine aykırılığı temelinde iptal davası açabilir (m. 8). ABAD'ın iptal kararı, ilgili hukuki düzenleme veya uygulamayı geçersiz kılar (ABİA, m. 264).

İptal davalarının büyük kısmı, Komisyona karşı gerçek kişiler veya özel hukuk tüzel kişileri tarafından açılmaktadır. Üye devletler, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanında nadiren iptal davası açmıştır. 2016-2020 yıllarında açılan 830 iptal davası içinde sadece iki tanesi Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı kapsamındadır.⁷⁷ İki dava da göç kriziyle ilgili olarak AB kurumlarına karşı açılmıştır. Çalışmada incelenecek *Slovakya Cumhuriyeti ve Macaristan - Konsey* davası dışındaki dava, gerçek kişiler tarafından açılmış olup, 2016 AB - Türkiye Mutabakatı'nın iptaline yöneliktir. İptal davası kabul edilebilir bulunmamıştır.⁷⁸

⁷⁶ OJ C 115, 9.5.2008.

⁷⁷ Veriler, ABAD içtihat hukuku arama motorundan elde edilmiştir. Bkz. CJEU, "Case-law," <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en>

⁷⁸ Genel Mahkeme, yetkisizlik kararı vermiştir. Order of the General Court (First Chamber) of 28 February 2017, *NF v European Council*, Case T-192/16, EU: T:2017:128. Temyiz başvurusu da kabul edilebilir bulunmamıştır. Order of the Court (First Chamber) of 12 September 2018, *NF and Others v European Council*, Joined Cases C-208/17 P to C-210/17 P, EU:C:2018:705.

C. İhlal Süreci

İhlal süreci, yargıya intikal etmeden çözümlenebilecek bir süreçtir. AB birincil hukukunda, ABAD yetki alanına giren ve kurucu antlaşmalar çerçevesinde nitelendirilen iki tür ihlal tanımlanmıştır: üye devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemesi (ABİA, m. 258-261) ve bazı AB kurumlarının (Parlamento, Konsey, Avrupa Konseyi veya Avrupa Merkez Bankası) mevcut çağrıya rağmen eyleme geçmemesi (m. 265).

Üye devletlere karşı işletilecek ihlal sürecinde, kural olarak Komisyon yetkili kılınmıştır. Komisyon, üye devletin kurucu antlaşmalardan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği görüşünde ise, üye devlete “kendi gözlemlerini sunma fırsatı tanımak üzere,” gerekçeli görüş (*reasoned opinion*) iletir. Komisyon tarafından belirlenen süre zarfında görüşe uyulmaz ise, Komisyon ABAD nezdinde ihlal davası açabilir (ABİA, m. 258). Üye devletler de diğer üye devletlere karşı ihlal süreci başlatabilir, ancak bunu Komisyon aracılığıyla yapmaları gerekir. Komisyon ve üye devletlerin buradaki yükümlülükleri, 258. madde ile benzerdir (m. 259). ABAD’ın ihlal kararı alması durumunda, üye devletin yükümlülüklerine uyması gerekir (m. 260.1). Uymaması halinde Komisyon, ABAD kararını ihlal ettiği gerekçesiyle, 258. maddedekine benzer yeni bir süreç başlatabilir (m. 260.2). ABAD’a açılacak ikinci davayı kaybeden üye devlet, para cezası ödemekle yükümlü kılınabilir (m. 260.2-260.3).

İhlal süreci fiilen, Komisyonun kendi girişimi veya çeşitli paydaşların talebi üzerine bir ön inceleme yapmasıyla başlar. Komisyon, ihlal olduğu kanaatine varırsa, ABİA m. 258’de tanımlanan gerekçeli görüşü (*reasoned opinion*) bildirmeden önce, üye devletten ayrıntılı bilgi talep eden bir resmi bildirim (*formal notice*) düzenlemektedir. Komisyon, resmi bildirim ve gerekçeli görüşe cevap için genellikle ikişer aylık süreler tanımaktadır.⁷⁹

İhlal süreçlerinin büyük çoğunluğu, yargı aşamasından önce tamamlanmaktadır. Göç krizini kapsayan 2016-2020 döneminde, Komisyon

⁷⁹ EUROPEAN COMMISSION, “Infringement Procedure,” 2021, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_en

her yıl yaklaşık 650-800 yeni ihlal süreci başlatmıştır.⁸⁰ Bu süre zarfında ABAD'a, ABİA m. 258 temelinde sadece 259 vaka intikal etmiştir. Bunların büyük kısmı, tek pazarın işleyişi ve çevre kurallarına ilişkindir. AOSS kapsamında sadece V4 ülkeleri ile ilgili işlem yapılmıştır.⁸¹ Bu davaların ikisi sonuçlanmış olup, aşağıda değerlendirilmektedir.

III. GÖÇ KRİZİ KAPSAMINDA V4 ÜLKELERİ İLE AB KURUMLARI ARASINDA SONUÇLANMIŞ DAVALAR

A. Birleştirilmiş C-643/15 ve C-647/15 Sayılı *Slovakya*

Cumhuriyeti ve Macaristan - Konsey İptal Davası

ABİA m. 263 temelinde, EU 2015/1601 sayılı Konsey Kararı'nın yürürlüğe girişinden⁸² kısa süre sonra, 2-3.12.2015 tarihlerinde Slovakya ve Macaristan, ABAD tarafından birleştirilen iki iptal davası açmıştır. Taraf-lara destek amacıyla, davalara Komisyon ve sekiz üye devlet katılmıştır. Polonya davacılar, Komisyon, Belçika, Almanya, Fransa, Lüksemburg, İsveç, Yunanistan ve İtalya, Konseye destek olmuştur. Slovakya, kararın iptalini, Macaristan ise kararın tümünün veya Macaristan'a yükümlülük doğuran kısmının iptalini talep etmiştir.⁸³ ABAD, iki üyenin toplam 16 iddiası üzerine değerlendirmesini, birincil hukuk dayanağı, temel usul kuralları ve esasa ilişkin konular altında toplamıştır. Slovakya ve Macaristan'ın tüm iddialarını geçersiz bulmuştur.

1. ABİA M. 78.3'ün Uygun Bir Hukuki Temel Olmaması

Davacılar ilk olarak, ABİA m. 78.3 kapsamında alınan Karar'ın yasa-tasarrufu (*legislative act*) olmamasına rağmen, Dublin III Tüzüğü⁸⁴ başta olmak üzere, mevcut yasama tasarruflarını değiştirecek etkiye sahip olduğunu iddia etmiştir. Davacılar göre Karar'ın bu niteliği, ABİA m.

⁸⁰ EUROPEAN COMMISSION, "Annual Reports on Monitoring the Application of EU Law," https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en

⁸¹ Veriler, Komisyonun ihlal kararları arama motorundan elde edilmiştir. Bkz. EUROPEAN COMMISSION, "Infringement Decisions," https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=en

⁸² Yürürlük süresi 30.09.2015-26.09.2017'dir.

⁸³ C-643/15, para. 32-33.

⁸⁴ EU 604/2013, OJ L 180, 29.6.2013.

289'da belirlendiği şekilde, Avrupa Parlamentosu ve ulusal parlamentoların dahil olduğu yasama prosedürüyle kabul edilmiş olmasını gerektirir.⁸⁵ ABAD ise m. 78.3 kapsamındaki tasarrufların m. 78.2 temelinde benimsenen yasama tasarruflarını değiştirmedini, bunları tamamlayıcı, istisnai ve geçici önlemler olduğunu belirtmiştir. Madde 78.3 kapsamındaki tasarrufların yasama süreci gerektirmediği açık olup, ilgili kararın niteliği buna uygundur.⁸⁶

İkinci olarak, Karar'ın uygulama süresinin çok uzun olması nedeniyle, m. 78.3'ün gerektirdiği şekilde, geçici olarak değerlendirilemeyeceği iddia edilmiştir.⁸⁷ ABAD, ilgili maddenin, geçici önlemlerde süre sınırı getirmediğine ve sürenin Konseyin takdirinde olduğuna dikkat çekmiştir.⁸⁸ ABAD'a göre kesin bir zaman limiti bulunması, geçicilik koşulunu sağlamak için yeterlidir. Üstelik Konsey, belirlediği sürenin acil durumun niteliği ve boyutuna uygun olduğunu gerekçelendirmiştir.⁸⁹

Davacılar ayrıca, Karar'ın dayanağı olan acil durumun gerçekleşmediğini iddia etmiştir. Geçmiş yılların sınır geçişlerine ve Yunanistan'ın sığınma sistemi idaresindeki zayıflıklara bakıldığında, İtalya ve Yunanistan'a büyük miktardaki sığınmacı girişi, öngörülebilir bir durumdur.⁹⁰ Davacılar ve Polonya, Karar'ın kapsadığı uzun süre zarfında İtalya ve Yunanistan'a destek gerektirecek yoğun akışın süreceğine dair kanıt bulunmadığına da dikkat çekmiştir.⁹¹ ABAD durumu, Hukuk Sözcüsü Görüşü, Frontex ve Eurostat verileri ile Karar'ın giriş kısmındaki gerekçeler ışığında değerlendirerek, göç krizinin öngörülemez olmamasına rağmen, Karar kapsamındaki dönemde hızla artan ani ve yoğun bir akışın gerçekleştiğine kanaat getirmiştir.⁹² Polonya'nın destek olduğu iddiayı ise Karar'ın gelecekte ziyade mevcut duruma yönelik bir düzenleme olduğu

⁸⁵ Para. 47-55.

⁸⁶ Para. 57-84.

⁸⁷ Para. 85-87.

⁸⁸ Para. 89-92.

⁸⁹ Para 92-103.

⁹⁰ Para. 104-107.

⁹¹ Para. 108-110.

⁹² Para. 113-128.

ve ileride değişebilecek durumlara adaptasyona izin veren hükümleri bulunduğu gerekçesiyle reddetmiştir.⁹³

2. Temel Usul Kurallarına Aykırılık

Davacılar, Karar'ın oybirliği ile alınmamasına, iki yönden itiraz etmiştir. İlk olarak, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanında Avrupa Konseyinin belirleyici rolüne (ABİA, m. 68) dikkat çekmişlerdir. Karar, 25.06.2015 tarihli Avrupa Konseyi toplantısı üzerine çıkarılmıştır. Toplantıda, yeniden yerleştirme mekanizmasının Konseyde oybirliği ile kabul edilmesine karar verilmiştir. Oysa Karar, oybirliği ile çıkarılmamıştır.⁹⁴ ABAD ise ilgili Avrupa Konseyi sonuç belgesinde oybirliği bağlamında bahsedilen 40.000 sığınmacının dava edilen karar (EU 2015/1601) değil, EU 2015/1523 sayılı kararda kapsanan yeniden yerleştirmeye ilişkin olduğunu hatırlatmıştır.⁹⁵ Üstelik, siyasi nitelikteki Avrupa Konseyi kararları, ABİA m. 78.3'te belirlenen usule itiraz gerekçesi olamaz.⁹⁶ Davacılar ikinci olarak, Komisyon teklifinde değişiklik halinde gereken oybirliği koşulunun (ABİA m. 293.1) sağlanmadığını öne sürmüştür.⁹⁷ Konsey ve davaya Konsey tarafında katılan Komisyon, önlemlerin hayata geçişini hızlandırmak adına, Komisyonun toplantılardaki temsilcileri yoluyla yapılan değişikliklerden haberdar olup, onayladığını beyan etmiştir.⁹⁸ ABAD, durumun aciliyetinin usulde belli bir esnekliğe izin verdiğini belirtmiş ve Karar'ı gerek içerik, gerek usul açısından ABİA m. 293.2⁹⁹ kapsamında değerlendirmiştir. ABAD'a göre, m. 78.3 kapsamındaki düzenleme, yasama tasarrufu olmadığından m. 293.1 kapsamında değerlendirilemez, dolayısıyla oybirliği şartı aranamaz.¹⁰⁰

⁹³ Para. 129-134.

⁹⁴ Para. 136-139.

⁹⁵ Para. 143-144.

⁹⁶ Para. 145-149.

⁹⁷ Para. 171-174.

⁹⁸ Para. 175-176.

⁹⁹ M. 293.2 şöyledir: "Birlik tasarrufunun kabul edilmesine yönelik süreçler esnasında Konsey, herhangi bir faaliyette bulunmadığı sürece, Komisyon, teklifini herhangi bir zaman değiştirebilir."

¹⁰⁰ Para. 179-189.

İkinci itiraz konusu, Avrupa Parlamentosu ve ulusal parlamentoların kabul sürecinin dışında tutulmasıdır. Davacılar, tasarıda yapılan değişikliğin¹⁰¹ Avrupa Parlamentosuna ikinci kez danışılmasını gerektirdiğini (ABİA, m. 78.3) belirtmiştir.¹⁰² ABAD, ilgili değişikliğin Karar'ın özünü etkilememesi ve tüm aşamalarda Parlamento'ya duyurulması itibarıyla danışma usulünün izlendiğine hükmetmiştir.¹⁰³ Ulusal parlamentolarla ilgili itiraz¹⁰⁴ ise Karar'ın yasama tasarrufu olmaması nedeniyle reddedilmiştir.¹⁰⁵

Davacılar, Konseyin tartışma ve oy verme işlemini halka açık yapmasını gerektiren ABİA m. 16.8 ve 15.12¹⁰⁶ ile Komisyon teklifinde değişiklik yapması halinde yeni tasarının tüm dillerde yayınlamasını gerektiren Konsey Usul Kuralları'nın (m. 14)¹⁰⁷ da ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. ABAD'a göre birinci iddia, Karar'ın yasama tasarrufu olmayışı nedeniyle geçersizdir.¹⁰⁸ ABAD ikinci iddiayı, tartışma sürecinde üye devletlerin sürekli olarak bilgilendirilmesi, ABİA m. 78.3'ün tüm üye devlet dillerinde resmi tercüme olanağını kısıtlayan hızlı işlemler gerektirmesi ve ilgili devletlerin bu esnada herhangi bir itirazları bulunmaması nedeniyle geçersiz bulmuştur.¹⁰⁹

3. Esasa İlişkin İtirazlar

Polonya tarafından da desteklenen esasa ilişkin itirazların büyük kısmı, Karar'ın belirttiği amaca uygun olmadığı gerekçesiyle, oransallık ilkesine (ABİA, m. 5.4; Protokol no.2, m. 1, 5) dayandırılmıştır. Slovakia ile Macaristan'ın gerekçeleri, birbirinden farklıdır. Slovakia, Karar'ın Birlik çapındaki etkilerine, Macaristan ise kendini etkileyen yönlerine odaklanmıştır.

¹⁰¹ Söz konusu değişiklik, Macaristan'ın faydalanıcı ülkeler kapsamından çıkarılmasıdır.

¹⁰² Para. 150-156.

¹⁰³ Para. 158-170.

¹⁰⁴ Para. 190.

¹⁰⁵ Para. 193-194.

¹⁰⁶ Para. 191.

¹⁰⁷ Para. 195-198.

¹⁰⁸ Para. 193-194.

¹⁰⁹ Para. 199-205.

Slovakya öncelikle, esas sorunun yoğun sığınmacı akışı değil, İtalya ve Yunanistan'ın sığınma sistemlerindeki yapısal sorunlar olduğunu iddia etmiştir. Dolayısıyla, yeniden yerleştirme, sorunu çözmeye uygun ve yeteli değildir. Konsey ve destek olan üye devletler ise akışın her koşulda büyük bir baskı yaratacak boyutta olduğunu, üstelik İtalya ve Yunanistan'ın sığınma sistemlerindeki sorunların giderilmesi dahil olmak üzere, yeniden yerleştirme mekanizması dışında birçok önlem alındığını beyan etmişlerdir.¹¹⁰ ABAD, savunmayı yerinde bularak, iddiayı reddetmiştir.¹¹¹

Slovakya oransallık kapsamında ayrıca, yeniden yerleştirme mekanizmasının birçok diğer önleme kıyasla yetersiz olduğunu ve üye devletlerin egemenliğini bu alternatiflerden daha fazla kısıtladığını iddia etmiştir.¹¹² Koruma altındaki kişilerin hakları açısından, yeniden yerleştirme mekanizmasında öngörülen uluslararası koruma biçimi, geçici korumaya kıyasla üye devletlere daha uzun süreli ve daha fazla yükümlülük getirmektedir. Oysa ki Birlik düzenlemeleri, üye devletler üzerinde gereğinden fazla mali ve idari yükümlülük oluşturmamalı (Protokol no. 2, m.5), egemenliklerini gereğinden fazla kısıtlamamalıdır. Üstelik yeniden yerleştirme, EU 2015/1523 sayılı benzer kararda gönüllülük esasında düzenlenmişken, bundan birkaç gün sonra çıkarılan dava konusu Karar'da, herhangi bir maddi gelişmenin gözlenmesine fırsat tanınmaksızın, zorunlu kılınmıştır. Slovakya'ya göre bu zorunluluk haklı gösterilemez.¹¹³ Konsey, Slovakya'nın iddianamesindeki alternatiflerin Karar'ın amacını gerçekleştirmede yetersiz olduğunu savunmuştur.¹¹⁴

¹¹⁰ Para. 210-211.

¹¹¹ Para. 212-224.

¹¹² Bu alternatifler, geçici koruma mekanizmasının (2001/55/EC) devreye sokulması, Frontex (EC 2007/2204) aracılığıyla sınır yönetiminin güçlendirilmesi ve ABIA 78.3 kapsamında İtalya ve Yunanistan'a kişileri kayıt altına alma, geri dönüşlerini düzenleme gibi konularda mali ve idari yardımlar yapılması gibi destek önlemleri olarak belirtilmiştir. Para. 227-230, 232.

¹¹³ Para 225, 227, 231, 233.

¹¹⁴ Para. 234.

ABAD bu konudaki hükmünü, Karar'ın kabul dönemindeki fiili durumu ve siyasi koşulları değerlendirerek vermiştir.¹¹⁵ Yeniden yerleştirmenin gerekçelerini ve zorunlu niteliğini uygun bulmuştur. EU 2015/1523 sayılı Karar'da kapsanandan daha fazla kişinin yeniden yerleştirilmesi ihtiyacı doğduğunu kabul etmiştir.¹¹⁶ Bu ilk kararda, üye devletler arasında oybirliği sağlanamadığı için kesin bir dağılım belirlenememiştir. ABAD'a göre Konsey bu nedenle, takdir yetkisi çerçevesinde, ikinci kararda mekanizmayı zorunlu hale getirmiştir.¹¹⁷ Karar'ın ABİA m. 78.3 dışındaki diğer dayanağı olan ABİA m. 80, mali yükümlülükler dahil olmak üzere, üye devletlerin acil durumların maliyetini dayanışma içinde karşılamasını gerektirmektedir. Burada gönüllük kriteri aranmaz.¹¹⁸ ABAD, yükümlülüğün ölçüsü konusunda da yorum yapmış, EU 2015/1601'deki zorunluluğun, üye devletlere büyük bir yük getirmediğini tespit etmiştir. Üye devletler topraklarına, kısıtlı sayıda kişiyi, iki yıla yayılmış şekilde, kendi bildirimleri üzerine, aşamalı olarak yerleştirecektir. Yeniden yerleştirme, Slovakya'nın alternatif olarak öne sürdüğü önlemlerin yerine geçmemiş, onu tamamlamıştır.¹¹⁹ Üstelik bunların yeniden yerleştirmeye kıyasla daha düşük maliyetler doğuracağı konusunda herhangi bir kanıt yoktur.¹²⁰

Macaristan, oransallığa aykırılık iddiasını, Karar'ın amacını gerçekleştirilmede yetersiz olduğu ve Macaristan'a oransız bir yük getirdiği argümanlarına dayandırmıştır. İlk tasarıda faydalanıcı ülkeler arasında olan Macaristan'dan 54.000 kişinin yeniden yerleştirmesi öngörülmüşken, faydalanıcı ülkeler kapsamından çıkarıldığında toplam sayı düşürülmemiştir.¹²¹ Ayrıca, Karar esnasında halen göç baskısı altında olmasına rağmen, destekleyici ülkeler kapsamında ülkesine çok sayıda kişiyi yerleştirme yükümlülüğü getirilmiştir.¹²² ABAD, Karar

¹¹⁵ Para. 235-261.

¹¹⁶ Para. 235-242.

¹¹⁷ Para. 246-248.

¹¹⁸ Para. 252-255.

¹¹⁹ Para. 251, 258-260

¹²⁰ Para. 260.

¹²¹ Para. 262-265.

¹²² Para. 279-281.

dönemindeki göç akışı verilerini, Macaristan'ın müzakereler esnasında faydalanıcı ülkeler kapsamında çıkarılmayı istemesini ve Karar'da yükümlülüklerin askıya alınmasına izin verilmesini dikkate alarak, bu iddiaları temelsiz bulmuştur.¹²³ Polonya, Macaristan'a destek olarak, zorunlu kotaların Polonya gibi "etnik olarak homojen" üyelere farklı dil ve kültüre sahip göçmenlerin yerleştirilmesinin, oransız yük getirdiğini iddia etmiştir.¹²⁴ ABAD, Polonya'nın bu iddiasını, Macaristan'ın iddiasını aşması, ABİA m. 80 ile öngörülen dayanışma ilkesine aykırılığı ve etnik kökenin Temel Haklar Şartı m. 21 uyarınca bir kriter olarak kabul edilemeyeceği yorumuyla geçersiz kılmıştır.¹²⁵ Polonya, yeniden yerleştirme mekanizmasının üye devletlerin ABİA m. 72 ile tanınan hukuk ve düzeni sürdürme ile iç güvenliğini koruma hakkını kullanmasını engellediğini de iddia etmiş, ABAD buna karşılık, Karar'ın bu koşullarda yükümlülüklerin askıya alınmasına izin verdiğini belirtmiştir.¹²⁶

Macaristan oransallık dışında, hangi kişilerin hangi statü altında hangi üye devletlere yerleştirileceğinin belirsiz olduğu tespitiyle, Karar'ın hukuki kesinlik (*legal certainty*) ve normatif açıklık (*normative clarity*) ilkelerine de aykırı olduğunu iddia etmiştir. Polonya ve Macaristan ayrıca, sığınmacıların dil ve kültür bağları olmayan ülkelere yerleştirilmeleri ihtimalinin, 1951 Cenevre Konvansiyonu ve 1967 Protokolü ile Dublin III Tüzüğü'nde tanınan haklarına aykırı olduğunu iddia etmiştir.¹²⁷ ABAD, Karar'ın kesin ve açık olduğunu, ortak sığınma sistemi çerçevesi ile çelişmediğini belirtmiş, sığınmacılara yerleşecekleri ülkeyi seçme hakkının ne AOSS mevzuatı, ne de Konvansiyon veya Protokol'de tanındığını hatırlatmıştır.¹²⁸

¹²³ Para. 267-278, 283-301, 310.

¹²⁴ Para. 302.

¹²⁵ Para. 303-305.

¹²⁶ Para. 306-309.

¹²⁷ Para. 311-321.

¹²⁸ Para. 323-344.

B. Birleştirilmiş C-715/17, C-718/17 ve C-719/17 Sayılı

Komisyon – Polonya Cumhuriyeti, Macaristan ve

Çek Cumhuriyeti İhlal Davası

Macaristan başlangıçtan, Polonya Aralık 2015'ten, Çek Cumhuriyeti ise Ağustos 2016'dan itibaren yeniden yerleştirme mekanizmasını uygulamamıştır. Komisyon 15.06.2017'de ihlal sürecini başlatmış, 26.07.2017'de gerekçeli görüş bildirmiştir. Cevap için üyelere birer ay süre tanınmıştır.¹²⁹ Üyeler cevap vermiş, ancak kanaati değişmeyen Komisyon, ABAD'a başvurmuştur. Komisyon, ihlal sürecini, yukarıda incelenen iptal davası sürerken başlatmış, ancak ihlal davasını, iptal davasının sonuçlanmasından¹³⁰ ve kararların yürürlük tarihinin sona ermesinden¹³¹ sonra açmıştır. ABAD, savunmaları temelsiz bularak, Komisyonun tüm iddialarını kabul etmiştir.

21-22.12.2017 tarihlerinde açılıp ABAD tarafından birleştirilen ihlal davaları, yeniden yerleştirme mekanizmasına ilişkin iki Konsey Kararı'nı (EU 2015/1523, EU 2015/1601) kapsamaktadır. Komisyon, içeriği ve düzenlenişi büyük oranda örtüşen bu kararların yeniden yerleştirmeyi belirleyen 5. maddelerinin 2, 4 ve 11 sayılı fıkralarından doğan yükümlüklerin ihlal edildiğini iddia etmiştir. 5.2 sayılı maddeler, yeniden yerleştirmeyi yapacak üye devletlerin en az üç ayda bir düzenli aralıklarla kabul edeceği kişi sayısını bildirmesini gerektirmektedir. 5.4 ve 5.11 sayılı maddeler ise bu devletlerin taahhüt sonrasındaki bağlı yükümlüklerini düzenlemektedir.¹³² Üye devletler savunmalarını büyük oranda, ABİA m. 72

¹²⁹ EUROPEAN COMMISSION, "Relocation: Commission Refers the Czech Republic, Hungary and Poland to the Court of Justice," Press Release, 07.12.2017, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_5002, E.T. 27.01.2021.

¹³⁰ 06.09.2017.

¹³¹ 26.09.2017.

¹³² M. 5.4 uyarınca, İtalya ve Yunanistan'dan getirilecek kişiler belirlenecektir. Kabul edecek üye devletin kişiyi m. 5.7 kapsamındaki gerekçelere dayalı olarak reddetme hakkı bulunmaktadır. M. 5.7, yeniden yerleştirilecek kişilerin kabul edecek üye devletin bu kişileri sadece "ulusal güvenliği veya kamu düzenine tehdit oluşturması" veya Kalifikasyon Direktifi (2011/95/EU) m. 12 veya m. 17 kapsamına girmesi durumunda reddedebileceğini belirtir. M. 5.11'e göre, kabul edecek devlet, yeniden yerleştirdiği kişilerin parmak izi ve diğer verilerini Eurodac sistemine işleyecektir.

ile Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı düzenlemelerinde üye devletlere hukuk ve düzen ile iç güvenliği koruma gerekçeleriyle tanınan derogasyona dayandırmıştır.¹³³

1. Kabul Edilebilirlik (*Admissibility*)

Davalılar ilk etapta, davanın kabul edilebilir olmadığını iddia etmiştir. Kararların yürürlük sürelerinin dolması nedeniyle, ihlal davasının amaçtan yoksun olduğunu savunmuşlardır. Ancak ABAD, ihlalin giderilemeyecek olmasının, yargı nezdinde tespit edilmesine engel teşkil etmediğini belirtmiştir.¹³⁴ Polonya ve Macaristan, başka üye devletlerin de yükümlülüklerini tamamen uygulamadığından hareketle, davanın sadece kendilerine karşı açılmasına, eşit muameleye aykırılık temelinde itiraz etmiştir.¹³⁵ ABAD, bunu hem içtihat hukuku, hem de fiili durum temelinde geçersiz bulmuştur. İhlal davasının açıldığı aşamada, diğer tüm üye devletlerin yükümlülüklerini belli bir oranda da olsa yerine getirmiş olduğundan, Komisyonun takdir yetkisini kullanışı yerinde görülmüştür.¹³⁶ Macaristan ayrıca, dava öncesi süreçte tanınan bir aylık sürenin yetersiz olması dolayısıyla savunma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.¹³⁷ ABAD, sürelerin Komisyonun takdirinde olduğunu hatırlattıktan sonra, kararların aciliyet gerektirmesi nedeniyle son aşamada verilen bir aylık süreyi makul görmüştür. Üstelik üye devletlerin son aşama öncesinde ihlale son vermek veya gerekçe sunmak için yeterince süresi olmuştur.¹³⁸ Çek Cumhuriyeti, ihlal sürecinde Komisyonun belirttiği tarihlerdeki tutarsızlığın ve gerekçelerindeki belirsizliğin, savunma hakkını kullanmasını engellediğini iddia etmiş, ABAD bu iddiaları kabul etmemiştir.¹³⁹

2. Esaslar

¹³³ M. 72, şöyledir: “Bu Başlık, Üye Devletlerin hukuk ve düzeni sürdürmeye ve iç güvenliği muhafaza etmeye ilişkin sorumluluklarını yerine getirmelerini etkileyemeyecektir.”

¹³⁴ Para. 47-71.

¹³⁵ Para. 72-73.

¹³⁶ Para.75-82.

¹³⁷ Para. 83-89.

¹³⁸ Para. 91-110.

¹³⁹ Para. 11-123.

İçeriğe ilişkin olarak, Polonya ve Macaristan savunmalarının tamamını, Çek Cumhuriyeti ise bir kısmını ABİA m. 72'ye dayandırmıştır. Bu hükmü ABA m. 4.2¹⁴⁰ ile bir arada yorumlayan Polonya ve Macaristan'a göre Birlik, hukuk ve düzeni sürdürmeyi ve ulusal güvenliği korumayı, üye devletlerin münhasır yetkisi olarak tanımaktadır.¹⁴¹ Bu bağlamda, üye devletlerin bunlara yönelik tehdit ihtimali tespit etmesi, ikincil hukuk düzenlemelerindeki ilgili yükümlülüklerini geçersiz kılar.¹⁴² Üç devlet de, yeniden yerleştirme mekanizmasında tespit ettikleri uygulama eksikliğinin, bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Davalılara göre, İtalya ve Yunanistan'da yeniden yerleştirilecek bireylerin kimliklerini tam olarak tespit etmek mümkün değildir. Bu durum dini aşırıcılık temelli terörizm tehlikesine yol açtığı için üye devletler, yeniden yerleştirmeyi reddedebilir.¹⁴³ Çek Cumhuriyeti ek olarak, kararların yükümlülüklerine istisna getiren fıkralarını (m. 5.7) de gerekçe göstermiştir.¹⁴⁴

ABAD, üye devletlerin ABİA m. 72'ye ilişkin olarak potansiyel tehditleri yeterli gösteren geniş yorumuna karşılık, kendi içtihat hukuku temelinde,¹⁴⁵ dar bir yorum benimsemiştir. ABAD'a göre, ABİA m. 72 dahil olmak üzere birincil hukuk hükümleri, üye devletlerin AB hukukundan doğan yükümlülüklerine istisnayı, sadece "sıra dışı ve açıkça belirlenmiş vakalara dayalı" olarak tanımaktadır.¹⁴⁶ Dolayısıyla, hukuk ve düzeni sürdürme ve ulusal güvenliği koruma, üye devletlerin sadece genel sorumluluklarına dayalı olarak, Birlik kurumlarının kontrolünden bağımsız, tek taraflı şekilde belirleyeceği bir istisna gerekçesi teşkil

¹⁴⁰ ABA m. 4.2'ye göre Birlik, üye devletlerin "...hukuk ve düzeni koruma ve ulusal güvenliği sağlama dahil olmak üzere, temel Devlet işlevlerine saygı gösterecektir. Her Üye Devlet, özellikle, ulusal güvenliğin tek sorumlusu olarak kalacaktır."

¹⁴¹ Para. 134.

¹⁴² Para. 134-135, 137.

¹⁴³ Para. 135-138.

¹⁴⁴ Para. 174.

¹⁴⁵ Judgments of 15 December 2009, *Commission v Denmark*, C-461/05, EU:C:2009:783; 4 March 2010, *Commission v Portugal*, C-38/06, EU:C:2010:108; 11 June 2015, *Zh. and O.*, C-554/13, EU:C:2015:377; 2 May 2018, *K. and H.F. (Right of residence and alleged war crimes)*, C-331/16 and C-366/16, EU:C:2018:296; 6 September 2017, *Slovakia and Hungary v Council*, C-643/15 and C-647/15, EU:C:2017:631 ve bu davalarda atıf yapılan içtihat hukuku kapsamıştır. Para. 143-150.

¹⁴⁶ Para. 143-144.

etmemektedir.¹⁴⁷ ABAD'a göre, dava konusu kararların da kapsadığı (m. 5.7) bu istisna, ancak vaka temelinde, diğer bir deyişle, kişilerin her birinin tehdit teşkil edip etmediğinin soruşturulup belirlenmesiyle geçerli olabilir.¹⁴⁸

Davalılar, yukarıda belirtildiği üzere, yeniden yerleştirmenin uygulanmasındaki eksiklikler nedeniyle bireylerin kimlik tespitinin yapılamadığını iddia etmiştir. Bu iddianın geçerli olması halinde, ABAD yorumundaki vaka temelli değerlendirme, mümkün olamaz. Bu bağlamda fiili durumu da inceleyen ABAD, yeniden yerleştirmeye katılan üyelerin, kararların 5.4 ve 5.7 sayılı hükümlerine dayanarak birçok kişiyi kamu düzeni veya güvenlik gerekçesiyle reddedebildiğini, İtalya ve Yunanistan'a irtibat memurları göndererek gerekli tetkikleri yapabildiğini, zaman içinde sistemin daha etkili işler hale geldiğini, hatta üye devletlerin ek güvenlik önlemleri almasına imkan sağladığını tespit etmiştir.¹⁴⁹

Çek Cumhuriyeti savunmasında, yeniden yerleştirme mekanizmasının uygulama sorunlarına da yer vermiştir. Çek Cumhuriyeti'ne göre, İtalya ve Yunanistan'ın yükümlülüklerini yerine getirmemesi ve yeniden yerleştirmenin planlanandan çok daha az sayıda gerçekleşmesi, sistemin başarısız olduğunu kanıtlamıştır. Çek Cumhuriyeti bu mekanizma yerine, gerek AB çapında, gerek ikili ilişkiler çerçevesinde, mali, teknik ve idari yardım gibi destekleri tercih etmiştir.¹⁵⁰ ABAD öncelikle, üye devletlerin bu konudaki tek taraflı iddialarının, kararların ABİA m. 80 çerçevesindeki dayanışma ilkesine ve yeniden yerleştirmenin zorunlu niteliğine etki edemeyeceğini belirtmiştir. Ardından, fiili durumu da değerlendirmiş, sorunların mekanizmanın özünden kaynaklanmadığını, zamanla giderildiğini ve birçok üye devletin yükümlülüklerini yerine getirebildiğini tespit etmiştir.¹⁵¹

¹⁴⁷ Para. 145-148.

¹⁴⁸ Para. 150-160.

¹⁴⁹ Para. 165-172.

¹⁵⁰ Para. 173-176.

¹⁵¹ Para. 178-188.

C. C-808/18 Sayılı Komisyon - Macaristan İhlal Davası

Davanın konusu, Macaristan'ın göç krizi dönemindeki bazı hukuki düzenlemelerinin,¹⁵² Sığınma Prosedürleri (2013/32/EU), Kabul Koşulları (2013/33/EU) ve Geri Dönüş (2018/115/EC) direktiflerine aykırı hükümleridir. Komisyon ihlal sürecini, 2013/32/EU sayılı Direktif üzerinden, resmi bildirimle başlatmıştır (11.12.2015). Macaristan'daki kanun değişikliklerine müteakip, ihlal konularını genişletmiştir. XX sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi üzerine, önce ek bir resmi bildirimde bulunmuş (18.05.2017), ardından gerekçeli görüş bildirmiştir (08.12.2017). Macaristan, ihlali reddedince (08.02.2018), Komisyon, ABAD'a dava açmıştır (21.12.2018).¹⁵³ ABAD, geçiş bölgeleri bağlamında, Komisyonun uluslararası koruma prosedürüne erişimin engellenmesi ve uluslararası koruma başvurusu sahiplerinin idari gözetim altına alınması (*detention*) üzerine tüm iddialarını geçerli bulmuştur. Ülkede yasa dışı olarak bulunan üçüncü ülke vatandaşlarının sınır dışı edilmesi (*removal*) ve başvuru sürecinde üye devlette bulunma hakkına ilişkin iddiaları ise kısmen kabul etmiştir.¹⁵⁴

1. Geçiş Bölgeleri

Komisyonun ABAD tarafından iki kısımda değerlendirilen ilk üç şikayeti, Macaristan'ın göç krizi kapsamında Sırbistan Röszke ve Tompa sınır kapılarında kurduğu geçiş bölgelerine ilişkindir. Macaristan, tel örgü çektiği Sırbistan sınırından gelecek kişilerin uluslararası koruma başvurularını, sadece bu bölgeler içinde, şahsen almaktadır. Gayriresmi bir liste üzerinden, günde sadece birkaç kişinin girişine izin

¹⁵² Sığınma Hakkına İlişkin Kanun (LXXX, 2007), Devlet Sınırlarına İlişkin Kanun (LXXXIX, 2007), İdari Yargılama Usulü Kanunu ve 301/2007 sayılı Hükümet Kararı. Kitlesel göç idaresi konulu Tadil Kanunu (CXL, 15.09.2015), LXXX sayılı kanuna "kitlesel göç krizi" ve "sınır süreci" kavramlarını eklemiş, sığınma başvurularının kabulü için geçiş bölgelerinin kurulmasına izin vermiştir. Sınır koruma prosedürlerini güçlendirmeye ilişkin Tadil Kanunu (XX, 2017), hükümetin LXXX sayılı Kanun'a istisnalar getirecek şekilde kitlesel göç krizi ilan edebileceği durumların kapsamını genişletmiştir. Para. 35-59.

¹⁵³ Para. 60-67.

¹⁵⁴ ABAD'a göre, 2013/33/EU sayılı Direktif m. 2.h ve 2013/32/EU m. 46.6, ihlal edilmemiştir. İhlal edildiğine karar verilen hükümler şunlardır: 2008/115/EU, m. 5, 6.1, 12.1, 13.1; 2013/32/EU m. 6, 24.3, 43, 46.5; 2013/33/EU, m. 8, 9, 11. Para. 71-316.

verilmektedir. Diğerleri, aylarca Sırbistan'ın sınır köylerinde beklemektedir.¹⁵⁵ Komisyon, ilk olarak, bu bölgelere erişimin kısıtlanmasının, 2013/32/EU sayılı Direktif kapsamındaki uluslararası koruma süreçlerine erişim hakkını (m. 3, 6) ihlal ettiğini öne sürmüştür.¹⁵⁶ Macaristan, kitlesel göç krizi koşullunda, girişleri idari yük ve güvenlik nedeniyle sınırlandırabileceğini, üstelik sığınmacıların ülke seçemeyeceğini, bu kişilerin Sırbistan'dan kaçmadığı için oraya da başvurabileceğini belirtmiştir.¹⁵⁷ ABAD, Komisyonun iddanamesine eklediği Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) raporlarına dayanarak, durumun sistematik bir ihlal haline geldiğini tespit etmiştir. Macaristan'ın argümanlarını geçersiz bulmuş ve uluslararası koruma başvurularının geciktirilmeden alınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁵⁸

Komisyon, ikinci olarak, geçiş bölgelerinde 2013/32/EU ve 2013/33/EU sayılı direktiflerin uluslararası koruma başvurusunda bulunan kişilere sağladığı prosedür haklarına¹⁵⁹ aykırı şekilde, genelleştirilmiş bir idari gözetim (*detention*) sistemi kurduğunu iddia etmiştir. Macaristan'a Sırbistan'dan giriş yapan 14 yaşın altındaki refakatsiz küçükler (*unaccompanied minors*) haricindeki uluslararası koruma başvurusu sahipleri, bir yılı aşabilen değerlendirme sürecinin tamamını, geçiş bölgelerinde geçirmek zorunda bırakılmaktadır.¹⁶⁰ Komisyon, durumun idari gözetim etkisi yarattığını iddia etmiştir. Oysa uluslararası koruma başvurusu, ek koşullar aranmaksızın, idari gözetim gerekçesi olamaz.¹⁶¹ Macaristan, geçiş bölgelerinin idari gözetim değil, açık kabul merkezleri (*reception centres*) olduğunu iddia etmiştir. Macaristan'a göre AB mevzuatını ihlal eden bir durum yoktur. Sırbistan'a geçiş serbesttir. Geçiş bölgesinden ayrılma, başvurunun değerlendirilmesine engel değildir. Özel ihtiyaç sahiplerine, uygun

¹⁵⁵ Para. 71-74.

¹⁵⁶ Para. 71-77.

¹⁵⁷ Para. 78-86.

¹⁵⁸ Para. 78-128.

¹⁵⁹ 2013/32/EU, m. 24.3, 43; 2013/33/EU, m. 2.h, 8, 9, 11

¹⁶⁰ Bölgeler, sadece Sırbistan yönünde açıktır. Başvuru sahiplerinin bölgeden ayrılması, başvurularının değerlendirmesinin durdurulmasıyla sonuçlanmaktadır. Bu nedenle bölgede kalma gerekliliği, bir yılı aşabilmektedir. Para. 144-145.

¹⁶¹ Para. 129-137, 142-147.

koşullar sağlanmaktadır. Üstelik üye devletler, ABİA m. 72 uyarınca kriz durumunda istisnai prosedürler uygulama hakkına sahiptir.¹⁶² ABAD, idari gözetimin AB hukukundaki anlamı¹⁶³ ve fiziki koşullar itibariyle, bu bölgeleri idari gözetim alanları olarak nitelendirmiştir. Ayrılmanın, başvurunun Macaristan tarafından reddedilmesi ve sınır geçişinin Sırbistan tarafından yasa dışı bulunması ile sonuçlanma ihtimalinin yüksek olduğunu tespit ederek, fiiliyatta genelleştirilmiş bir idari gözetim sisteminin kurulduğuna hükmetmiştir.¹⁶⁴ ABAD ayrıca bu bölgelerde, sınırlarda geçirecek azami değerlendirme süresi ve hassas bireylerin özel ihtiyaçları gibi konularda, başvuru sahiplerine tanınan prosedürel hakların gözetilmediğini belirlemiştir.¹⁶⁵ Macaristan'ın ABİA m. 72 temelindeki iaddiasına ilişkin olarak ise, içeriği yukarıda incelenen birleştirilmiş C-715/17, C-718/17 ve C-719/17 sayılı davalardakiyle büyük ölçüde örtüşen bir yorum yapmıştır. Buna göre, m. 72 kapsamındaki istisna, üye devletlerin vakalara dayalı olmayan, genelleştirilmiş tek taraflı iddialarıyla işletilemez.¹⁶⁶

2. Sığınmacıların Sınır Dışı Edilmesi (*Removal*)

Komisyon, Macaristan'ın, Sınır Kanunu'na getirdiği kitlesel göç krizi istisnasına dayalı olarak, Birlik topraklarında yasa dışı olarak bulunan üçüncü ülke vatandaşlarının Birlik sınırlarından çıkarılmasını düzenleyen 2008/115/EC sayılı Geri Dönüş Direktifi'nin bazı prosedür gerekliliklerine ve koruyucu önlemlerine¹⁶⁷ aykırı şekilde, sığınmacıları sınır dışı ettiğini (*removal*) iddia etmiştir. Macaristan, geri göndermeme ilkesine (*non-refoulement*) riayet etmeksizin ve geri dönüş kararı olmaksızın, kişileri kolluk kuvvetlerinin zoruyla, Sırbistan sınırı ile kendi topraklarına yerleştirdiği tel örgü arasındaki, hiçbir altyapısı olmayan

¹⁶² Para. 138-141, 148-154.

¹⁶³ ABAD'ın tanımı şöyledir: "başvuru sahibinin kısıtlı ve kapalı bir alanda kalmasını gerektirerek, hareket özgürlüğünden mahrum bırakacak ve toplumun geri kalanından izole edecek her tür zorunlu önlem." Para. 159.

¹⁶⁴ Para. 157-166.

¹⁶⁵ Para. 167-211.

¹⁶⁶ Para. 212-226.

¹⁶⁷ M. 5, 6.1, 12.1, 13.1.

topraklara terk etmektedir.¹⁶⁸ Macaristan, ülkesindeki kriz durumunun, ABA m. 4.2 ve ABİA m. 72 temelinde, ilgili Direktif'e istisna getirdiğini iddia etmiştir. Ayrıca, tel örgünün diğer tarafının da Macaristan toprağı olması itibariyle, uygulamanın sınır dışı etme anlamına gelmediğini, altyapı konusunun ise AB hukukunun dışında kaldığını belirtmiştir.¹⁶⁹

ABAD, hem geri gönderme koşulları, hem de lokasyonun sınır dışı etme sayılıp sayılmayacağı üzerinden değerlendirme yapmıştır. Koşullar itibariyle, gerek mevzuat gerek içtihat hukuku temelinde, sınır dışına çıkarma işleminin, ancak adil ve şeffaf şekilde alınmış geri dönüş kararı üzerine, kişilerin temel haklarına ve insan onuruna saygılı şekilde gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. Uluslararası koruma konusu kapsamına giren durumlarda ise geri göndermeme ilkesi çerçevesinde, sınır dışı etme en son başvurulacak yöntemdir. Macaristan, bu kriterlere uymamıştır.¹⁷⁰ Lokasyona ilişkin olarak, Macaristan'ın da kabul ettiği üzere, kişilerin götürüldüğü alanın altyapısız olmasının, Macaristan'daki geçiş bölgelerine dahi girişi mümkün olmayan bu kişilerin, fiilen Sırbistan'a sınır dışı edilmesi anlamına geldiğini ve uygulamanın insani muameleye aykırı olduğunu tespit etmiştir.¹⁷¹ Ayrıca, Macaristan'ın ABA m. 4.2 ABİA m. 72 temelindeki gerekçelerini reddetmiştir.¹⁷²

3. Üye Devlet Topraklarında Kalma Hakkı

Komisyonun uygulamadan bağımsız şekilde, sadece hukuki düzenlemeler üzerinden sunduğu tek iddia, sığınmacıların üye devlet topraklarında kalma hakkına ilişkindir. Komisyon, Macaristan'ın kitlesel göç krizi konulu yasal değişiklikleri sonucunda, bazı Sığınma Hakkı Kanunu ve İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerinin, 2013/32/EU sayılı Direktif'in temyiz prosedürleri kapsamında düzenlediği etkili başvuru hakkına (*right to an effective remedy*) ilişkin bazı hükümlerine¹⁷³

¹⁶⁸ Para. 227-232.

¹⁶⁹ Para. 233-240.

¹⁷⁰ Para. 241-254.

¹⁷¹ Para. 255-260.

¹⁷² Para. 261-265.

¹⁷³ M. 46.5, uluslararası koruma başvurusu reddedilen kişinin temyiz süreci boyunca üye devlet topraklarında kalmasına izin verir. M. 46.6, diğer bazı hükümlerde

aykırı olduğunu iddia etmiştir. Komisyona göre, AB mevzuatı uyarınca, temyiz başvurusu ile başlatılması gereken yargısal denetim, otomatik olarak idari fiili askıya alma etkisi göstermelidir. Diğer bir deyişle, uluslararası koruma başvurusu reddedilen kişiler, temyiz başvurusu yaptığında, temyiz süreci boyunca otomatik olarak ülkede kalma hakkına sahip olur. Macaristan kanunlarında sığınmacıların ülkede kalma hakkına getirilen ek koşullar, bu güvenceyi ortadan kaldırmıştır.¹⁷⁴ Macaristan, Direktif'i ulusal kanunlarına doğrudan uyarlamamışsa da, getirdiği ek koşulların Direktif'e aykırı olmadığını iddia etmiştir.¹⁷⁵

ABAD öncelikle, Macaristan kanunlarının ilgili hükümlerinde söz konusu Direktif'le aynı etkiyi gösterecek hukuki kesinliğin olup olmadığını incelemiştir. Değerlendirmesinde, geçiş bölgelerinde tespit ettiği fiili durumu da kapsamıştır. ABAD'a göre, üye devletlerin getireceği ek koşullar, AB mevzuatının sağladığı hakları kısıtlayamaz. Bu bağlamda, geçiş bölgelerindeki idari gözetim durumu, temyiz süreci dahil olmak üzere, sığınma sürecindeki kişilere sağlanması gereken asgari koşulları sağlamamaktadır. Bu durum, 2013/32/EU sayılı Direktif'in düzenlediği otomatik kalma hakkını (m. 46.5) ihlal etmektedir.¹⁷⁶ Ancak ABAD, Komisyonun temyiz başvurusunun aynı direktifin kapsamında yer alan istisnai durumlarda (m. 46.5) da otomatik kalma hakkına yol açacağı iddiasını geçersiz bulmuştur.¹⁷⁷

IV. DAVALARIN NİTELİKLERİ VE ETKİLERİ

Bu çalışmada kapsanan davalar, V4 ülkelerinin göç krizi üzerinden AB içindeki siyasi bloklaşmasının, hukuki düzlemdeki tezahürü olarak nitelendirilebilir. Birlik çapında yaşanan ortak sorunlara ortak çözümler gerektiren krizde bu devletler, kendi aralarında geliştirdikleri tutumla, dayanışma ilkesine aykırı davranmıştır. Bu tercih, onları diğer üye

belirlenmiş istisnai durumlarda, kişinin üye devlet topraklarında kalmasını mahkemelerin takdirine bırakmaktadır.

¹⁷⁴ Para. 267-274.

¹⁷⁵ Para. 275-280.

¹⁷⁶ Para. 282-302.

¹⁷⁷ Para. 281-314.

devletler ve AB kurumlarıyla hem siyaseten, hem de hukuken karşı karşıya getirmiştir.

A. Siyasi Nitelik ve Etkiler

V4 ülkeleri, AB düzeyindeki güvenlikleştirme ve dışsallaştırma eylemlerine destek verirken, yeniden yerleştirme mekanizmasına başlangıçtan itibaren karşı çıkmıştır.¹⁷⁸ Böylece, mekanizmanın kapsadığı dönemde merkez sağ - radikal sağ koalisyonu tarafından yönetilen Avusturya haricindeki AB üyelerinden, kesin olarak ayrıışmışlardır. Üstelik itirazlarını yargıya taşımış, iptal müktesebatında pek rastlanmayan şekilde, yasama organı olan Konseyi dava etmişlerdir. 2016-2020 döneminde Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanında üye devletlerce açılan tek iptal davası, Slovakya - Macaristan davasıdır. V4 ülkeleriyle diğer üye devletler ve AB kurumları arasındaki bölünme, iptal davasının taraflarında gözlenebilir. Slovakya ve Macaristan'a Polonya, Konseye ise Komisyon ve birçok üye devlet destek olmuştur.

Birlik topraklarında bir milyonu aşkın yeni sığınma başvurusunun yapıldığı 2015'te kurulan mekanizma, sadece 160 bin kişiyi kapsamıştır. Üstelik devlet başına düşen zorunlu sayılar çok daha azdır.¹⁷⁹ Yine de V4 ülkeleri, mekanizmayı ya hiç uygulamamış, ya da başlangıç aşamasında göstermelik olarak uygulamışlardır. Taahhüt ve yerleştirme yükümlülüklerini tamamen uygulayan ülke çok azdır. Bu oranlar birçok üye devlette oldukça düşük kalmıştır (%40-%20 civarı). Ancak V4 ülkeleri, neredeyse hiç katılmamıştır (%0-%3 ve %0-%1). Diğer bir deyişle, siyasi tercihlerini, üyelik yükümlülüklerini ihlal noktasına getirmişlerdir.¹⁸⁰

İhlal sürecini başlatma ve ihlal davası açma, çalışmada kapsanan davalarda ABAD'ın da belirlediği üzere, Komisyonun takdirindedir. İhlal

¹⁷⁸ Bkz. NIC; PODGÓRZAŃSKA, VISEGRAD GROUP, "Joint Declaration of the Ministers of the Interior," Ministerial Meeting, Prague, 19.01.2016, <https://www.visegradgroup.eu/download.php?docID=287>, E.T. 27.01.2021.

¹⁷⁹ 2015/1601/EU, Annex I, Annex II.

¹⁸⁰ EUROPEAN PARLIAMENT, "Implementation of the 2015 Council Decisions Establishing Provisional Measures in the Area of International Protection for the Benefit of Italy and Greece," 07.03.2017, ss. 26-29, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583132/IPOL_STU\(2017\)583132_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583132/IPOL_STU(2017)583132_EN.pdf), E.T. 27.01.2021.

süreçlerini nadiren yargıya götürün ve göç krizinden beri AOSS kapsamında sadece V4 ülkelerine dava açan Komisyon, üye devletlere eşit davranmamıştır. Mekanizmaya Avusturya da karşı çıkmış, uygulama döneminde Macaristan gibi hiç taahhütte bulunmamış, Macaristan ve Polonya gibi hiç yerleştirme yapmamıştır.¹⁸¹ Oysa Avusturya'ya ihlal süreci başlatılmamıştır. Komisyon diğer üyelere, göç krizi kapsamındaki başka konularda da müsamaha göstermiştir. Örneğin, çoğunluğu aynı zamanda AB kurucu üyeleri olan altı Schengen ülkesi, iç sınır denetimlerini istisnai ve geçici bir önlem olarak tanımlayan mevzuata¹⁸² aykırı olarak, sürekli hale getirmiştir. Komisyon bu devletleri hiçbir raporunda eleştirmemiş, ihlal süreci başlatmak bir yana, mevzuatı fiili duruma adapte edecek teklifler hazırlamıştır.¹⁸³ V4 ülkelerine neden aynı esnekliğin gösterilmediği sorusu, bu ülkelerin AB üyeliğinin temel gereklerine ilişkin durumu çerçevesinde cevaplanabilir.

Çalışmanın siyasi çerçeve kısmında açıklandığı üzere, V4 ülkeleri, diğer birçok üye devlette olduğu gibi, göç krizine güvenlik temelinde yaklaşmış ve sığınmayı olabildiğince kısıtlamayı hedeflemiştir. Yeniden yerleştirme mekanizmasına gerek V4 zirvelerinde, gerek davalarda dile getirdikleri itirazları, sınır geçişlerini sığınma ihtiyacından ziyade, kamu düzeni ve iç güvenliğe tehdit bağlamında değerlendirmelerinden kaynaklanmaktadır. Bu bakış açısı, V4 ülkelerine mahsus değildir.¹⁸⁴ Ancak V4 devlet ve hükümet başkanları tutumlarını, AB'ye üyelikle birlikte iradi şekilde yapılmış yetki devrini yok sayarak, yabancı düşmanı ve İslamofobik söylemlerle savunmuşlardır.¹⁸⁵ Konsey, Macaristan ve Polonya'nın aynı dönemde sürekli hale gelen hukuk devleti ve temel haklara aykırı

¹⁸¹ EUROPEAN PARLIAMENT, ss. 26-29.

¹⁸² EU 2016/399, OJ L 77, 23.3.2016.

¹⁸³ ÇİLİNGİR, Sevgi, "'Europe Without Borders' and the Future of European Integration: Internal Border Controls in the Schengen Area", *Handbook of Research on Social and Economic Development in the European Union*, Ed. BAYAR, Yılmaz, IGI Global, Hershey, 2020, ss. 455-474.

¹⁸⁴ ÇİLİNGİR; FELLER, PORTES; VÖLKEL, Jan C., "When Interior Ministers Play Diplomats: Fatal Ambiguities in Europe's Securitised Migration Policy," *Fortress Europe? Challenges and Failures of Migration and Asylum Policies*, Ed. JÜNEMANN, Anette v.d., Springer VS., Wiesbaden, 2017.

¹⁸⁵ GODZIAK; DUDZINSKA / KOTNAROWSKI; AGENCE FRANCE-PRESSE.

uygulamalarına, siyasi nedenlerle tepki verememiştir.¹⁸⁶ V4 ülkelerinin üyelik yükümlülüklerini birden çok konuda, AB'nin temel değerlerine aykırı ve sistemli bir şekilde reddetmesi, kurucu antlaşmaları korumakla görevli Komisyonun, sorumluluk üstlenmesine neden olmuştur. Macaristan'a açılan ihlal davası da benzer şekilde yorumlanabilir. Dava içeriğinde görüldüğü gibi, Sırbistan sınırındaki durum, birkaç mevzuat hükmünün eksik uygulanışından ibaret değildir. Macaristan, uluslararası sivil toplumun ve BM kuruluşlarının da tespit ettiği üzere, sığınmacıların uluslararası hukuk ve AB hukukunda tanınan haklarını sistematik olarak ihlal etmiş, insani muameleden yoksun bırakmıştır.¹⁸⁷

AB'de göç ve sığınma konulu düzenlemeler, üye devletlerin asgari müştereklerinin ötesine pek geçememiş; büyük oranda bağlayıcı olmayan hukuk (*soft law*) düzeyinde kalmıştır.¹⁸⁸ Yine de, sığınma alanında temel değer ve prensipler, AB hukukuna içkindir. Sığınma temel bir hak olarak tanınmıştır.¹⁸⁹ Temel haklar çerçevesindeki ayrımcılık yasağı, sığınmacılar için de geçerlidir.¹⁹⁰ Geri göndermeme ilkesi benimsenmiştir.¹⁹¹ Halbuki çalışmada incelenen davaların esasını teşkil etmemekle birlikte, V4 ülkelerinin göç krizinde benimsediği politikaların ayrımcı ve geri gönderme amaçlı olduğu ortadadır. V4 ülkeleri, üç davada da sığınmacıları esasen "oransız yük" veya "güvenlik tehdidi" olarak nitelendirmiştir. Hatta iptal davasında, üye devletlerin sığınmacılara yönelik etnik ve dini ayrımcılığı, meşru kılınmaya çalışılmıştır. Polonya, farklı dil ve kültürden

¹⁸⁶ ZALAN; EUROPEAN COUNCIL.

¹⁸⁷ AMNESTY INTERNATIONAL, "Hungary: Alarming Rollback of Human Rights under Consideration by UN Human Rights Committee," EUR 27/8089/2018, 19.03.2018, <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR2780892018ENGLISH.pdf>, E.T. 27.01.2021; ZSOLT, Balla, "UNHCR Concerned Hungary Pushing Asylum Seekers Back to Serbia," 15.07.2016, <https://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/5788c85a4/unhcr-concerned-hungary-pushing-asylum-seekers-serbia.html>, E.T. 27.01.2021.

¹⁸⁸ SCIPIONI, Marco, "Failing Forward in EU Migration Policy? EU Integration after the 2015 Asylum and Migration Crisis," *Journal of European Public Policy*, 2018, C. 25, S. 9, ss.1357-1375.

¹⁸⁹ Temel Haklar Şartı, m. 18.

¹⁹⁰ ABA, m. 2, 3; ABİA, m. 10; Temel Haklar Şartı, m. 21.

¹⁹¹ ABİA, m. 78.1; Temel Haklar Şartı, m. 18-19.

kişilerin üye devletlerin etnik homojenliğine zarar vereceğini dile getirmiştir.¹⁹² Macaristan ve Polonya'nın sığınmacıları gözettiklerine ilişkin nadir iddialarından biri de ayrımcıdır. Bu ülkelere göre, "dil ve kültürel bağları olmayan ülkelere yerleştirilmeleri", sığınmacıların haklarına aykırıdır.¹⁹³

V4 ülkeleri, AB temel değerlerine aykırı olarak belirledikleri politikaları uygulamada, AB'den bağımsız, tam yetkili olduklarını iddia etmişlerdir. Üç davada da ABİA m. 72'yi mümkün olan en geniş şekilde yorumlayarak, sadece potansiyel bir tehdit olduğuna inandıkları için, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanındaki yükümlülüklerden muaf olduklarını iddia etmişlerdir.¹⁹⁴ Konsey kararlarına ilişkin davalarda usule ilişkin olarak, oybirliğinin gerektiğini savunmuşlardır.¹⁹⁵ Kararların temeli olan ABİA m. 80'de belirlenen dayanışma ilkesine karşı çıkmamışlarsa da, dayanışma biçiminin gönüllü olduğunu iddia etmişlerdir.¹⁹⁶ Diğer bir deyişle, V4 ülkelerine göre AB, üye devletlere yükümlülük getiren kuralları sadece kendileri isterse koymalı, önceden konulmuş kurallar ise o dönemde kendilerinin uygun gördüğü ölçüde geçerli olmalıdır.

V4 ülkelerinin bu yaklaşımları, 2008-2009 mali krizinden beri üyelerin ulusal öncelik ve tercihlerinin birbirinden giderek ayrıştığı, üstelik radikal sağın yükselişte olduğu AB'de, diğer üye devletler için de emsal teşkil etmektedir. V4 ülkelerinin bu davalardaki ABİA m. 72 yorumu genelleşirse, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet alanı işlemez hale gelecektir. 27 üyeli Birliğin eylem alanı büyük ölçüde kısıtlanarak, hükümetler arasındaki asgari müştereklere indirgenecektir. V4 ülkelerinin kendini uluslararası sistemde normatif bir güç olarak öne süren AB'de, üyeliğin ilkesel anlamına aykırı eylemlerinin siyasi ve hukuki olarak cevapsız kalması, AB'yi liberal demokratik hukuk devletlerinden oluşan bir Birlik olmaktan çıkarabilir.

¹⁹² C-643/15, para. 302.

¹⁹³ C-643/15, para. 311-321.

¹⁹⁴ C-643/15, para. 306; C-715/17, para. 134-138; C-808/18, para. 141, 213.

¹⁹⁵ C-643/15, para. 137.

¹⁹⁶ C-643/15, para. 231; C-715/17, para. 175-176.

B. Hukuki Nitelik ve Etkiler

Çalışmada incelenen davalar, Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı ve AOSS içtihat hukukuna önemli katkılar yapmıştır. Göç krizi, göç krizi kapsamındaki geçici uygulamalar ve göç politikasında dayanışma ilkesi, birincil hukukta on yılı aşkın süredir yer almaktadır. Üçüncü ülkelerden gelecek kitlesel bir nüfus hareketiyle oluşan acil durum olarak tanımlanan göç krizi ve buna mukabil Konseyin zor durumdaki üyeler yararına nitelikli çoğunlukla geçici önlemler alması, ilk kez Amsterdam Antlaşması'nda¹⁹⁷ yer almıştır (ATA, m. 64.2). Lizbon Antlaşması'ndaki kriz tanımı, ATA m. 64.2 ile aynıdır, fakat geçici önlemlerin biçimi ve usulü yenilenmiştir (ABİA m.78.3).¹⁹⁸ Lizbon Antlaşması ayrıca, dayanışma ilkesini göç ve sığınma alanında ilk kez genel ilkelerin ötesinde, "idari" bir hüküm olarak düzenlemiştir (ABİA, m. 80).¹⁹⁹ ABİA m. 78.3 ve m. 80, ikincil hukukta ilk kez, yeniden yerleştirme mekanizmasını kuran Konsey kararlarına dayanak oluşturmuş ve akabinde dava konusu olmuştur. ABAD, bu hükümleri ilk kez yorumlamıştır. Bu açıdan iptal ve ihlal dava kararları, ilerideki içtihat hukukunun oluşumuna ışık tutacaktır.

ABAD, iptal davasında, EU 2015/1601 sayılı Karar'a birincil hukuki dayanak ve usul yönünden itirazları temel olarak, yasama dışı tasarruf (*non-legislative act*) olduğu tespitiyle reddetmiştir.²⁰⁰ Fiili durumu da

¹⁹⁷ OJ C 340, 10.11.1997.

¹⁹⁸ Altı aylık azami süre kısıtlaması kaldırılmış, Parlamento'ya danışma yükümlülüğü getirilmiştir.

¹⁹⁹ OVÁDEK, Michal, "Legal Basis and Solidarity of Provisional Measures in Slovakia and Hungary v Council", *European Database of Asylum Law*, 04.12.2017, <https://li-ri-ri-ri.kuleuven.be/1910485?limo=0>, E.T. 25.09.2021. Lizbon Antlaşması'nda üye devletler arasında dayanışma ayrıca, AB'nin temel bir değeri (ABA, m. 2) olarak ve iç pazar, dış ilişkiler, ortak dış ve güvenlik, göç ve sığınma, ekonomi ve para, enerji gibi çeşitli politikalar altında, genel bir ilke olarak düzenlenmiştir (ABA, m. 3.3, 3.5, 21.1, 24.2, 24.3, 31.1, 32; ABİA, m. 67.2, 122.1, 194.1). Kendi başlığı altında, terör saldırıları ve doğal afetler kapsamında uygulanabilecek özel bir karar prosedürünü içeren ayrı bir dayanışma maddesi de bulunmaktadır (ABİA, Başlık VII, m. 222).

²⁰⁰ Yasama dışı tasarruflar, yasama tasarrufundan doğan yetkiyle çıkarılan, tamamlayıcı tasarruflardır. Tüzük, Direktif veya Karar formunda çıkarılabilmektedir. Usul ve şartları ABİA m. 290-291 ile düzenlenmiş olan yasama dışı tasarruflar kural olarak, eski birinci sütun kapsamındaki alanlarda, Komisyon tarafından çıkarılmıştır. Çalışmada ele alınan iptal davasına konu olan yasama dışı tasarruf (EU 215/1601) ise Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanında (eski üçüncü sütun) olup, Konsey tarafından

değerlendirerek, m. 78.3 dayanağını yerinde bulmuştur. Önlemlerin yasama tasarruflarına kısıtlı bir istisna getirdiğini, bunların yerine geçmediğini belirlemiştir. ABAD'a göre kararlar, süresi Konseyin takdirinde olan geçici önlemleri kapsadığından ve acil bir duruma hızlı bir tepki gerektirdiğinden, kabulü zorlaştıran ayrıntılı süreçler içeren yasama tasarrufu usul kriterleri burada aranmaz.²⁰¹ Yeniden yerleştirme mekanizması, Dublin Tüzüğü'ne istisna getirmiştir.²⁰² Yasama dışı bir tasarrufun yasama tasarrufuna istisna getirmesi, AB hukuk düzeninin korunması açısından tartışmalı bir durumdur.²⁰³ ABAD bu noktada, AB düzeyindeki eylemlerin etkili kılınmasına öncelik vererek, süre ve kapsamın kısıtlanması kaydıyla,²⁰⁴ yasama tasarruflarına yasama dışı tasarruflar yoluyla geçici istisnaları mümkün kılacak geniş bir yorum getirmiştir.²⁰⁵ Böylece yasama dışı tasarruflar yoluyla getirilecek istisnai önlemlerin yargısal denetimine emsal teşkil etmiştir.

ABAD, iptal davasında esasa ilişkin olarak, davacıların yeniden yerleştirmenin oransallık ilkesi gerekçeli birçok itirazı²⁰⁶ üzerine, Konseye geniş bir takdir yetkisi ve esneklik tanımıştır. Bu bağlamda, Konseyin Karar için gerekçe sunmuş olması yeterli olduğu halde, kabul dönemindeki fiili ve siyasi durumu kendisi de değerlendirerek, Konseyi haklı bulmuştur.²⁰⁷ Karar'ın zorunlu niteliğine itirazları ise Konseyin takdir yetkisinin

çıkarılmıştır. Bu açıdan, Lizbon Antlaşması ile getirilmiş (ABİA, m. 291.2) istisnai bir durum teşkil etmektedir. Bkz. AĞZİTEMİZ, Merve, "Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği'nde 'Yasama Dışı Tasarruflar'," *Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı 25 Yıl Armağanı*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2017; OVÁDEK.

²⁰¹ C-643/15, para. 57-205.

²⁰² Karar, Dublin III Tüzüğü'nde (EU 604/2013) sığınma başvurusunu değerlendirmeden sorumlu üye devleti belirleyen m. 13.1 ile usulleri belirleyen m. 21, 22 ve 29'a istisna getirmiştir (EU 2015/1601, para.23).

²⁰³ OVÁDEK.

²⁰⁴ C-643/15, para. 77-79.

²⁰⁵ OVÁDEK.

²⁰⁶ Üye devlet egemenliğini kısıtlayacak şekilde gönüllülük yerine zorunluluk getirmesi, esas sorunun İtalya ve Yunanistan'ın idari eksiklikleri olması, sığınmacı yerleştirmeye alternatif önlemlerin daha etkili ve daha az yükümlülük getirecek olması.

²⁰⁷ ABAD'ın subsidiarite ve oransallık ilkeleri konusundaki içtihadına bakıldığında, tasarrufların hem usul, hem de içerik denetimini yapmasına rağmen, AB kurumlarının

ötesinde, ABİA m. 80'e atıfla, dayanışma amaçlı önlemlerde gönüllülük şartı aranmayacağı temelinde geçersiz saymıştır.²⁰⁸ Böylece, ABİA m. 78.3 ve 80'in, karar organının yeterli gerekçe göstermesi şartıyla, hukuken bağlayıcı hükümler olduğunu belirlemiştir.²⁰⁹

ABİA m. 80, ilkesel (dayanışma, sorumluluğun adil bölüşümü) bir hükümdür. İspat zorluğu ve hangi somut önlemlerle hayata geçirileceği konusundaki çelişkiler, birincil hukukta yer alan ilkelerin ikincil hukuki araçlardaki yargısal denetimini zorlaştırmaktadır. Nitekim ABAD geçmişte, Dublin II Tüzüğü hükümlerini m. 80 temelinde yorumlamaktan kaçınmıştır.²¹⁰ Ancak ABAD, yeniden yerleştirme mekanizmasını kuran hukuki araçların dayanağı olması nedeniyle, bu çalışmada incelenen iptal ve ihlal davalarında m. 80 özelinde dayanışma ve sorumluluğun adil bölüşümü ilkelerinin uygulamaya geçirilişini yorumlamak durumunda kalmış ve hükme yaptırım gücü kazandırmıştır.²¹¹

Davaların bir diğer önemi, üye devletlerin Özgürlük, Güvenlik ve Adalet Alanı kapsamındaki derogasyon imkanına ilişkindir. ABA 4.2 ile birlikte değerlendirdikleri ABİA m. 72, V4 ülkelerinin özellikle ihlal davalarında en sık başvurdukları gerekçe olmuştur. Polonya, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti yeniden yerleştirmeye, Macaristan ise geçiş bölgelerinde sığınma başvurularını engellediği, genelleştirilmiş bir idari gözetim düzeni kurduğu ve geri dönüş kararı almaksızın kişileri sınır dışı ettiği

takdir yetkisini geniş yorumladığı görülmektedir. ÇİLİNGİR, Sevgi, "AB Hukukunda Subsidiarite İlkesi ve Uygulanması," Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C: 19, S: 3, 2018, s. 365. Bu açıdan ABAD'ın geleneksel bir yorum benimsediği söylenebilir.

²⁰⁸ C-643/15, para. 212-309.

²⁰⁹ OBRADOVIC, Daniela, "Cases C-643 and C-647/15: Enforcing Solidarity in EU Migration Policy," *European Law Blog*, 02.10.2017, <https://europeanlawblog.eu/2017/10/02/cases-c-643-and-c-64715-enforcing-solidarity-in-eu-migration-policy/>, E.T. 25.09.2021.

²¹⁰ *Halaf* davasında (C-528/11, EU:C:2013:342) ulusal mahkeme ABAD'a, sığınma başvurusunu değerlendirmekle yükümlü devleti belirleyen hükmün (EC/243/2003, m. 3.2) ABİA m. 80 ile tutarlılığı konusundaki yorumunu sormuştur (para. 25). Bkz. KÜÇÜK, Esin, "The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing?," *European Law Journal*, C: 22, 2016, s.464.

²¹¹ OBRADOVIC; OVÁDEK.

iddialarına karşı, kitlesel göçe maruz kaldıkları bir kriz yaşadıklarını, sığınmacıların kamu düzeni ve güvenliklerine tehdit oluşturduğunu iddia etmişlerdir. Bu ülkelere göre, AB birincil hukuku, kamu düzeni ve ulusal güvenlik konularında üye devletlere münhasır yetki tanımaktadır. Dolayısıyla, bu konularda tehdit potansiyeli gördükleri noktada, AOSS kapsamındaki yükümlülüklerine istisna getirebileceklerdir.²¹² ABAD'ın yorumu, gerek kurucu antlaşmalar temelindeki kamu düzeni ve güvenlik gerekçeli derogasyonlara, gerek ABİA m. 72 kapsamındaki istisnalara ilişkin içtihat hukukuna katkı yapmıştır.

ABAD, ABİA m. 72'ye, V4 ülkelerinin geniş yorumuna karşılık, dar bir yorum getirmiştir. İçtihat ile desteklediği değerlendirmesinde,²¹³ m. 72'nin devreye sokulabilmesi için, üye devletlerin genelleştirilmiş tek taraflı beyanlarının yeterli olamayacağına hükmetmiştir. ABAD'a göre gerek birincil hukuk hükümlerinin niteliği, gerek davalarda kapsanan ikincil hukuk düzenlemelerindeki bağlı hükümler, üye devletlere Birlik denetiminden bağımsız bir yetki alanı yaratmaz. Derogasyon için ek şartlar aranması gerekir. Üye devletin, ispat yükümlülüğü vardır. Üye devletler ikincil hukuki yükümlülüklerine, ancak Birlik kurumlarının gözetimi altında, açıkça belirlenmiş vakalar bazındaki incelemelere istinaden istisna getirilebilir.²¹⁴ ABAD, aksi takdirde, AB hukukunun bağlayıcılığının ortadan kalkacağı ve yeknesak şekilde uygulanmasının (*uniform application*) zarar göreceği uyarısını yapmıştır.²¹⁵ Bu kararlar yoluyla, üye devletlerin birincil hukukta tanınan derogasyon imkanlarıyla meşrulaştırmaya çalıştığı keyfi uygulamalar karşısındaki içtihat, kuvvetlenmiştir.

SONUÇ

AB üyelerini derinden etkileyen göç krizi, ulusal çıkar farklılıkları temelinde ayrışmaya yol açmıştır. V4 ülkeleri, ortak bir tutum belirleyerek birbirine yakınlaşırken, diğer üyelerden uzaklaşmış ve AB

²¹² C-643/15, para. 306; C-715/17, para. 134-138; C-808/18, para. 138-141, 148-154, 233-240.

²¹³ ABAD ihlal davalarında bu içtihat hukukuna, iptal davası kararını (C-643/15) da eklemiştir.

²¹⁴ C-643/15, para. 307-309; C-715/17, para. 143-160; C-808/18, para. 212-226, 261-265.

²¹⁵ C-715/17, para. 143; C-808/18, para. 243.

kurumlarıyla karşı karşıya gelmiştir. Göç krizi sürecinde V4 ülkeleri ile AB kurumları arasındaki gerilim, iptal ve ihlal davalarıyla, AB yargısına da taşınmıştır. V4 ülkeleri, siyasi alanda olduğu gibi, hukuki alanda da, AB üyeliğinin anlamını ve gereklerini tartışmaya açmıştır. Bu çalışma, söz konusu gerilimi, AOSS kapsamında günümüze dek sonuçlanmış olan üç dava örneğinde inceleyerek, bu üyelerin AB içindeki durumunu ve kararların içtihat hukukuna katkılarını ortaya çıkarmayı hedeflemiştir.

Davaların açılma sebepleri ve kararların içeriği, V4 ülkelerinin sadece göç krizi bağlamındaki yükümlülüklerine değil, aynı zamanda ulusüstü nitelikteki AB'nin üye devletlerle yetki paylaşımına karşıt bir pozisyon belirlediklerini göstermektedir. Üstelik sığınma alanındaki hukuki yükümlülüklerini, AB temel değerleri pahasına ihlal etmişlerdir. Diğer bir deyişle, AB üyeliğini amaç edindikleri dönemin anlayışından uzaklaşarak, ikinci kez “yeni bir Orta Avrupa” yaratmayı hedeflemişlerdir. Bu Orta Avrupa, üye devletlerin tam yetkili olduğu, ulusal öncelikleri önünde hiçbir engel tanımadığı, ayrımcı ve temel haklara aykırı politikaları denetlenmeksizin uygulayabildikleri bir düzlemdir. Bu açıdan, ABAD'ın incelenen davalardaki yorum ve kararları çok önemlidir, çünkü benzer eğilimdeki diğer üye devletlere emsal teşkil edecektir.

ABAD, yeniden yerleştirme mekanizmasına ilişkin iptal ve ihlal davalarında, ani kitlesel göç durumunda zor duruma düşen üyelere destek önlemlerini düzenleyen ABİA m. 78.3'ü ve göç politikası kapsamında dayanışma yükümlülüğü getiren ABİA m. 80'i ilk kez değerlendirmiştir. ABAD bu hükümleri bir arada ele almış, Konsey kararlarını ve bunların zorunlu niteliğini hem usul, hem de esas itibarıyla, yerinde bulmuştur. Yorumunda Konseyin takdir yetkisine öncelik vermiş ve esneklik tanımıştır. İhlal davalarında ise Komisyonun takdir yetkisini doğru kullandığını belirlemiş ve iddialarının büyük çoğunluğunu, geçerli kabul etmiştir.

Üç davada da V4 ülkeleri, birincil hukukta üye devletlere kamu düzeni ve iç güvenliği sağlama sorumlulukları çerçevesinde tanınan derogasyon imkanını (ABA m. 4.2, ABİA m. 72) öne sürerek, AOSS mevzuatından kaynaklanan yükümlülüklerini askıya alabileceklerini iddia etmişlerdir. ABAD, bu iddiaları, her davada geçersiz saymıştır. İlgili maddelerin dar şekilde yorumlanması gerektiğini, üye devletlerin vaka temelinde

ispat yükümlülüğü olduğunu, tek taraflı ve genelleştirilmiş iddialarla işletilemeyeceğini beyan etmiştir. Bu yorum, içtihat hukukunda yeni olmakla birlikte, üye devletlerin keyfi olarak AB hukukunun bağlayıcılığını ve yeknesak uygulama gerekliliğini aşamayacağına dair önemli bir uyarıdır. Böylece, V4 ülkelerinin kriz boyunca AB ilke ve kurallarını yok saymasına siyasi alanda verilemeyen tepki, yargı yoluyla verilebilmiştir.

KAYNAKLAR

- AGENCE FRANCE-PRESSE, "Integrating Muslims into Europe is 'Impossible', Says Czech President," *The Guardian*, 18.01.2016, <https://www.theguardian.com/world/2016/jan/18/integrating-muslims-into-europe-is-impossible-says-czech-president>, E.T. 27.01.2021.
- AĞZİTEMİZ, Merve, "Lizbon Antlaşması Sonrasında Avrupa Birliği'nde 'Yasama Dışı Tasarruflar'," *Avrupa Birliği ve Uluslararası Ekonomik İlişkiler Anabilim Dalı 25 Yıl Armağanı*, Ankara Üniversitesi Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 2017, ss. 1-27
- AMNESTY INTERNATIONAL, "Human Rights in Europe: Review of 2019," EUR 01/2098/2020, 2020, 38-40, 59-61, <https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/2098/2020/en/>. E.T. 27.01.2021.
- AMNESTY INTERNATIONAL, "Hungary: Alarming Rollback of Human Rights under Consideration by UN Human Rights Committee," EUR 27/8089/2018, 19.03.2018, <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR2780892018ENGLISH.pdf>, E.T. 27.01.2021.
- CEYHAN, Ayşe / TSOUKALA, Anastassia, "The Securitization of Migration in Western Societies: Ambivalent Discourses and Policies", *Alternatives*, C. 27, S. 1 supp., 02.2002, ss. 21-39.
- CJEU, "Case-law," <http://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=en>, E.T. 27.01.2021.
- COMAN, Ramona / LECONTE, Cécile, "Contesting EU Authority in the Name of European Identity: the New Clothes of the Sovereignty Discourse in Central Europe," *Journal of European Integration*, C. 41, S. 7, 2019, ss. 855-870.
- ÇİLİNGİR, Sevgi, "AB Hukukunda Subsidiarite İlkesi ve Uygulanması," *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C: 19, S: 3, 2018, ss. 349-371.
- ÇİLİNGİR, Sevgi, "'Europe Without Borders' and the Future of European Integration: Internal Border Controls in the Schengen Area", *Handbook of Research on Social and Economic Development in*

the European Union, Ed. BAYAR, Yılmaz, IGI Global, Hershey, 2020, ss. 455-474.

DUDZINSKA, Agnieska / KOTNAROWSKI, Michal, "Imaginary Muslims: How the Polish Right Frames Islam," Brookings Institute, 24.06.2019, <https://www.brookings.edu/research/imaginary-muslims-how-polands-populists-frame-islam/>, E.T. 27.01.2021.

EUROPEAN COMMISSION, "Accession Criteria," 2016, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/policy/glossary/terms/accesion-criteria_en, E.T. 27.01.2021.

EUROPEAN COMMISSION, "Annual Reports on Monitoring the Application of EU Law," https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en, E.T. 27.01.2021.

EUROPEAN COMMISSION, "Country Responsible for Asylum Application (Dublin Regulation)," 2021, https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/asylum/examination-of-applicants_en, E.T. 27.01.2021.

EUROPEAN COMMISSION, "Infringement Decisions," https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement_decisions/?lang_code=en, E.T. 27.01.2021.

EUROPEAN COMMISSION, "Infringement Procedure," 2021, https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/applying-eu-law/infringement-procedure_en, E.T. 27.01.2021.

EUROPEAN COMMISSION, "Member States' Notifications of the Temporary Reintroduction of Border Control at Internal Borders Pursuant to Article 25 and 28 et seq. of the Schengen Borders Code," 2021, https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control.pdf, E.T. 27.01.2021.

EUROPEAN COMMISSION, "Relocation: Commission Refers the Czech Republic, Hungary and Poland to the Court of Justice," Press Release, 07.12.2017, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_5002, E.T. 27.01.2021.

- EUROPEAN COUNCIL, "European Council Meeting (10 and 11 December 2020)," EUCO 22/20, Brussels, 11.12.2020, para. 2e-f, <https://www.consilium.europa.eu/media/47296/1011-12-20-euco-conclusions-en.pdf>, E.T. 27.01.2021.
- EUROPEAN COUNCIL / COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, "EU Migration Policy," 06.01.2021, <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/migratory-pressures/>, E.T. 27.01.2021.
- EUROPEAN PARLIAMENT, "Implementation of the 2015 Council Decisions Establishing Provisional Measures in the Area of International Protection for the Benefit of Italy and Greece," 07.03.2017, ss. 26-29, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583132/IPOL_STU\(2017\)583132_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583132/IPOL_STU(2017)583132_EN.pdf), E.T. 27.01.2021.
- EUROPEAN UNION, "The 2004 Enlargement: the Challenge of a 25-Member EU," 23.01.2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ae50017>, E.T. 27.01.2021.
- FELLER, Erika, "Refugees are not Migrants," *Refugee Survey Quarterly*, C. 24, S. 4, 2005, ss. 27-32.
- GODZIAK, Elzbieta M., "Using Fear of the "Other," Orbán Reshapes Migration Policy in a Hungary Built on Cultural Diversity," MPI, 10.10.2019, <https://www.migrationpolicy.org/article/orban-reshapes-migration-policy-hungary>, E.T. 27.01.2021.
- HEKİMLER, Oktay, "Batı – Doğu Çekişmesi: Göçmen Meselesi Avrupa'da Yeni bir Bloklasmaya Sebep Verebilir mi?," *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C. 73, S. 1, 2018, ss. 19-48.
- HUMAN RIGHTS WATCH, "Hungary: Events of 2020," 2021, <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/hungary#>, E.T. 27.01.2021.
- HUMAN RIGHTS WATCH, "Poland: Events of 2020," 2021, <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/poland>, E.T. 27.01.2021.
- IARLJ-EUROPE, "An Introduction to the Common European Asylum System for Courts and Tribunals: A Judicial Analysis," EASO,

- 08.2016, s. 18, https://www.iarmj.org/iarlj-documents/general/Introduction_to_the_CEAS_FINAL.pdf, E.T. 27.01.2021.
- IOV, Claudia A. / BOGDAN Maria C., "Securitization of Migration in the European Union: Between Discourse and Practical Action," *Research and Science Today*, C. 1, S. 13, 2017, ss. 12-19.
- IPPOLITO, Francesca, "Migration and Asylum Cases before the Court of Justice of the European Union: Putting the EU Charter of Fundamental Rights to Test?," *European Journal of Migration and Law*, C. 17, S. 1, 2015, ss. 1-38.
- KÜÇÜK, Esin, "The Principle of Solidarity and Fairness in Sharing Responsibility: More than Window Dressing?," *European Law Journal*, C. 22, 2016, ss. 448– 469.
- MAJCHER, Izabella, "Creeping Cimmigration in CEAS Reform: Detention of Asylum-Seekers and Restrictions on Their Movement under EU Law," *Refugee Survey Quarterly*, C: 40, S: 1, 2021, ss. 82– 105.
- MARUSIAK, Juraj, "Visegrad Group: an Unstable Periphery of the European Union?," *Internal Cohesion of the Visegrad Group*, Ed. MARUSIAK, Juraj v.d., Publishing House of the Slovak Academy of Sciences, Bratislava, 2013, ss. 122-159.
- "Migrants Crisis: Slovakia 'Will only Accept Christians'," *BBC News*, 19.08.2015. <https://www.bbc.com/news/world-europe-33986738>, E.T. 27.01.2021.
- MIHALIK, Jaroslav / JANKOL'A, Matus, "European Migration Crisis: Positions, Polarization and Conflict Management of Slovak Political Parties," *Baltic Journal of Law and Politics*, C. 9, S. 1, 2016, ss. 1-25.
- "Mix of Muslim, Christian Society not Possibly Peaceful, Hungary's Orban Says," *Daily Sabah*, 25.09.2020, https://www.dailysabah.com/world/europe/mix-of-muslim-christian-society-not-possibly-peaceful-hungarys-orban-says?gallery_image=undefined#big, E.T. 27.01.2021.
- NEWS WIRES, "EU Reaches Landmark Budget Deal with Hungary and Poland," *France 24*, 11.12.2020,

<https://www.france24.com/en/europe/20201210-eu-reaches-landmark-budget-deal-with-hungary-and-poland-salvaging-covid-19-recovery-plan>, E.T. 27.01.2021.

NIC, Milan, "The Visegrád Group in the EU: 2016 as a Turning-Point?," *European View*, C. 15, 2016, ss. 281–290.

"No New Dawn for Far-Right in European Election," *DW*, 2020, <https://www.dw.com/en/no-new-dawn-for-far-right-in-european-election/a-48945615>, E.T. 27.01.2021.

OBRADOVIC, Daniela, "Cases C-643 and C-647/15: Enforcing Solidarity in EU Migration Policy," *European Law Blog*, 02.10.2017, <https://europeanlawblog.eu/2017/10/02/cases-c-643-and-c-64715-enforcing-solidarity-in-eu-migration-policy/>, E.T. 25.09.2021.

OVÁDEK, Michal, "Legal Basis and Solidarity of Provisional Measures in Slovakia and Hungary v Council," *European Database od Asylum Law*, 04.12.2017, <https://lirias.kuleuven.be/1910485?limo=0>, E.T. 25.09.2021.

PEERS, Steve, et al. (Ed.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition: Volume 2: EU Immigration Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012.

PODGÓRZAŃSKA, Renata, "The Migration Crisis from the East-Central European Perspective: Challenges for Regional Security," *Polish Political Science Yearbook*, C. 46, S. 2, 2017, ss. 87–104.

PORTES, Jonathan, "Immigration Between the Referendum and Brexit," *UK in a Changing Europe*, 20.06.2020, <https://ukan-deu.ac.uk/long-read/immigration-between-the-referendum-and-brexit/>, E.T. 27.01.2021.

SAMUR, Hakan, "Polonya: İdealist Avrupalılıktan Pragmatist Avrupa Birliği Üyeliğine," *Uluslararası Hukuk ve Politika*, C. 11, S. 41, 2015, ss. 37-68.

SCIPIONI, Marco, "Failing Forward in EU Migration Policy? EU Integration after the 2015 Asylum and Migration Crisis," *Journal of European Public Policy*, 2018, C. 25, S. 9, ss. 1357-1375.

- TANNER, Arno, "Owerwhelmed by Refugee Flows, Scandinavia Tempers its Warm Welcome", Migration Information Source, 16.2.2016, <https://www.migrationpolicy.org/article/overwhelmed-refugee-flows-scandinavia-tempers-its-warm-welcome>, E.T. 27.01.2021.
- WISEGRAD GROUP, "Joint Declaration of the Ministers of the Interior," Ministerial Meeting, Prague, 19.01.2016, <https://www.visegradgroup.eu/download.php?docID=287>, E.T. 27.01.2021.
- WISEGRAD GROUP, "Joint Declaration of the Visegrad Group Prime Ministers," Prague, 08.06.2016, <https://www.visegradgroup.eu/documents/official-statements/joint-declaration-of-the-160609>, E.T. 27.01.2021.
- WISEGRAD GROUP, "Joint Statement of the Visegrad Group Countries," Prague, 03.12.2015, <https://www.visegradgroup.eu/calendar/2015/joint-statement-of-the-151204>, E.T. 27.01.2021.
- WISEGRAD GROUP, "Joint Statement on Migration," Prague, 15.02.2016, <https://www.visegradgroup.eu/calendar/2016/joint-statement-on>, E.T. 27.01.2021.
- WISEGRAD GROUP, "Joint Statement on the Migration Crisis Response Mechanism," Warsaw, 21.11.2016, <http://www.visegradgroup.eu/calendar/2016/joint-statement-of-v4>, E.T. 27.01.2021.
- WISEGRAD GROUP, "Visegrad Declaration 1991," 2019, <https://www.visegradgroup.eu/documents/visegrad-declarations/visegrad-declaration-110412>, E.T. 27.01.2021.
- VÖLKEL, Jan C., "When Interior Ministers Play Diplomats: Fatal Ambiguities in Europe's Securitized Migration Policy," *Fortress Europe? Challenges and Failures of Migration and Asylum Policies*, Ed. JÜNEMANN, Anette v.d., Springer VS., Wiesbaden, 2017, ss. 83-104.
- ZALAN, Ester, "EU Leaders Unblock Budget in Deal with Hungary and Poland," *EU Observer*, 11.12.2020, <https://euobserver.com/political/150357>, E.T. 27.01.2021.
- ZSOLT, Balla, "UNHCR Concerned Hungary Pushing Asylum Seekers Back to Serbia," 15.07.2016,

<https://www.unhcr.org/news/latest/2016/7/5788c85a4/unhcr-concerned-hungary-pushing-asylum-seekers-serbia.html>, E.T. 27.01.2021.



TIBBİ UYGULAMA KAYNAKLI TÜKETİCİ UYUŞMAZLIKLARINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUĞUN SİGORTA ŞİRKETLERİNE ETKİSİ¹

Dr. Öğr. Üyesi Sevda Yaşar COŞKUN*

Arş. Gör. Munise Seray GÖNCÜ DÖNER**

Öz

7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 59. maddesi ile belirli istisnalar dışında tüketici mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda dava açılmadan önce arabuluculuk kurumuna başvurulmuş olması dava şartı hâline getirilmiştir. Tüketici mahkemelerinde görülecek olan tıbbi uygulamadan doğan davalar da bu kapsamda yer almaktadır. Yasal düzenlemelerin çok yeni olması, tıbbi uygulamadan doğan davalar nedeniyle özel hükümler içermemesi uygulamada birtakım sorunlar ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu nedenle, özellikle hekimlerin zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortaları kapsamında, sigorta şirketlerinin arabuluculuk müesseselerindeki konumu ve sigorta teminatı dışında kalan durumlarda

¹ Çalışmamızın ilk versiyonunun IV. Tıp Hukuku Kongresinde "Tüketici Mahkemelerinde Görülmekte Olan Tıbbi Uygulamadan Doğan Davalarda Yargı Öncesi Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Uygulanmasında Sigorta Şirketlerinin Konumu" başlığı ile sözlü sunumu yapılmış ve özet metin olarak yayınlanmıştır

* Dr. Öğr. Üyesi., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye | Prof., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, İzmir, Turkey.

✉ sevdayasar.coskun@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0001-7999-5052

** Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, Türkiye | Res. Asst., İzmir Bakırçay University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, İzmir, Turkey.

✉ seray.goncudoner@bakircay.edu.tr • ORCID 0000-0002-1539-8205

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: COŞKUN Sevda Yaşar / GÖNCÜ DÖNER Munise Seray, "Tıbbi Uygulama Kaynaklı Tüketici Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuğunun Sigorta Şirketlerine Etkisi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2933-2973.

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

arabuluculuk müessesinin nasıl değerlendirilmesi gerektiği belirlenmelidir. Be-
timleyici bir yöntemle ele alınan çalışmada; tıbbi uygulamadan doğan tüketici
uyuşmazlıklarında sigorta şirketleri bakımından dava şartı arabuluculuk siste-
minin uygulanmasına ilişkin karşılaşılabilecek sorunlar ve öneriler dile getiril-
miştir

Anahtar Kelimeler

Hekimin sorumluluk sigortası • Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları • Arabu-
luculuk • Tıbbi uygulama • Sigorta şirketleri.

IMPACT OF LITIGATION CONDITION OF MEDIATION ON INSU- RANCE COMPANIES IN CONSUMER DISPUTES FROM MEDICAL PRACTICE

Abstract

With the Article 59 of the Code of Civil Procedure numbered 7251 and the Law
on Amendments to Certain Laws, it has become a condition of lawsuit to apply
to a mediator before filing a lawsuit in disputes in consumer courts, except for
certain exceptions. Cases arising from medical practice that will be heard in con-
sumer courts are included in this scope. The legal regulations are very new and
do not contain special provisions due to cases arising from medical practice may
cause some problems in practice. For this reason, the effects of the mediation pro-
cess on insurance companies, especially within the scope of compulsory profes-
sional liability insurance of physicians, and how the mediation institution should
be evaluated in cases other than insurance coverage should be determined. In the
study handled with a descriptive method; the problems and suggestions that
may be encountered regarding the implementation of the litigation mediation
system for insurance companies in consumer disputes arising from medical prac-
tice are expressed.

Key Words

Doctor's Liability Insurance • Alternative Dispute Resolution • Mediation •
Medical Practice • Insurance Companies.

GİRİŞ

Ülkemizde, kanuni altyapısını 22.06.2012 tarihinde yürürlüğe giren
6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun oluş-
turduğu arabuluculuk müessesine başvurulması kural olarak ihtiyari bir
süreç olmasına rağmen, hukukumuzda birtakım uyuşmazlıklar hakkında
tarafaların davayı açmadan önce arabuluculuğa başvurması zorunlu hâle

getirilmiştir. Dava şartı olan zorunlu arabuluculukta uyuşmazlığın taraflarından biri uyuşmazlığı yargıya taşımadan önce arabuluculuk kurumuna başvurmadan dava açar ise, dava mahkemece esasa girilmeden dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilecektir.

Hukuk sistemimizde zorunlu-dava şartı olarak düzenlenen arabuluculuk ilk olarak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İMK) ile bazı iş hukuku uyuşmazlıkları için öngörülmüştür. Daha sonraki süreçte ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) kapsamında konusu bir miktar para alacağı ve tazminat olan ticari davalar açısından zorunlu-dava şartı olarak arabuluculuk düzenleme altına alınmıştır. Son olarak, 22 Temmuz 2020 itibariyle, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a (TKHK) 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile eklenen 73. madde ile, parasal sınır olan 11.330 TL (2021 yılı için) üzerindeki ve belirli istisnalar hariç, tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk müessesine başvuru dava şartı hâline getirilmiştir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki, bağımsız muayenehanesi olan hekimlerle, özel hastaneler bakımından yapılan tıbbi müdahalenin türüne göre vekalet sözleşmesi veya eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Hekimin sorumluluğu noktasında ise sözleşme, haksız fiil, vekâletsiz iş görme veya sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) esaslarına dayanmaktadır². Hekim ile hasta arasındaki ilişki, çoğunlukla taraflar arasında kurulan bir sözleşmeye dayanmaktadır³. Türk Borçlar Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiş olmakla beraber, diğer borçlar hukuku sözleşmelerinden farkı yoktur, fakat amacı konusu ve

² AKÇINAR, Şebnem, "Sağlık Hukukunda Arabuluculuk ve Avantajları", III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, Cilt 1, İstanbul 2019, s.880; DEMİR, Mehmet, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", AÜHFD, C. 57, 2008, (sözleşme), s.228; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, 2016, s.35.

³ ÖZPINAR, Berna, Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2007, s.68; ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s.17; AYAN Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991, s.49; BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.33.

tarafının sözleşmeyi yapma saiki açısından bazı özellikler taşımaktadır⁴. Bu sözleşmenin hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğuna dair doktrin ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştür⁵. Yargıtay ise çoğunlukla sözleşmenin vekalet sözleşmesi⁶ olduğu, estetik müdahale söz konusu olduğunda ise eser sözleşmesi⁷ olduğu görüşündedir. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi niteliğinde olamayacağı kanaatindeyiz. Hizmet sözleşmesinin esaslı unsurları olan bağımlılık ve süre unsurları bu ilişkide mevcut değildir⁸. Söz konusu sözleşmenin kendine özgü (sui generis) bir sözleşme olduğu fikrinde olan yazarlar⁹ tarafların eşit imkânlara sahip olmamalarını gerekçe olarak ifade etmektedirler. Bizim de katılmadığımız bu görüş doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır¹⁰. Hekimin sorumluluğunun kaynağı olan ilişki vekaletsiz iş görmeden de

⁴ ŞENOCAK Zarife, s.18; AYAN, s.51.

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bknz: YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.77; AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara 1993, s.19; ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Sempozyumu, 12-13 Mart 1982 Ankara, İstanbul 1983; ŞENOCAK Zarife, s.18.

⁶ Yarg. 13. HD., E. 2013/30822, K. 2014/10772 T. 09.04.2014, kazanci.com.tr, E.T. 18.08.2021; Yarg. 13. HD., E. 2011/7697, K. 2011/10489, T. 30.06.2011, kazancihukuk.com, E.T. 18.08.2021.

⁷ Yarg. 13. HD., 1993/131 E, 1993/2741 K, T. 05.04.1993, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 17.08.2021; Yarg. 15. HD., 2018/3561 E., 2018/3581 K., T. 03.10.2018, ALTUN, Zeynep, Plastik Cerrahin Estetik Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.33, dn 7; Yarg. 15. HD., 2018/290 E., 2018/3529 K., T. 02.10.2018, ALTUN, s.33, dn 7; Yarg. 15. HD., 2018/479 E., 2018/1458 K., T. 10.04.2018, ALTUN, s.33, dn 7; Yarg. 15. HD., 2018/3043 E, 2018/2820 K, T. 03.07.2018, ALTUN, s.33, dn 7; Aynı yönde görüş için bkz: BELGESAY, Mustafa, Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1953 s.76-77; SARIAL, Enis, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986, s.43.

⁸ Aynı yönde görüş için bkz. AŞÇIOĞLU, s.19; YAVUZ İPEKYÜZ, s.57; ŞENOCAK Zarife, s.20; ÖZPINAR, s.70.

⁹ ATABEK, Reşat/ SEZEN Merih, “Hekimin Mesuliyeti”, İstanbul Barosu Dergisi, C.39, S.2, İstanbul 1954, s.144.

¹⁰ ÖZAY, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.46-47; AYAN, s.54.

kaynaklanabilir. Hekimin hastaya acil müdahale etmesini gerektiren durumlarda ve hastanın tedavi için rızasını alamadığı hallerde vekâletsiz iş görmeden bahsedilebilecektir.¹¹

Hekimin sorumluluğunun bir başka kaynağı da sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurdan kaynaklanan Culpa in contrahendo sorumluluğudur. Bu sorumluluk, sözleşme öncesi borç ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüğün kusurlu olarak ihlal edilmesidir¹². Örneğin, henüz sözleşme kurulmadan yapılan görüşmeler sırasında hastayı aydınlatıcı bilgi vermemesi, olası zararlara karşı uyardırması durumlarında, hekimin culpa in contrahendo sorumluluğu söz konusu olacaktır¹³. Son olarak hekimin sorumluluğunun kaynağı haksız fiil de olabilecektir. Hekim ve hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olmadığı durumlarda, hekimin sorumluluğu genellikle haksız fiilden kaynaklanır¹⁴. Bu bağlamda; TKHK'nın 3. maddesinin 1 bendi uyarınca, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekim ile diğer sağlık çalışanları haricindeki hasta ve hekim arasındaki tıbbi müdahaleden doğan ilişkilerin tamamı tüketici işlemi niteliğinde olacaktır¹⁵.

¹¹ AYDIN, Öztürk, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2014, s. 131; ŞENOCAK Zarife, s.104.

¹² KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s.195.

¹³ YEŞİLLER, Fatma Begüm, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019 s.72.

¹⁴ DEMİR, sözleşme, s.270; AYAN, s.61.

¹⁵ 6502 sayılı Tüketicinin Korunmasına Dair Kanun'un 3/k bendinde, "Tüketici: Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, 3/l bendinde ise "Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem" olarak tanımlanmıştır. Tüketici işleminden bahsedilmek için üç unsur bir arada olmalıdır: taraflardan biri kanunen sınırları çizilmiş "tüketici" sıfatına sahip olmalı, karşı taraf yine kanun anlamında satıcı, sağlayıcı, kredi veren veya üretici olmalı ve yapılan işlemin konusu TKHK doğrultusunda bir mal veya hizmet kapsamına girmelidir. Bu bağlamda hasta ile hekim arasındaki hukuki işlem tüketici işlemi kategorisindedir.

Arabuluculuğa tabi tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıkların özel hukuk uyuşmazlıkları olması hasebiyle kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekim ve diğer sağlık çalışanları kapsam dışında kalmaktadır. Bu nedenle özel muayenehanede çalışan hekimler ile özel sağlık kurumlarında çalışan hekimlere karşı açılacak davalar tüketici mahkemelerinde görülecek olup, dava açılmadan önce belirli istisnalar dışında arabuluculuk yoluna başvurmak zorunludur¹⁶.

Çok farklı rizikolardan doğacak sorumluluğa karşı himaye sağlanması mümkün olduğundan sorumluluk sigortaları, en fazla türü bulunan sigortalardan biridir¹⁷. Hekim Mesleki Mali Sorumluluk sigortası da bir sorumluluk sigortası çeşididir. 21.01.2010 tarihli 5947 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile 1928 tarihli 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'a (Tababet Kanunu) eklenen ek 12. madde ile kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veyahut mesleklerini serbest olarak yerine getiren tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzman olanların, tıbbi kötü uygulama nedeni ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu nedenle kendilerine karşı yapılacak olan rücu taleplerini karşılamak için mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu kapsamda tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk süreci açısından hekimin mesleki mali sorumluluk sigortası önem arz etmektedir.

Hekimin mesleki mali sorumluluk sigortasının zorunlu olması gibi birçok husus konumuz kapsamında sigorta şirketlerine ilişkin bir değerlendirme yapılabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu bakımdan sigorta şirketlerinin arabuluculuk bağlamında sorumluluklarının sınırları da hekimin mesleki mali sorumluluk sigortasının kapsamı ile doğrudan ilgidir. Çünkü, hekimin mesleki sorumluluk sigortasında tıpkı diğer mesleki sorumluluk sigortalarında olduğu gibi sigorta sözleşmesinin 3 tarafı vardır. Bunlar sigorta şirketi (sigortacı), sigortalı ve zarara uğrayan,

¹⁶ İlgili istisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. "B. Dava Şartı Olarak Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk" başlığı.

¹⁷ ÜNAN, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C. II, İstanbul 2016, s. 267.

sigorta ile zararı temin edilecek olan üçüncü şahıslardır. Zarar gören üçüncü kişi, tıbbi uygulama hatasına karşılık, hekime veya doğrudan sigorta şirketine karşı dava açabilir (TTK m.1478) Dolayısıyla, tıbbi kötü uygulamadan kaynaklı dava şartı tüketici uyuşmazlıklarında sigorta şirketi arabuluculuk sürecinin taraflarından birisidir.

Bu bağlamda çalışmada öncelikle hekimin mesleki mali sorumluluk sigortası inceleme konumuz ile bağlantılı olduğu noktalarda genel bir bakış açısıyla ele alınacaktır. İzleyen bölümde arabuluculuk müessesesi yine genel olarak ele alınacak ve çalışma konusu özelinde tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk üzerinde durulacaktır. Daha sonra tıbbi uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözüme kavuşturulmasında hekimin mesleki malî sorumluluk sigortasının rolü ve arabuluculuk sürecinin sigorta şirketlerine etkisi, dikkat edilmesi gereken hususlar ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunlar tartışılacaktır.

I. HEKİMİN MESLEKİ MALİ SORUMLULUK SİGORTASI

A. Tanımı

Hekimin mesleki mali sorumluluk sigortası; serbest veya kamu ya da özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzmanların; yanlış, eksik ve hatalı uygulama sonucu üçüncü kişilere vereceği zararların giderilmesini sağlamaya yönelik, yaptırılması kanuni olarak zorunlu olan sorumluluk sigortasıdır¹⁸.

21.01.2010 tarihli 5947 sayılı Kanun'un¹⁹ 8. maddesi ile Tababet Kanun'una eklenen ek 12. madde ile kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzman olanların, tıbbi kötü uygulamalara karşı sigorta yaptırması zorunlu hâle getirilmiştir²⁰.

¹⁸ ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2020, s.291; HATIRNAZ EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s.385.

¹⁹ R.G.: 21.07.2010, S.: 27648.

²⁰ 21.01.2010 tarihli 5947 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile Tababet Kanun'una eklenen ek 12. madde hükmü; *"Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden*

Daha sonra Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (ZMSS Genel Şartları) ve Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozu'nda (ZMSS Klozu) 2013 yılında güncelleme yapılmıştır²¹. İlgili kanuni düzenlemeler kapsamında, sigorta ettiren ve sigortacı arasındaki temel ilişki, sözleşmedeki koşullar göz önünde bulundurulmak suretiyle, sigortalının mesleki faaliyeti sonucu ortaya çıkan zararlar sebebiyle ödemek zorunda kaldığı veya kalacağı tazminata ilişkin konular düzenleme alanı bulmuştur²². Çalışmanın konusunu oluşturan Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası (ZMSS), Sigorta Kanunu m. 13'de, kamu yararı bakımından gerekli görüldüğü durumlarda ihdas edilebilen, zorunlu sigortalardandır²³.

Hekimlerin kusurlu uygulamaları neticesinde oluşabilecek zararları tek başına karşılayabilmeleri oldukça güçtür. Bu kapsamda Kanun'da belirtilen hekimlerin, mesleki faaliyetleri esnasında, yanlış, eksik ve hatalı

talep edilebilecek zararlar ile kurumlarınca kendilerine yapılacak rüculara karşı sigorta yaptırmak zorundadır. Bu sigorta priminin yarısı kendileri tarafından, diğer yarısı döner sermayesi bulunan kurumlarda döner sermayeden, döner sermayesi bulunmayan kurumlarda kurum bütçelerinden ödenir.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan veya mesleklerini serbest olarak icra eden tabip, diş tabibi ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar, tıbbi kötü uygulama sebebi ile kişilere verebilecekleri zararlar ile bu sebeple kendilerine yapılacak rücuları karşılamak üzere mesleki malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır.

Zorunlu mesleki malî sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılır.

Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanların sigorta primlerinin yarısı kendileri tarafından, yarısı istihdam edenlerce ödenir. İstihdam edenlerce ilgili sağlık çalışanı için ödenen sigorta primi, hiçbir isim altında ve hiçbir şekilde çalışanın maaş ve sair malî haklarından kesilemez, buna ilişkin hüküm ihtiva eden sözleşme yapılamaz.

Zorunlu sigortalara ilişkin teminat tutarları ile uygulama usul ve esasları Sağlık Bakanlığının görüşü alınarak Hazine Müsteşarlığıınca belirlenir.

Bu maddedeki zorunlu sigortalara yaptırmayanlara, mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için beş bin Türk Lirası idari para cezası verilir" şeklindedir.

²¹ https://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=958:meslek-sorumluluk-sigortasi-genel-artlari-ve-meslek-sorumluluk-sigortasi-genel-artlari-hekm-meslek-sorumluluk-sigortasi-klozu-2013&catid=3:tebligelenelge&Itemid=35 (E.T. 15.11.2020).

²² ÖZKIDIK, Didem, "Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası", Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2016, s.250.

²³ YAZICIOĞLU, Emine/ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, Sigorta Hukuku, İstanbul 2019, s.93 vd.

uygulamaları sonucunda hastaya verilen zararlar sigortacı tarafından karşılanacaktır²⁴. Dolayısıyla; hekimler ZMSS ile, mesleki faaliyetleri neticesinde hatalı tıbbi uygulamalar nedeniyle meydana gelebilecek tazminat yükümlülüklerinde sigorta şirketlerinin himayesinden yararlanacaklardır²⁵.

Hekimin ZMSS konusu ve kapsamına ilişkin düzenlemeler ise esas itibariyle Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları ile ZMSS Genel Şartlarında yer almaktadır (Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları A.1, A.2, A.3; ZMSS Genel Şartları A.1, A.2, A.3, A.4)²⁶.

Arabuluculuk müessesinde sigorta şirketlerinin konumunun tespiti bakımından hekimin ZMSS'si özel önem arz etmektedir; çünkü uyuşmazlığın taraflarından birisi de sigorta şirkettir. Sigorta şirketinin uyuşmazlığın tarafı olması TTK'nın 1478. maddesinden kaynaklanmaktadır. İlgili madde uyarınca zarar gören, uğramış olduğu zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazmini, sigorta sözleşmesi bakımından söz konusu olan zamanaşımı süresi içerisinde doğrudan sigortacıdan isteyebilir. Bunun sonucu olarak sigortalının eylemlerinden zarar gören kişilerin doğrudan sigortacıya karşı tazminat talebinde bulunabilmeleri mümkündür (TTK m. 1478). Söz konusu sigortanın zorunlu olması gibi birtakım özelliklerin çalışma konumuz ile doğrudan ilgili olması nedeniyle, hekimin ZMSS özelliklerine değinmek gerekmektedir.

B. Özellikleri

1. Zorunlu Sigorta Olması

İstisnai olarak bir takım sorumluluk sigortalarının yapılması ilgili-lerin isteğine bırakılmamış ve zorunlu olarak düzenlenmiştir. Hekimlerin ZMSS da zorunlu sigorta niteliğine sahiptir. Hekimlerin ZMSS yaptırımlarına ilişkin yükümlülük, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler ile serbest olarak çalışan hekimler bakımından ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler bakımından farklı düzenlenmiştir. Bu bağlamda kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzman olanlar ile

²⁴ ÇEKER, s.291.

²⁵ HATIRNAZ EROL, s.385.

²⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. "III. Sigorta Teminatının Kapsamı" başlığı.

serbest çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzman olanlar, kendileri sigortacı ile sözleşme ilişkisi kurarken, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzman olanlar bakımından sigorta sözleşmesi çalıştıkları kurum tarafından yapılmaktadır (Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Tarife ve Talimatı (Tarife ve Talimat) B./1-a,c, B./1-b). Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzman olanlar bakımından ZMSS her biri bakımından ayrı ayrı olarak sigorta ettiren sıfatı ile kurumlarınca; mesleklerini serbest olarak yerine getiren tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanlar ile sözleşmeli aile hekimleri bakımından ise kendileri tarafından yaptırılır. Esasen kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapan hekimlerle aile hekimleri de zorunlu sigorta yaptırma kapsamındadır; fakat bu uyumsuzluklar arabuluculuğa uygun olmadığı için çalışmaya dahil edilmemiştir.

Burada özellikle vurgulanması gereken nokta serbest çalışan hekimin hem sigorta ettiren hem de sigortalı sıfatına sahip olması ancak, özel sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan hekimin sigortalı sıfatına sahip olmasına rağmen sigorta ettiren sıfatının çalıştığı kuruma ait olmasıdır.

Hekimlerin ZMSS Kanun ile düzenlenmiş olan bir sözleşme yapma zorunluluğu olduğundan, Borçlar Hukuku'nun sözleşme yapma serbestisine istisna teşkil etmektedir²⁷.

2. Zarar ve Malvarlığı Sigortası Olması

Zarar sigortaları, bir kimsenin sigorta sözleşmesinde belirlenmiş olan bir rizikonun gerçekleşmesi neticesinde malvarlığında oluşan zararın sözleşmede öngörülen şekilde sigorta bedeli ile sınırlı olarak tazmin edilmesine yönelik sigortalardır²⁸. Hekimlerin ZMSS zarar sigortası niteliğindedir²⁹. Bu sigorta türünde, hekimlerin karşılaşmış oldukları

²⁷ GÜVEN, Kudret, "Hekimlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası ve Uygulanması", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Temmuz 2017, s.27.

²⁸ AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR, Hayrettin/ ÖZDAMAR Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 241; YAZICI-OĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 83.

²⁹ KENDER, Rayegân, Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s.208-214.

tazminat talepleri, poliçe limitleri kapsamında sigortacı tarafından karşılanır. Burada söz konusu olan gerçek zararın ödenmesi olup, kişi başına düşen tazminat poliçede kararlaştırılsa dahi, bunun tamamının ödenmesi söz konusu olmayacaktır³⁰. Yine, zarar sigorta kapsamında belirlenen bedeli aşsa dahi, sigortacı gerçek zararı değil, poliçede kararlaştırılan tazminatı ödemekle sorumluluktan kurtulacaktır³¹. Hekimlerin ZMSS'nin zarar sigortası olmasının arabuluculuk bakımından etkileri son bölümde ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

Sigortalar bakımından bir diğer ayırım ise, rizikonun yönelik olduğu şeye göre malvarlığı sigortaları ve şahıs sigortaları olarak yapılan ayırımdır. Malvarlığına yönelik olan rizikolara karşı teminat verilen sigortalar malvarlığı sigortasıdır³². Şahıs sigortaları ise, kişinin sakatlanma, hastalanma, ölüm gibi insan hayatı ve bedenine yönelik rizikolar bakımından teminat verilen sigortalardır³³. ZMSS ile, hekimin hastanın tazminat taleplerine karşı, kendi malvarlığında oluşabilecek kayıplara karşı korunması söz konusu olduğundan, bir malvarlığı sigortası olduğunun kabulü gerekir³⁴.

3. Bireysel Sigorta Olması

Münferiden hayat veya kaza sigortası yapılması yerine, tek bir sözleşme kapsamında birçok kişinin hayatının sigortalanması durumunda grup sigortasının varlığından bahsedilir³⁵. Tarife ve Talimat md. B.2 uyarınca hekimlerin ZMSS grup sigortası şeklinde yapılamaz. Hekimler aynı yerde, aynı şartlarda çalışsalar dahi, yaptıkları hizmet farklı riskler taşıdığından, bunların aynı koşullarda ZMSS'ye konu olması sigortadan beklenen güvenilirlik ile bağdaşmayacaktır³⁶. Bu nedenle hekimlerin ZMSS'nin grup sigortası olarak yapılması uygun olmayacaktır.

³⁰ GÜVEN, s.29.

³¹ GÜVEN, s.29.

³² YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 85.

³³ YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s.85; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.332.

³⁴ ŞENOCAK, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s.47.

³⁵ ÇEKER, s. 326.

³⁶ GÜVEN, s.28.

C. Sigorta Sözleşmesinin Kurulması ve Şekli

Hekimin ZMSS sözleşmesi, tüm sözleşmeler de olduğu gibi, tarafların birbirine uygun, karşılıklı irade beyanları ile kurulur. Sigorta yaptırmak isteyen serbest veya kamu ya da özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzman olanların sigortacıya bu isteklerini beyan etmeleri, sigorta sözleşmesi bakımından icaptır³⁷. Sigortacının da kendisine yapılmış olan teklifi kabul etmesi ile sözleşme kurulmuş olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, hekimlik ZMSS zorunlu nitelikte olduğundan, sigortacının sözleşme yapmaktan kaçınabilmesi mümkün değildir (Sigortacılık Kanunu (SK) m. 13, TTK m. 1483). Genellikle sigorta ettiren tarafından yapılan icap beyanı, zaman zaman sigortacı tarafından da icap veya icaba davet olarak sigorta ettirene iletilebilmektedir³⁸. Bu anlamda icap beyanının sigorta ettiren tarafından yapılması bir zorunluluk teşkil etmemektedir.

TTK'nın 1401/1. maddesi gereğince sigorta sözleşmeleri herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Ancak yazılı olarak yapılması sözleşmenin ispatı bakımından önem taşımaktadır.

Sigorta ettirene, sigortacı tarafından, usulüne uygun olarak yetkili kişilerce imzalanmış olan poliçenin, sigorta sözleşmesi gerek sigortacı gerekse de acentesi tarafından yapılmış ise, sözleşmenin yapılmasından itibaren yirmi dört saat, diğer durumlarda on beş gün içinde, verilmesi gerekmektedir (TTK m.1424, f.1). Poliçenin düzenlenmesi, sözleşmenin geçerliliğine etki eden bir durum olmayıp, sözleşmenin varlığının bir ispattır³⁹.

Hekimlerin ZMSS sözleşmeleri, tam iki taraf borç yükleyen sözleşmelerdir⁴⁰. Bu bağlamda sözleşmenin taraflarının belli bazı borç ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Sonraki bölümde bu borç ve yükümlülükler kısaca ele alınacaktır.

³⁷ KÖSE, Yasin, Hekimlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, s.60.

³⁸ TÜRKER, Güray, Tıbbi Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s.117.

³⁹ ÇEKER, s.60.

⁴⁰ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s.159.

II. SİGORTA SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Sigorta sözleşmesinde tarafların yükümlülükleri TTK'da ve Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda (Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları) düzenlenmiştir. Bu kapsamda sigorta ettiren veya sigortalı hekimin yükümlülükleri; prim ödeme yükümlülüğü, araştırma yapılmasına izin verme ve bilgi verme yükümlülüğü, sözleşme yapılırken beyanda bulunma(açıklama) yükümlülüğü, bildirim (ihbar) yükümlülüğü, sigortacının rücu haklarını koruma, zararı önleme ve azaltma yükümlülüğüdür. Sigortacının yükümlülükleri ise; rizikoyu taşıma yükümlülüğü, sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğü, giderleri ödeme yükümlülüğü, poliçe verme yükümlülüğü, sigortalıya yardım etme yükümlülüğü, tazminata ilişkin olarak avans verme yükümlülüğü, ticari ve mesleki sırları tutma yükümlülüğüdür⁴¹.

Çalışmamızda sigorta ettiren ve sigortacının tüm yükümlülükleri ele alınmayıp, çalışma konusu ile doğrudan bağlantılı olan sigorta ettirenin bildirim (ihbar) yükümlülüğüne ve sigortacının sigorta tazminatını ödeme yükümlülüğüne ayrıntıları ile yer verilecektir.

A. SİGORTA ETTİRENİN RİZİKONUN GERÇEKLEŞMESİNDEN SONRA (SİGORTALI HEKİMİN) BİLDİRİM (İHBAR) YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TTK'nın 1475. maddesi uyarınca sigortalı sorumluluğunu doğuracak olan olayları on gün içerisinde sigortacıya bildirmelidir⁴².

TTK'nın 1475. madde hükmünde iki tür bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, sigortalının sorumluluğunu gerektirecek

41 ŞENOCAK, Kemal, s.205-277; GÜVEN, s.42-58; KÖSE, s.96-128; GÜNAY, M. Barış: Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.70- 136.

42 TTK'nın 1475. maddesi; "Sigortalı sorumluluğunu gerektirecek olayları, on gün içinde, sigortacıya bildirir.

Sigortalı kendisine yöneltilen istemi, aksi kararlaştırılmamışsa derhâl sigortacıya bildirir. Bu bildirim üzerine veya zarar görenin sigortacıya doğrudan başvurması hâlinde 1427 nci madde uygulanır.

Bildirim yükümlülüğünün ihlali hâlinde, 1446 nci maddenin ikinci ve üçüncü fıkrâ hükümleri kıyas yolu ile uygulanır" şeklindedir.

olayları bildirim yükümlülüğüdür (TTK m. 1475/1). Sigortalının sorumluluğunu gerektirecek olayların ne olduğu hususunda ise TTK'da açık bir düzenleme yer almamaktadır. Sorumluluğu gerektirecek olayların tespiti bakımından öncelikle taraflar arasında yer alan sigorta sözleşmesinde herhangi bir hüküm yer alıp almadığına bakılmalıdır⁴³. Bu bağlamda sözleşme kapsamında yer alan risklere ilişkin olayların meydana gelmesi durumunda TTK m. 1475/1 uyarınca sigortalıya bildirimde bulunulmalıdır⁴⁴. Sigorta sözleşmesi dışında sigorta genel şartlarında sorumluluğu doğuracak olayın kapsamına dair açık bir hüküm bulunup bulunmadığı da incelenmelidir⁴⁵. Son olarak da hekim ZMSS uyarınca sigortalının sorumlu olacağı olaylar belirlenmelidir⁴⁶. Bu kapsamda sigortalı sorumluluğu gerektirecek olayları 10 gün içerisinde sigortalıya bildirecektir (TTK m. 1475/1). Yine Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları B.2/b gereği sigorta süresi içinde riziko gerçekleşmemekle birlikte, sigortalının sorumluluğunu gerektirecek bir olay meydana gelirse, durumun öğrenildiği tarihten itibaren on gün içinde sigortacıya bildirilmesi gerekmektedir.

TTK'nın 1475/2. maddesinde yer alan bildirim yükümlülüğü ise, sigortalının kendisine yöneltilmiş olan istemi sigortacıya bildirmesine ilişkin yükümlülüktür. İlgili hükmün uygulanabilmesi bakımından sigortalıdan bir istemde bulunulmuş olması şarttır. Dolayısıyla sigortalıya yöneltilmiş bir istem bulunduğu takdirde birinci fıkra hükmü değil ikinci fıkrada yer alan bildirim yükümlülüğüne ilişkin düzenleme uygulama alanı bulacaktır⁴⁷. Sigortalı hekimin kendisine yöneltilmiş olan istemi derhal sigortacıya bildirmesi gerekir (TTK m. 1475/2, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları B.2.a). Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları'na göre sigortalı hekimin, tıbbi uygulama hatasına dayanarak tazminat talebinde bulunulduğunu öğrendiği an veya zarar

⁴³ AKSU, Raziye, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 1475 Uyarınca Sorumluluk Sigortalılarında Sigortalının Bildirim Yükümlülüğü", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, Haziran 2016, s.221.

⁴⁴ AKSU, s.221.

⁴⁵ AKSU, s.221.

⁴⁶ AKSU, s.221.

⁴⁷ AKSU, s.221.

gören hasta ve/veya hasta yakınının doğrudan sigortacıya başvurduğu an rizikonun gerçekleştiği an olarak kabul edilmektedir (Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları B.2/b). Bu bağlamda, sigortalı hekimin kendisine yöneltilmiş olan istemi sigortacıya bildirmesine ilişkin yükümlülüğün başlangıcının rizikonun gerçekleşmesi olarak anlaşılması gerekmektedir⁴⁸.

Rizikonun gerçekleşmiş olduğuna dair bildirimün hiç yapılmaması veya geç yapılması durumunda sigortalı hekimin kusurunun ağırlığı uyarınca, tazminatın ya da bedelden indirim söz konusu olacaktır⁴⁹. Şayet sigorta ettirenin beyan yükümlülüğünü kasten ihlali söz konusu ise oluşan değişiklikle meydana gelen riziko arasında nedensellik olması hâlinde sigortacının sözleşmeyi feshedebilmesi mümkündür. Tabiidir ki; bu hâlde sigorta tazminatı veyahut bedeli ödenmeyecektir. İhlal edilen beyan yükümlülüğü ile riziko arasında nedensellik bulunmayan hâllerde ise sigortacı, ödenmiş olan primle ödenmesi gereken prim arasındaki farkı göz önünde bulundurarak sigorta tazminatını veyahut bedeli ödeyecektir⁵⁰. İhbar süresi rizikonun öğrenildiği tarihten başlamaktadır. Rizikonun gerçekleştiğinin öğrenilmesi farklı şekillerde meydana gelebilir. Tazminat davası açıldığına dair dilekçenin, tazminat talebi içerikli ihtarnamenin, hastaneye başvuru yapılan dilekçenin ve uzlaşma talepli başvuru dilekçesinin tebliğ tarihi, rizikonun gerçekleştiğinin öğrenildiği tarih olarak kabul edilmelidir⁵¹. Bu kapsamda üçüncü kişinin sigortalı hekime karşı arabuluculuk yoluna başvurduğu durumlarda, *-daha önce hekimden ihtarname, dilekçe vb. yollarla tazminat talebinde bulunulmadı ise-* sürenin başlangıcı olarak, sigortalının arabuluculuğa başvurulduğunu öğrendiği anın esas alınması gerektiğinin kabulü gerekir⁵². Bu kabul,

⁴⁸ GÜNAY, s. 210.

⁴⁹ YEŞİLTEPE, Önder S, "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 121-122, Eylül-Ekim 2014, s.77.

⁵⁰ YEŞİLTEPE, s.77.

⁵¹ ÇINARLI, Serkan, İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion Kitabevi, Ankara, 2013, s.381.

⁵² Aynı yönde; üçüncü şahsın sigortalıya dava açtığı durumlarda, sürenin başlangıcı olarak sigortalının tebligat üzerine davayı öğrendiği anın esas alınacağına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. GÜVEN, s.48.

sigortalı hekimin kendisine yöneltilmiş olan istemi sigortacıya bildirmesine ilişkin yükümlülüğün başlangıcının rizikonun gerçekleşmesi olarak anlaşılması ile de uyumlu olacaktır. Nitekim, sigortalı hekim, kendisine karşı yöneltilmiş tazminat talebini, arabuluculuk yoluna başvurulması ile öğrenmiş olacaktır. Zarar gören tarafından doğrudan sigortacıya başvuru hâllerinde de riziko gerçekleşmiş sayılır⁵³.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1475. maddesinin üçüncü fıkrasında ise bildirim yükümlülüğünün ihlali hâlinde, 1446. madde ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanacağı düzenlenmiştir. Buna göre rizikonun gerçekleştiğine ilişkin bildirim yapılmaması veya geç yapılması durumunda ödenecek tazminatta veya bedelde artış söz konusu olmuşsa kusurun ağırlığına göre, tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidilecektir (TTK m.1446/2). Ancak sigortacı rizikonun gerçekleştiğini daha önce fiilen öğrenmişse, TTK'nın 1446/2. maddesi uygulanmayacaktır (TTK m. 1446/3).

B. SİGORTACININ SİGORTA TAZMİNATINI ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sigortacının, sigorta sözleşmesi kapsamında asli edim yükümü; rizikonun sigorta süresi içinde gerçekleşmesi ve riziko ile oluşan zarar arasında uygun illiyet bulunması durumunda bunun tazmin edilmesidir (TTK m.1401).

Sigortacının, tazminat ödenmesine ilişkin asli edim yükümlülüğünün doğması için şu şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir;

- Riziko gerçekleşmiş olmalı,
- Zarar, sigorta süresinde ortaya çıkmalı,
- Sigorta ettiren, sigorta sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeli,
- Sigorta konusu menfaatle, sözleşme kapsamına giren bir zarar ortaya çıkmış olmalıdır⁵⁴.

⁵³ AYKIN, Aykut Cemil/ ÇINARLI, Serkan, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 759.

⁵⁴ ÇEKER, s.85.

Hekimin ZMSS açısından, tazminat ödeme yükümlülüğünün doğabilmesi için, yukarıda ifade ettiğimiz şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu takdirde; zarar görenin, sigorta sözleşmesi için söz konusu olan zamanaşımı süresi içinde kalmak koşuluyla, meydana gelen zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, doğrudan sigortacıdan isteyebilmesi mümkündür (TTK m. 1478, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları B.5).

Tıbbi uygulamadan doğan tazminat taleplerinde zorunlu arabuluculuk sisteminin uygulanması bakımından sigorta teminatının kapsamı ve teminat kapsamı dışında kalan tazminat talepleri önem taşımaktadır. Bu nedenle, çalışmamızda hekimin ZMSS teminatının kapsamına ve sigorta teminatı dışında kalan tazminat taleplerine yer verilecektir.

III. SİGORTA TEMİNATININ KAPSAMI VE KAPSAM DIŞI HÂLLER

A. Sigorta Teminatının Kapsamı

1. Sigortalının Mesleki Faaliyeti Bakımından Kapsamı

Hekimlerin ZMSS, mesleklerini yerine getirirken tıbbi uygulama hataları nedeniyle, karşı tarafa verecekleri zararları kapsamaktadır⁵⁵. Bu kapsamda herhangi bir hastalığın teşhisinde, tedavisinde veya izlenmesinde yapılan hatalar tıbbi kötü uygulama kavramına dahildir⁵⁶. Bununla birlikte, yapılması gerekmesine rağmen, yapılmayan işlemin de bu kapsamda değerlendirilebilmesi mümkündür⁵⁷.

Sigorta himayesi kapsamında bulunan; hekimin, poliçede yer alan ve sınırları hukuk ve etik kurallarla çizilmiş mesleki faaliyetinden meydana gelen tazminat talepleridir. Bu konuda vurgulanması gereken bir diğer nokta ise, hekimin bu faaliyetleri yürütürken yanında çalıştırdığı kişilerin faaliyetlerinden kaynaklanan zararlar nedeniyle karşılaştığı tazminat taleplerinin de sigorta himayesi kapsamında olmasıdır⁵⁸.

⁵⁵ KOÇ, Himmet, "Sorumluluk Sigortalarında Sigorta Teminatının Kapsamı", Konya Barosu Dergisi, Sayı:2, 2017, s.83; GÜVEN, s.33; ÇEKER, s.293-294.

⁵⁶ GÜVEN, s.34; KOÇ, s.74.

⁵⁷ ÇEKER, s.294.

⁵⁸ YEŞİLTEPE, s.79. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: SAVAŞ, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, İstanbul Barosu Yayınları 4/1, 2012,

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları m. A.1 uyarınca⁵⁹ hekimin ZMSS teminatı hastaya ödeyeceği maddi ve manevi tazminat talepleri ile meydana çıkacak ekonomik kayıpları teminat altına almaktadır. Ekonomik kayıplar, ilgili talebe ilişkin yargılama giderleri⁶⁰ ile hükmolunacak faizi ve sigortalıya karşı ileri sürülmüş olan tazminat talebi ile bağlantılı makul giderleri kapsamaktadır. Bununla birlikte, poliçede belirlenmiş olan teminat limitleri kapsamında bulunmak ve teminat limitinin en fazla %50'si ile sınırlı olmak şartıyla her çeşit manevi tazminata ilişkin talepler, bu teminat kapsamında yer almaktadır (ZMSS Genel Şartları, ZMSS Klozu, I. Kapsam).

2. Miktar Bakımından Kapsamı

Tarife ve Talimatın "tarife" başlıklı A.1. maddesinde Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS'de sözleşme kapsamında ödenecek tazminat miktarının her durumda 1.800.000 TL'yi aşamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca her bir olay için azami tutarlar ise, risk gruplarına göre farklı şekilde düzenlenmiştir. ZMSS'nin tarafı olan hekim azami teminat miktarını az bulmakta ise, bu tutarın üzerinde ihtiyari sorumluluk sigortası yaptırabilir. Elbette ki bu durumda ilave prim ödenmesi gerekmektedir. Ayrıca ihtiyari sorumluluk sigortası azami teminat miktarının üstü için yapılmışsa

s. 270; DEMİR, Mehmet, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukusal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, (Tıbbi), s.39.

⁵⁹ Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları m. A.1; "Bu sigorta sözleşmesi, 1219 sayılı Kanununun Ek 12 nci maddesi çerçevesinde, serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, dış tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların (Değişik ibare:RG-26/7/2014-29072)poliçe kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine, bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı poliçede belirlenen limitler dahilinde teminat sağlar. Ancak on yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009'u geçemez ve bir aydan fazla sigortasız kalan dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta koruması yoktur".

⁶⁰ ZMSS Genel Şartları B.3.4: "Dava açılması hâlinde (idari davalar dahil), sigortalının ihbarı ile sigortacı takip ve idare et mek üzere davaya her aşamada dahil olur. Sigortalı, sigortacının göstereceği avukata gereken vekâletnameyi vermek zorundadır. Sigortacı dava sonucuna göre yargılama giderlerini ve avukatlık ücretlerini genel hükümler çerçevesinde ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı bu masrafları sigorta bedelinin tazminata oranı dahilinde öder".

bu sigorta ile zorunlu sigorta arasında birden çok sigortaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır (Tarife ve Talimat B.4).

Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin olarak Tarife ve Talimat uyarınca 4 tane risk grubu bulunmaktadır. Buna göre; en düşük risk grubunda bulunan tıbbi alanlar birinci grupta yer alırken, en yüksek risk grubunda bulunanlar ise dördüncü grupta bulunmaktadır. Örneğin, anatomi uzmanları, 1. risk grubunda (en düşük riske sahip) bulunmakta ve primleri de bu doğrultuda ödenmekte iken, beyin cerrahları veya genel cerrahlar 4. grupta (en yüksek riske sahip) yer almakta olup, primleri de bu grup uyarınca ödenmektedir⁶¹.

3. Süre Bakımından Kapsamı

Hekimin ZMSS' de süre bakımından, sözleşme tarihinden on yıl öncesine kadar bir koruma söz konusudur. Ancak belirtmek gerekir ki, bu on yıllık sürenin 20 Temmuz 2009 tarihinden öncesini kapsamaması mümkün değildir. Sigorta ettiren/sigortalı hekim, sözleşmeden önceki on yıl içinde sigortacının himayesinden yararlanacaktır. Bununla birlikte; sigortalının mesleki faaliyete son vermesi durumunda, son sigorta sözleşmesi dönemindeki mesleki faaliyeti nedeniyle sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl sonrasına kadar meydana gelebilecek talepler de teminat kapsamında bulunmaktadır (ZMSS Genel Şartları m. A.1 f.2).

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları A.1 maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi uyarınca; hekimin bir aydan fazla sigortasız kalması durumunda, sigortasız olduğu dönemde meydana gelen tıbbi uygulama hatalarına karşılık, sigorta himayesinden yararlanabilmesi mümkün değildir⁶².

4. Yer Bakımından Kapsamı

ZMSS Genel Şartlarında sigortanın coğrafi sınırı bakımından da düzenleme bulunmaktadır. Buna göre; sigorta, sigortalının Türkiye

⁶¹ Tarife ve Talimatın A.1. maddesi uyarınca; Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS' de her bir olay için azami teminat tutarı, 1. Grup için: 200.000 TL, 2. Grup için: 400.000 TL, 3. Grup için: 600.000 TL ve 4. Grup için 800.000 TL' dir.

⁶² Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları A.1 maddesinin son cümlesi; *"ancak on yıllık dönemin başlangıcı 30 Temmuz 2009'u geçemez ve bir aydan fazla sigortasız kalman dönemlerde meydana gelen olaylara bağlı olarak sigortalı dönemlerde yapılan ihbarlar için sigorta koruması yoktur"* şeklindedir.

Cumhuriyeti'nde yerine getirdiği mesleki faaliyetleri bakımından geçerlidir. Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevi bulunan sigortalının yurt dışında yerine getirdiği mesleki faaliyetleri teminat kapsamında yer almamaktadır (ZMSS Genel Şartları A.2).

5. COVID-19 Salgınının Sigorta Teminatına Etkisi

Dünya çapında büyük etkileri bulunan COVID-19 salgını nedeniyle, salgın süreci boyunca, branşı ve çalıştığı birim fark etmeksizin, hekimlerin tamamının COVID-19 hastalarının gerek tanı gerekse de tedavi süreçlerinde görevlendirilebilme durumu meydana gelmiştir. Hekimler tarafından bu görevlendirme neticesinde oluşabilecek tıbbi uygulama hatalarının ZMSS kapsamında bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul ve Esaslara Dair Tebliğ (2010/1)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in⁶³ 1. maddesi ile Tarife ve Talimata, 2. maddesi ile de, Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartlarına pandemi ile ilgili yeni düzenlemeler eklenmiştir.

İlgili değişiklikler uyarınca; gerek kamu gerek özel sağlık kurum ve kuruluşları ile bu kurum ve kuruluşların ilgili, bağlı veya ilişkili birimlerinde pandemi sebebiyle söz konusu olan görevlendirmeler içerisinde yer alan bütün iş ve işlemler III. Risk Grubu kapsamında değerlendirilecektir (Tarife ve Talimat A.2). Ayrıca, mesleklerini serbest olarak yerine getiren ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan sigortalıların kendi görev yeri ve branşı dışında dahi olsa ilgili kanuni düzenlemeler uyarınca özel ve kamu sağlık kurum ve kuruluşları ile bu kurum ve kuruluşların ilgili, bağlı veya ilişkili birimlerinde pandemi nedeniyle görevlendirilmiş olmaları sebebiyle yürütmüş oldukları mesleki faaliyetleri, ek bir sözleşme gerek meksizin veya prim tahsil edilmeksizin poliçe kapsamına dahil olacaktır (Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları A.1., f. 8).

B. Sigorta Teminatı Dışında Kalan Hâller

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartları'nın A.3 maddesi uyarınca;

⁶³ R.G.:23.05.2020, S.: 31135.

a) Sigortalının, poliçede bulunan ve sınırları etik ve hukuk kuralları ile çizilen mesleki faaliyeti dışında kalan işlemlerinden kaynaklanmış olan tazminat istemleri,

b) İnsani bir görevin yerine getirilme durumu hariç olmak üzere, sigortalının, poliçede yer alan kuruluşların sorumluluk sınırları dışında kalan işlemlerinden kaynaklanmış olan tazminat istemleri,

c) Hem adli hem de idari para cezaları dahil olmak üzere tüm ceza ve cezai şartlar,

ç) İlgili mevzuatla belirlenmiş olan çerçevede tıbbi mesleki faaliyetler hariç olmak üzere her çeşit deneyden meydana gelen tazminat istemleri, hekimin ZMSS kapsamı dışında bırakılmıştır.

Hekimin ZMSS hukuk ve etik kurallarına uygun olan, poliçe kapsamında yer alan mesleki faaliyetleri kapsar. Bu bağlamda, ZMSS, sigortalının hukuk ve etik kurallarına uygun olmayan ya da mesleki olmayan faaliyetleri için himaye sağlamamaktadır⁶⁴.

İlgili maddenin b bendinde; insani bir görevin yerine getirilmesi durumu hariç tutulmuş, ancak insani görevlerin neler olduğu belirtilmemiştir. Örneğin, bir hekimin görev yerinde değilken ve görevi ile ilgili olmayan bir kazada yaralananlara tıbbi müdahalede bulunması durumunda meydana gelebilecek zararların sigorta kapsamında yer alıp almadığı hususunda açıklık yoktur⁶⁵. Doktrinde kaza gibi acil durumlarda yapılan müdahalelerin de ZMSS teminatı kapsamında yer aldığı belirtilmektedir⁶⁶.

Gerek adli gerekse de idari para cezaları da dahil olmak üzere ceza ve cezai şartlar ZMSS kapsamında bulunmamaktadır. Ayrıca ZMSS yalnızca mevzuat ile belirlenmiş olan ve tıbbi mesleki faaliyet gereği olan deneysel tedavileri kapsamakta olup, bunun dışındaki deneysel tedavilerden kaynaklanan tazminat talepleri sigortalı hekimin kendisi tarafından karşılanacaktır.

⁶⁴ AYKIN/ ÇINARLI, s.759.

⁶⁵ AYKIN/ ÇINARLI, s.759.

⁶⁶ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.1128.

Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS Genel Şartlarının B.6 maddesinde sigortacının sigortalıya rücu edebileceği hâller düzenlenmiştir. Buna göre;

a) Mesleki faaliyetin icrası esnasında sigortalının kasten neden olduğu her çeşit vakıa ile davranışları,

b) Sigortalı ya da çalıştırdığı kişiler tarafından, poliçe kapsamında yer alan mesleki faaliyeti yerine getirirken uyuşturucu, narkotik madde ya da alkolün etkisi altında bulunması neticesinde oluşan durumlar,

c) Sigortalının isteği doğrultusunda zeyilname düzenlenmesi gerekli olan hâllerde sigortalının bunu talep etmemesi durumunda, sigortalıya, ödenmiş olan eksik prim oranına denk gelmiş olan tazminat bölümü rücu edilebilecektir.

Görüldüğü üzere; maddede yer alan hususlarda sigortacının sigortalıya rücu hakkı bulunması nedeniyle sigorta teminatı kapsamında bulunmamaktadır.

Sigorta teminatı dışında kalan hâllerden ayrı olarak birtakım durumların da Sigorta sözleşmesi taraflarının, anlaşması ile teminat dışında bırakılabileceği düzenlenmiştir⁶⁷ (ZMSS Genel Şartları, ZMSS Klozu, III. Teminat Dışında Kalan Tazminat Talepleri).

⁶⁷ Sigorta sözleşmesi taraflarının, anlaşması ile sigorta teminatı dışında bırakabilecekleri hâller şunlardır;

- “1. Ruhsatlı bir sağlık kurum veya kuruluşunda ve acil haller dışında yapılmadığı ve usulünce yetki verilmiş bir anestezi uzmanı gözetimi altında olmadığı sürece, diş hekimleri ve cerrahlar tarafından genel anestezi uygulanmasından kaynaklanan tazminat talepleri,*
- 2. İlk yardım ve acil müdahale hariç olmak üzere, meslekten geçici yasaklanan dönem içinde verilen her tür tedavi ve sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,*
- 3. İlk yardım veya acil yardım hizmetlerinin sunulduğu yerlerde, yeterli ve gerekli ekipman ile teçhizatın sigortalının kişisel kusuru ile bulundurulmamasından kaynaklanan tazminat talepleri,*
- 4. Tıbbi amaçlı kullanım dışında, radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri sebebiyle talep edilen tazminat talepleri,*
- 5. Tıbbi amaçlı kullanım dışında, diethylstibesterol (DES), dioxin, urea formaldehyde, asbest, asbestli ürünler veya asbest içeren ürünlerin kullanımından kaynaklanan her tür hastalık (kanser dahil) veya asbestten kaynaklanan bütün tazminat talepleri”.* (ZMSS Genel Şartları, ZMSS Klozu, III. Teminat Dışında Kalan Tazminat Talepleri).

IV. ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM YÖNTEMİ OLARAK ARABULUCULUK

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri (AUÇ), teknoloji ve bilimde söz konusu olan değişim ve gelişmenin bir neticesi olarak özellikle yirminci yüzyılın son çeyreğinde yargılama hukukunun tartışılan konularından olmuş ve bu çözüm yollarına karşı yoğun bir eğilim yaşanmıştır⁶⁸.

AUÇ⁶⁹ ile ilgili özellikle vurgulanması gereken nokta, bu çözüm yollarının yargı sisteminin alternatifi veya ikamesi olmadığı, yargı sistemi ile rekabet içinde bulunmadığıdır. Aksine AUÇ yargı sisteminin tamamlayıcısı durumundadır. Uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin amacı münhasıran devlete ait bulunan yargı yetkisinin mutlak egemenliği zarara uğratmadan uyuşmazlıkların kolay biçimde çözüme kavuşturulmasıdır⁷⁰.

Ortak özelliklerini yargı dışılık, gönüllülük esasına dayalı olma, barışçıl yöntemler olma şeklinde ifade edebileceğimiz AUÇ'un en yaygın olanları arabuluculuk, uzlaşma, müzakere ve kısa duruşmadır. Çalışmamızda bu yöntemlerden arabuluculuğa kısaca değinilecektir.

⁶⁸ Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin tarihsel gelişimi için bkz. ÖZBEK, Mustafa Serdar, "Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 51, Sayı 2, 2002, (Gelişmeler), ss.121-162; BULUR, Alper, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:64, Sayı: 4, 2007, ss. 30-46; DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, ss.167-193.

⁶⁹ AUÇ öğretilerde farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bknz. ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4. Bası, 2016, (Alternatif), s. 142; MOOKHEY, Sheena, "Tax Disputes System Design", e Journal of Tax Research, 11:1, 2013, s.82; PONTE, Lucille M./ CAVENAGH, Thomas D., Alternative Dispute Resolution in Business, Ohio, ITP, 1999, s.28; ÖZBAY, İbrahim: "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", EÜHFD, Cilt: X, Sayı: 3- 4, 2006, s.459; WARBECK, Johannes, "Alternative Dispute Resolution in The World of Business; A Comparative Analysis of The Use of ADR in The United Kingdom And Germany", The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, Part 2, June 1998, s.108.

⁷⁰ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı, Genel Gerekeç. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0603.pdf>, (E.T. 09.12.2020).

A. Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Arabuluculuk

AUÇ'dan biri olan arabuluculukta, aralarında uyuşmazlık bulunan taraflar, kamu düzeninden olmayan ve üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri bir hususta objektif, bağımsız ve tarafsız uzmanlık eğitimi bulunan üçüncü şahsın yardımı ile bir araya gelerek, müzakereler yoluyla uyuşmazlıklarını kendileri çözerler⁷¹.

Arabuluculuğun temel ilkelerini düzenleyen Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 5- 7. maddelerinde bu ilkeler, iradilik ve eşit olma⁷², gizlilik ve beyan veya belgelerin kullanılmaması şeklinde sayılmıştır⁷³.

Bir AUÇ olan arabuluculuk kural olarak ihtiyari bir süreç olmasına rağmen hukuk sistemleri uyuşmazlıkla ilgili dava açmadan önce arabuluculuğa başvurma zorunluluğu getirmektedirler. Uyuşmazlığın taraflarının, kural olarak arabuluculuğa başvurma hususunda iradeleri serbesttir. Zorunlu arabuluculuk veya dava şartı arabuluculuk olarak isimlendirilen arabuluculukta uyuşmazlığın taraflarından biri uyuşmazlığı yargıya taşımak istediğinde önce arabuluculuk kurumuna başvurmak zorundadır⁷⁴. Şayet taraflardan biri arabulucuya başvurmadan doğrudan

⁷¹ ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003; Namlı, Mert, "İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (Editör: Doğan Yenisey, Kübra.), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul, s.155.

⁷² TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.155.

⁷³ 6325 sayılı "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)" ise m. 2/b' de arabuluculuğu şöyle tanımlamaktadır: Arabuluculuk: Sistematik teknikler uygulamak suretiyle, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak için tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını sağlayan, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü şahsın katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir.

⁷⁴ Atalı/Ermenek ve Erdoğan arabuluculuk yoluna başvuru zorunluluğunun HMK m. 114 düzenlemesi gereği teknik ve teorik anlamda bir dava şartı olmadığı, olsa olsa bir "dava engeli" niteliği taşıdığı ifade etmektedirler. ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 3.

mahkemede dava açarsa, dava mahkemece esasa girmeden usulden reddedilecektir. Arabuluculuk sürecinin başlatılması hâlinde uyuşmazlığa ilişkin zamanaşımı süresi ve hak düşürücü süreler işlemeyecektir. Arabuluculuk süreci sona erene kadar kanunî süreler duracak, anlaşmama hâlinde kaldığı yerden işlemeye başlayan süre içerisinde dava açılabilecektir.

Eğer arabuluculuk faaliyeti neticesinde taraflar anlaşmaya varırsa, anlaşma belgesinde bulunan, üzerinde anlaşılmış olan konular ile ilgili olarak artık dava açılmaz. Tarafların arabuluculuk sürecinde anlaşmaması hâlinde ise tarafların anlaşmadığını belgeleyen son tutanak uyuşmazlığı konu edinen dava dilekçesine eklenmek zorundadır. Son tutanağın ibraz edilmesi için verilen kesin süreden sonra dahi tutanak sunulmaz ise, dava şartı yokluğu nedeniyle dava usulden reddedilecektir.

Ülkemizde 2018 yılına kadar arabuluculuk süreci ihtiyari olarak uygulanmıştır. Zorunlu arabuluculuk- dava şartı olarak arabuluculuk, 1 Ocak 2018 tarihi itibarıyla hukuk sistemimize 7036 sayılı İMK düzenlemesi ile girmiştir. İlgili kanuni düzenlemede kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veyahut işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebi ile ilgili olarak açılan davalarda arabuluculuğa başvurulması dava şartı olarak öngörülmüştür.

Daha sonra, Ocak 2019 tarihinden itibaren 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile 6102 sayılı TTK'ya eklenen 5/A maddesi ile, ticari davalardan konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri ile ilgili olarak dava öncesi arabuluculuk kurumuna başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir. Son olarak da 22 Temmuz 2020 itibarıyla, 6502 sayılı TKHK'a 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile

Baskı Ankara 2020, s. 770. Aynı görüşü dile getiren Eminoğlu ve Erdoğan, arabulucuya başvuru noksanlığının hangi aşamada inceleneceğinin özel düzenlenmeye tabi olduğu dolayısıyla, diğer genel ve özel dava şartlarından önce bu meselenin incelenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. EMİNOĞLU, Cafer/ ERDOĞAN, Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara, 2020, s. 113-116.

eklenen 73. madde ile, parasal sınır olan 11.330 TL ve üzerindeki tüketici uyuşmazlıkları hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartı olarak düzenlenmiştir.

B. Dava Şartı Olarak Tüketici Hukukundan Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk

TKHK'da muhatabına göre daha zayıf durumda bulunan tüketicinin korunması ve güçlendirilmesi amacıyla, Avrupa Birliği Tavsiye Kararları ve Yönergeleri doğrultusunda değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi, 28.07.2020 tarihinde yürürlüğe giren, 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ("Kanun")⁷⁵ ile Tüketici Mahkemeleri'nde açılacak olan davalarda arabuluculuk kurumuna başvurunun zorunlu tutularak dava şartı haline getirilmesidir.

Hangi tüketici uyuşmazlıklarının zorunlu arabuluculuk kurumuna tabi olduğu konusuna geçmeden önce son derece geniş bir yelpazede yer alan tüketici uyuşmazlığı tanımı ve taraflarına değinmekte fayda vardır. TKHK'nun 3. maddesinde de tüketici işlemi: *Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*" olarak tanımlanmıştır. İlgili maddede tüketici işlemine ilişkin bu geniş kapsamlı tanımlama doğal olarak tüketici mahkemelerine ait iş yükünü artırmakta, buna bağlı olarak da yargılama süreleri uzamaktadır. Arabuluculuk kurumu ile tarafların aralarındaki uyuşmazlığı en fazla dört haftalık bir sürede çözüme kavuşturabilmesi mümkün olacaktır.

TKHK'ya eklenmiş olan m. 73/A düzenlemesine göre tüketici mahkemelerinin görev alanına giren ve 2021 yılı itibariyle parasal olarak 11.330 TL ve üzerindeki uyuşmazlıklar veyahut konusu para ile ölçülemeyen uyuşmazlıklarla ilgili dava açılmasından önce arabulucuya başvuru zorunluluğu getirilmiştir. Tüketici uyuşmazlığı olmasına rağmen

⁷⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200728.pdf>, (E.T. 15.12.2020).

dava şartı arabuluculuğa tabi olmayan uyuşmazlıklar ise şu şekilde düzenlenmiştir:

- Tüketici hakem heyetinin görevi kapsamında bulunan uyuşmazlıklar (parasal olarak 11.330 TL altında bulunan uyuşmazlıklar),
- Tüketici hakem heyeti tarafından verilmiş olan kararlara karşı yapılmış olan itirazlar,
- İhtiyati tedbir kararlarının alınmasına ilişkin talepler,
- Üretimin ya da satışın durdurulması ve malın toplatılması ile ilgili olan davalar,
- Tüketici işlemi niteliğinde ve taşınmazın aynından kaynaklanmış olan davalar (TKHK m. 73/A-1).

Ancak tüketiciler tarafından, tüketici işlemleri ile ilgili olarak Tüketici Hakem Heyeti'ne başvurulmadan icra takibi başlatılmış ise, bu takip ile ilgili olarak açılacak itirazın iptali davaları rakama bakılmaksızın doğrudan tüketici mahkemelerinde açılacağı için dava şartı arabuluculuk kapsamında yer alır. Kanaatimizce, tüketici hakem heyetinin görev alanını belirleyen TKHK'un 68/1. maddesinin tarafların İİK'dan kaynaklanan haklarını saklı tutması bu sonucu gerektirmektedir. Bu bağlamda itirazın iptali davası açılması durumunda tüketici mahkemelerinin görevli olması TKHK m. 73/A kapsamında dava şartı arabuluculuk hükümlerinin uygulanmasını gerektirmektedir. Çünkü, tüketici davası sınıfına giren ve münhasıran tüketici mahkemesinde görülmesi gereken uyuşmazlıklar için arabuluculuk yoluna başvurulması dava şartıdır⁷⁶.

Maddedeki düzenleme gereği, HUAK'nın 18/A maddesinin on birinci fıkrası tüketiciler aleyhine uygulanmayacaktır. İlgili düzenleme

⁷⁶ İtirazın iptali davasının ticari uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığına dair tartışmaya, Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Daireleri'nin Kesin Nitelikteki Kararları Arasındaki Uyuşmazlığın Giderilmesine Yönelik Kararı ile son vermiş ve 6102 sayılı TTK'nın 5/A maddesi uyarınca, "ticari nitelikteki itirazın iptali davalarında dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmasının zorunlu olduğuna ve arabulucuya başvurulmuş olmasının HMK'nın 114/2 ve TTK'nın 5/A maddeleri gereği dava şartı olduğuna, uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine" kesin olarak karar vermiştir. (Yarg., 23. HD, E. 2020/1943, K. 2020/4052, T. 04.12.2020, karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 20.08.2021). Aksi yönde bkz. EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ ATALI, Murat/ SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019, s. 196-197.

uyarınca, dava şartı arabuluculuğun ilk toplantısına mazeretini belirtmeksizin katılmamış olan tüketicinin aleyhine olarak arabuluculuk ücretine ve yargılama giderine hükmedilemeyecektir. Yine HUAK düzenlemesine istisna getirilerek arabuluculuk süreci neticesinde taraflara ulaşamaması, taraflar katılmadığı için görüşme yapılamaması ya da tarafların anlaşmaları veya anlaşamamaları durumunda tüketicinin ödemesi gerekli olan arabuluculuk ücretinin Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacağı düzenlenmiştir⁷⁷.

Ekmekçi/Özekes/Atalı/Seven, henüz TKHK m. 73/A'nın yürürlüğe girmeden maddenin yürürlük tarihinden önce tüketici mahkemesinde görülen bir dava ticari olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle dava şartı arabuluculuğa tâbi olmadığını ifade etmişlerdir⁷⁸. Kanun koyucu da TKHK'ya eklediği geçici 2. maddede dava şartı arabuluculuğa ilişkin olan hükümlerin, yürürlüğe girmiş olduğu tarih itibarıyla hem ilk derece mahkemeleri hem de bölge adliye mahkemeleri ile Yargıtay'da görülen davalar bakımından uygulanamayacaklarını düzenlemiştir.

Tüketici uyuşmazlığı kapsamına girmesi hasebiyle tıbbi kötü uygulamaya ilişkin davalar da dava şartı arabuluculuk kapsamındadır. Tıbbi uygulamadan doğan zararının karşılanmasını isteyen hasta, öncelikle zararının tüketici hakem heyeti miktar sınırını (2021 yılı için 11.330 TL) aşmış olduğunu kontrol edecek, daha sonra diğer istisnaların bulunup bulunmadığını değerlendirecektir⁷⁹. Bunun sonucunda eğer uyuşmazlık istisnalar kapsamında yer almıyorsa, dava açılmadan önce arabuluculuk yoluna başvurulması gerekecektir.

Tüketici mahkemelerinde görülen bu davalar yargılamanın uzun sürmesi sebebiyle uyuşmazlığın taraflarını olumsuz etkilemektedir.

⁷⁷ Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacak olan arabuluculuk ücreti, Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesi'nin eki Arabuluculuk Ücret Tarifesinin Birinci Kısımına göre en fazla iki saatlik ücret tutarı kadar olacaktır (TKHK m. 73/A-3). Arabuluculuk faaliyeti sonunda açılan davanın tüketicinin lehine sonuçlanması durumunda arabuluculuk ücreti, 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca davalıdan tahsil olunarak bütçeye gelir kaydedilecektir (TKHK m. 73/A-4).

⁷⁸ EKMEKÇİ/ ÖZEKES/ ATALI/ SEVEN, s. 297, 306.

⁷⁹ ÇINARLI, Serkan/ BİLDİR, Murat: "Tüketici Kanununa Göre Tıbbi Uygulamadan Doğan Davalarda Yargı Öncesi Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Uygulanabilirliği Sorunu", Tıp Hukuku Dergisi, S. 18, 2020, s.250.

Uyuşmazlığın konusunun sağlık olması tarafların maddi çıkarları kadar manevi çıkarlarını da ilgilendirmektedir. Arabuluculuk süreci tarafların kendi çözümlerini üretebildiği, yüz yüze görüşme ve hesaplaşma imkânının bulunduğu, gizlilik esasının korunduğu, tarafların uzman görüşüne gereksinim duyması durumunda arabulucunun konu ile ilgili olan uzmanları müzakere sürecine dahil etme serbestisinin bulunduğu, tarafsız arabulucular tarafından, tarafların menfaatlerinin korunduğu bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tıbbi kötü uygulamaya ilişkin yargı yoluna başvurmadan kaynaklanan olumsuzlukları ortadan kaldıracaktır.

V. SİGORTA ŞİRKETLERİ AÇISINDAN TIBBİ KÖTÜ UYGULAMA KAYNAKLI TÜKETİCİ DAVALARINDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

Kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzman olanların, tıbbi kötü uygulamalara karşı sigorta yaptırımları zorunludur. Bu kapsamda zarar gören üçüncü kişinin, tıbbi uygulama hatasına karşılık, hekime karşı veya TTK'nın 1478. maddesi uyarınca doğrudan sigorta şirketine karşı dava açabilmesi mümkündür. Zarar gören gerek hekime karşı gerekse de doğrudan sigorta şirketine karşı dava açmak istediğinde, dava öncesi arabuluculuk yoluna başvurmak zorundadır. Ancak burada belirtilmesi gerekir ki, hekime karşı dava açılmak istenildiğinde, TKHK'a 7251 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik nedeniyle, tüketici uyuşmazlıkları kapsamında arabuluculuğa başvurulması zorunluymken; doğrudan sigorta şirketine dava açılmak istenildiğinde, bu hususun TTK'da düzenlenmiş olması nedeniyle arabuluculuğa başvuru zorunluluğu ticari uyuşmazlık kapsamındadır.

Arabuluculuk kapsamına giren özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından hekimin sorumluluğunun kaynağı sözleşme⁸⁰, haksız fiil vekâlet-siz iş görme veya sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in

⁸⁰ Bağımsız çalışan hekimler ve hasta arasında, sözleşme ilişkisi kurulduğu ve bu sözleşmenin kural olarak vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Sadece estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde olduğu gibi, bazı özel durumlarda hekim-hasta arasındaki ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağına dair bakınız; Yarg. 15. HD., 2018/4621 E., 2018/4686 K., T. 26.11.2018 sayılı kararı, karararama.yargitay.gov.tr, E.T. 19.12.2020.

contrahendo)tur. Dolayısıyla, kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışmakta olan hekim ve diğer sağlık çalışanlarının tabi olduğu idarenin sorumluluğu arabuluculuk kapsamı dışındadır.

Tıbbi uygulamadan doğan uyuşmazlıklarda yargı öncesi arabuluculuk yoluna başvurulmasını öngören düzenlemelerin çok yeni olması sebebiyle, arabuluculuk müessesenin uygulanmasının kapsamının ve sınırlarının hekimin ZMSS çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir. Çalışmanın konusu bağlamında özellikle vekâlet ve eser sözleşmelerinden doğan sorumlulukta hekimin, özel hastanenin, hastanın, sağlık çalışanlarının, sigorta ettirenin ve sigortacının sorumluluğu söz konusu olduğunda mevzuatın son derece dağınık olduğu dikkati çekmektedir. Mevzuat dağınıklığı örneği olarak TBK, TCK, TTK, HMK, TKHK, Hasta Hakları Yönetmeliği, vb. verilebilir. Doğaldır ki bu dağınıklık alanda uzmanlaşma ve yargılama faaliyetini zorlaştırmakta, çoğu zaman hasta olmak üzere tarafların mağduriyetine de sebep olmaktadır⁸¹. İfade edilen bu gerekçeler ışığında aşağıdaki tespit ve öneriler dile getirilmiştir.

Hekimin ZMSS kapsamındaki yükümlülüğü sebebiyle, kendisine karşı arabuluculuk yoluna başvurulduğunu sigorta şirketine bildirmesi gerekmektedir (TTK m. 1475/2). Hekimin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya geç getirmesi durumunda sigortalı hekimin kusurunun ağırlığı uyarınca, sigortacı tazminattan veya bedelden indirim yoluna gidebilecektir. Bir diğer ihtimal ise hekimin, sigortacıya hiçbir bildirimde bulunmaksızın tıbbi kötü uygulamadan zarar gören ile arabuluculuk müessesinde anlaşma sağlamasıdır. Bu ihtimal bağlamında TTK'nun 1476. maddesinin ikinci fıkrası ile ZMSS Genel Şartlarında (B.3.4) sigortalı ve zarar gören arasında yapılacak sulh sözleşmesine ilişkin düzenleme dikkate alınmalıdır⁸². Arabuluculuk müessesinde bu düzenlemenin dikkate alınması hayati önem taşımaktadır. Doğru olan hekim ve zarar gören hasta/hasta yakını arasında, sigortacının müzakereye dahil edilmediği

⁸¹ AKÇINAR, s.880; DEMİR, sözleşme, s.228; ÖZDEMİR, s.35.

⁸² ZMSS Genel Şartlarında (B.3.4) sigortalı ve zarar gören arasında yapılacak sulh sözleşmesine ilişkin düzenleme "sigortalının sigortacının onayını almadan yaptığı sulh sözleşmesi, bildirimden itibaren on beş gün içinde onay verilmemişse, sigortacıya karşı geçersizdir; sigortacı haklı olmayan sebeplerle sulhe onay vermekten kaçınmaz" şeklindedir.

veya onaylamadığı hiçbir anlaşmanın yapılmamasıdır. Aksi takdirde arabuluculuk sürecinde belirlenen bedelin hekimin kendisi tarafından ödeneceği ve sigortacıya karşı rücu hakkını kullanamayacaktır. ZMSS Genel Şartları düzenlemesine göre sigortalı hekim, sigortacının bilgisi ve onayı olmaksızın sorumluluğu veya talep edilen tazminat miktarını kabul edemez, tazminatı kısmen veya tamamen ödeyemez, ödeme taahhüdünde bulunamaz. Ayrıca sigortalı hekimin tazminat talebine ilişkin aldığı ihtarname, davetiye ve benzeri belgeleri derhal sigortacıya verme zorunluluğu bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, TTK'nın 1481. maddesi uyarınca tıbbi uygulama hatasından dolayı zarar gören hastaya tazminat ödeyen sigortacı, sigortalı hekimin, varsa haklarına halef olacaktır⁸³. Yine ZMSS Genel Şartları B. 3.6 düzenlemesi uyarınca zararın sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanması durumunda, sigortacının sorumluluğu bu ölçüde sona erecektir. ZMSS Genel Şartları B.5 ile ise zarar görene tıbbi müdahaleyi yapan hekime değil de doğrudan sigortacıya başvurma hakkı tanınmıştır (TTK m. 1478). Söz konusu düzenlemeye göre zarar gören hasta, zamanaşımı süresi içinde tıbbi müdahaleyi yapan hekim yerine tercih hakkını kullanarak, sigorta sözleşmesi için sigortacıya başvurmuşsa, sigortacı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmını tazmin edecektir. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin ZMSS'de her bir olay bakımından teminat tutarlarının üst sınırları tarifede ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak her halükârda sigorta sözleşmesi uyarınca ödenecek olan tazminat miktarına ilişkin 1.800.000 TL'lik bir üst sınır söz konusudur.

Zararın sigorta teminatı dışında kalan bir husustan kaynaklanması durumunda, sigorta kapsamında bir riziko söz konusu olmadığı için, hekimin bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Böyle bir durumda hekim arabuluculuk görüşmelerine kendisi katılacak ve anlaşma sağlanırsa, belirlenen bedel kendisi tarafından ödenecektir.

Hekimin, sigorta teminatı dışında kalan bir husus ile ilgili olarak sigortacıya bildirimde bulunması ve sigortacının da arabuluculuk görüşmelerine katılması sonucunda anlaşma sağlanırsa, anlaşılan bedelin hekimin sigortasından karşılanıp karşılanmayacağı hususu üzerinde

⁸³ YAZICIOĞLU/ŞEKER ÖĞÜZ, s. 207 vd.; KENDER, s. 351 vd.

durulması gerekmektedir. Böyle bir durumda; sigorta şirketinin arabuluculuk görüşmelerine katılması, zararının sigorta teminatı dışında olduğunu belirtmemesi ve anlaşmaya katılması nedeniyle, dürüstlük kuralı gereğince anlaşılan bedelin hekimin sigortasından karşılanması mı gerekecektir yoksa, ortaya çıkan zarar sigorta teminatının kapsamı dışında bulunduğundan, sigorta şirketi arabuluculuk görüşmelerine katılsa dahi, anlaşılan bedelin hekimin sigortasından karşılanmasının mümkün olmadığı kabulü mü gerekmektedir?

Kanaatimizce, anlaşılan bedelin hekimin sigortasından karşılanmasının mümkün olmadığı kabulü daha doğru olacaktır. Gerek düzenlenen poliçenin bir örneği hekime verildiğinden, gerekse de sözleşmenin bir tarafını da hekim oluşturduğundan, hekimin sigorta teminatının kapsamını bilmediğini iddia etmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda sigorta şirketinin arabuluculuk görüşmelerine katılmış olması da sonucu değiştirmeyecektir. Hatta sigorta şirketince anlaşılan bedel ödenmiş olsa dahi, ödenen bedelin sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca hekimden istenebileceğinin kabulü doğru olacaktır. Bu ihtimalde arabulucunun sorumluluğu da söz konusu olabilecektir. Arabulucu kanunun kendisine yüklemiş olduğu aydınlatma, tarafsızlık, eşitlik ve görevi özenle yerine getirme yükümlülüklerine aykırı davranarak sigorta şirketinin zararından sorumlu tutulabilecektir.

Tıbbi uygulama hatasına uğrayan kişinin hekime dava açmadan doğrudan hekimin çalışmakta olduğu özel sağlık kurum ve kuruluşuna dava açabilmesi de mümkündür. Böyle bir durumda, zararı gideren özel sağlık kurum ve kuruluşlarının, hatalı tıbbi müdahalede bulunan hekime karşı rücu hakları vardır. Özel sağlık kurum ve kuruluşu tarafından hekime karşı açılacak davalardan önce arabuluculuk yoluna başvurulmasının zorunlu olup olmadığı tespiti gerekmektedir. Özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan dış tabipleri, tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzmanlar bakımından sigortalı sıfatı kendilerine aittir. Sigorta ettiren sıfatı ise çalıştıkları özel sağlık kurum ve kuruluşuna aittir. Hekimin ZMSS, hastalar tarafından hekimin çalıştığı özel sağlık kurum ve kuruluşuna yöneltilen tazminat taleplerinden doğan ve hastanenin hekime yönelteceği rücu istemleri bakımından da koruma sağlamaktadır. Dolayısıyla açılacak rücu davası sigorta ettiren özel sağlık kurum ve

kuruluşunun sigortalı hekime açtığı davadır ve sigorta ilişkisinden kaynaklanan dava niteliğindedir. Bu nedenle ilgili rücu davası dava şartı arbuluculuğa tabiidir⁸⁴.

Bu kapsamda incelenmesi gereken son durum ise, hekimin ZMSS kapsamında tahkim usulüne başvurmadan önce arbuluculuğa başvuru şartının bulunup bulunmadığı hususudur. Sigortacılıkta tahkim usulüne ilişkin düzenlemeler SK'nın 30. maddesinde ve Sigortacılıkta tahkime ilişkin yönetmelikte yer almaktadır. Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaati bulunan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü maksadıyla, tarafların adli yargı yerine, Türkiye Sigorta, Reasürans ve Emeklilik Şirketleri Birliği nezdinde oluşturulan sigorta tahkim komisyonuna başvurarak, uyuşmazlığın Sigorta Tahkim Komisyonu tarafından belirlenen hakemler tarafından çözümlenmesine sigorta tahkimi denir⁸⁵ (SK m.30). Görüldüğü üzere, sigorta tahkim sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların alternatif çözüm yöntemlerinden biridir.

Sigorta tahkime başvuru şartlarından biri uyuşmazlığın sigorta sözleşmesinin tarafı ve ilgilileri ile sigortacı arasında gerçekleşmiş olmasıdır⁸⁶ (SK m. 30/1). Bunun yanı sıra sigorta şirketinin tahkim sistemine kayıtlı bulunması gerekmektedir. Ancak zorunlu sigorta sözleşmesinin tarafı olan sigortacı tahkim sistemine üye olmasa da sigorta ettiren veya ilgililer tahkim yoluna başvurabilirler⁸⁷. Ayrıca tahkim yoluna başvurulabilmesi için öncelikle sigorta şirketine başvuru yapılmalıdır (SK m. 30/13). Bu bağlamda hekimin ZMSS kapsamında yer alan uyuşmazlıklar bakımından sigorta ettiren veya ilgililer, ilgili sigorta şirketi tahkim sisteminde kayıtlı olmasa dahi tahkim usulüne başvurabilirler. Burada asıl önem taşıyan husus ise HUAK'ın 18/A maddesinin 18. fıkrasında yer alan

⁸⁴ Kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğan zararlara ilişkin tazminattan devlet sorumludur. Fakat idarenin buna ilişkin sorumlu olan hekim ya da sağlık çalışanına rücu hakkı vardır çünkü hekim veya diğer sağlık çalışanlarının şahsi sorumluluğu devam etmektedir. Eğer zarar doğuran eylem hizmet kusurundan kaynaklanmışsa zarar gören hastaya tazminat ödeyen Sağlık Bakanlığının, hekime karşı açtığı rücu davaları ihtiyari arbuluculuğa uygun bir uyuşmazlık türüdür.

⁸⁵ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s.117.

⁸⁶ AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s.119; YAZICIOĞLU/ ŞEKER ÖĞÜZ, s.203.

⁸⁷ YAZICIOĞLU/ ŞEKER ÖĞÜZ, s.203.

düzenlemedir. Buna göre; özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu durumlarda, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmaz. İlgili madde uyarınca tahkim yoluna başvurmanın zorunlu olduğu durumlarda dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Sigorta tahkim usulüne baktığımızda ise, zorunlu ve ihtiyari tahkim dışında bir niteliğinin bulunduğu görmekteyiz⁸⁸. Bu bağlamda, Sigorta Tahkim Komisyonuna üye olmak istediğini belirten sigorta şirketi, kendisi bakımından meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda, tahkim usulünü önceden kabul etmiş olur⁸⁹. Bunun sonucu olarak söz konusu sigorta şirketi ile uyuşmazlık yaşayan sigorta ettiren veya sözleşmeden menfaat elde eden ilgili kişi isterse tahkim usulüne başvurabilir⁹⁰. Yani komisyona üye olan sigorta şirketinin daha sonra tahkim usulüne itiraz etmesi mümkün olmamakla beraber; uyuşmazlığın diğer tarafı sigorta tahkimi yerine adli mahkemelere başvurabilir⁹¹.

Sigorta tahkiminin açıklanan nedenlerle bir taraf için (sigortacı) zorunlu, diğer taraf (sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaati bulunan kişi) için ise ihtiyari nitelikte olduğunu söyleyebiliriz⁹². Bu nedenle sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaati bulunan kişinin sigortacıya karşı uyuşmazlık sebebiyle sigorta tahkimine başvurulabilmesi mümkündür. Dolayısıyla sigortacılık tahkim bakımından HUAK'ın 18/A maddesinin 18. fıkrasında yer alan düzenleme uygulanmamalıdır. Bu durumda özetle; sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaati bulunan kişinin sigortacı ile sigortacılık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle isterse sigorta tahkimi yoluna isterse de adli yargıda dava açma yoluna gideceğini belirtmek gerekir. Ancak elbette ki, sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaati bulunan kişi tahkim yerine dava açmak isterse şartları

⁸⁸ ÖZDAMAR, Mehmet, "Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S.1-2, 2013, s.838.

⁸⁹ ÖZDAMAR, s.838.

⁹⁰ ÖZDAMAR, s.838.

⁹¹ ÖZDAMAR, s.838.

⁹² AYHAN/ ÇAĞLAR/ ÖZDAMAR, s.118.

bulunması durumunda, dava açmadan önce dava şartı olarak arabuluculuk yoluna başvurmak zorundadır.

SONUÇ

Temmuz 2020 tarihi itibari ile tıbbi kötü uygulamadan kaynaklanan tüketici uyuşmazlıklarının arabuluculuk yoluyla çözülmesi dava şartı hâline getirilmiştir. 28.07.2020-19.08.2021 tarihleri arasında tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk kapsamındaki başvuruların % 55'i anlaşma ile sonuçlanmıştır⁹³. Oran henüz arzu edilen düzeye ulaşmamış olsa bile, mahkemelerin iş yükünün azaltılmasında ve uzlaşma kültürünün yerleşme ve yaygınlaştırılmasında katkı sağlamaktadır.

Arabuluculuk yoluna başvurulma imkânın tıbbi uygulamadan doğan özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından, taraflara yargı öncesinde çözüm üretme imkânı sunması nedeniyle büyük önemi bulunmaktadır. Arabulucular için genel uzmanlık alanlarından dava şartı tüketici hukuku ve özel uzmanlık alanlarından sağlık hukuku ve sigorta hukuku eğitimlerinin verilmesi de alanında uzmanlaşmış arabulucuların söz konusu uyuşmazlıkların anlaşma ile sonuçlanmasında yararlı olması umulmaktadır.

Kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatı uyarınca uzman olanların, tıbbi kötü uygulamalara karşı sigorta yaptırma zorunlulukları bulunmaktadır. Zarar gören üçüncü kişi, tıbbi uygulama hatasına karşılık, hekime karşı veya TTK'nın 1478. maddesi uyarınca doğrudan sigorta şirketine karşı dava açabilir. Tıbbi uygulamadan doğan özel hukuk uyuşmazlıklarında dava açmadan önce arabuluculuğa başvurulması yukarıda belirttiğimiz istisnalar dışında zorunlu hâle getirildiğinden zarar görenin hem hekime karşı hem de doğrudan sigorta şirketine karşı açacağı davalarda, dava öncesi arabuluculuk yoluna başvurusu zorunludur.

Hekimin ZMSS kapsamındaki yükümlülüğü sebebiyle, kendisine karşı arabuluculuk yoluna başvurulduğunu sigorta şirketine bildirmesi gerekmektedir (TTK m. 1475/2). Hekim, sigortacıya hiçbir bildirimde bulunmaksızın tıbbi kötü uygulamadan zarar gören ile arabuluculuk

⁹³ www.adb.gov.tr/Home/SayfaDetay/arabuluculuk-istatistiklri07012021034403

müessesinde anlaşma sağlanması durumunda TTK'nın 1476. maddesinin ikinci fıkrası ile ZMSS Genel Şartlarında (B.3.4) sigortalı ve zarar gören arasında yapılacak sulh sözleşmesine ilişkin düzenleme dikkate alınmalıdır. Bunun sonucu olarak böyle bir anlaşma sağlanırsa arabuluculuk sürecinde belirlenen bedelin hekimin kendisi tarafından ödenmesi ve sigortacıya karşı rücu hakkını kullanamaması gerekir.

Zararın sigorta teminatı dışında kalan bir husustan kaynaklanması durumunda ise hekimin arabuluculuk görüşmelerine kendisi katılması ve anlaşma sağlanırsa, belirlenen bedelin kendisi tarafından ödenmesi gerekir.

Sigorta tahkiminin bir taraf için (sigortacı) zorunlu, diğer taraf (sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaati bulunan kişi) için ise ihtiyari nitelikte olması nedeniyle sigorta ettiren ve/veya sözleşmeden menfaati bulunan kişinin sigortacıya karşı sigortacılık sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle tahkim yoluna veya dava açma yoluna başvurabilmesi mümkündür. Dava yolunun tercih edilmesi durumunda tıbbi uygulamadan doğan uyuşmazlıklar bakımından şartları varsa arabuluculuk yoluna başvurulması gerekecektir.

Tıbbi uygulamadan doğan davalarda, arabuluculuk sürecinin, özellikle insan hayatını ilgilendiren bir zarar söz konusu olduğundan gerek kanuni düzenlemelere gerekse de başta yaşam hakkı olmak üzere insan haklarına (kişisel verilerin gizliliği, özel hayatın gizliliği vb.) azami riayet edilerek uygulanması gerekmektedir.

Sağlık hukuku uyuşmazlıkları oldukça karmaşık bir yapıdan kaynaklanmaktadır. Bu kadar kompleks bir uyuşmazlığın arabuluculuk kurumunca yürütülen müzakere sürecine rücu edilecek hekim veya sağlık meslek mensubunun, sigorta şirketinin dahil edilerek daha hızlı, daha az masrafla ve çok uzun süren davaların yerine daha hızlı şekilde taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması mümkün olacaktır. Aynı şekilde dava şartı arabuluculuk kurumunun, tüketici uyuşmazlıkları kapsamında tıbbi kötü uygulamadan kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuk aşamasında anlaşma ile çözümleneceği ve mahkemelerin iş yükünü önemli ölçüde azaltacağı beklenmektedir.

KAYNAKLAR

AKÇINAR, Şebnem, "Sağlık Hukukunda Arabuluculuk ve Avantajları", III. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildiriler Kitabı, Cilt 1, İstanbul 2019.

AKSU, Raziye, "6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Madde 1475 Uyarınca Sorumluluk Sigortalarında Sigortalının Bildirim Yükümlülüğü", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, Haziran 2016, ss.215-232.

ALTUN, Zeynep, Plastik Cerrahin Estetik Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğunun Sözleşmesel Bağlamda İncelenmesi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

AŞÇIOĞLU, Çetin, Tıbbî Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara 1993.

ATABEK, Reşat/ SEZEN, Merih, Hekimin Mesuliyeti, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:39, Sayı:2, İstanbul 1954, ss.135-165.

ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 2020.

AYAN, Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara, 1991.

AYDIN, Öztürk, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, İstanbul 2014.

AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR, Hayrettin/ ÖZDAMAR, Mehmet, Sigorta Hukuku Ders Kitabı, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

AYKIN, Aykut Cemil/ ÇINARLI, Serkan, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.

BELGESAY, Mustafa Reşit, Tıbbi Mesuliyet, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1953.

BULUR, Alper, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", Ankara Barosu Dergisi, Yıl:64, Sayı: 4, 2007, ss. 30-46.

ÇEKER, Mustafa, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Sigorta Hukuku, Karahan Kitabevi, Adana 2020.

ÇINARLI, Serkan, İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu, Orion Kitabevi, Ankara, 2013.

ÇINARLI, Serkan/ BİLDİR, Murat, "Tüketici Kanununa Göre Tıbbi Uygulamadan Doğan Davalarda Yargı Öncesi Zorunlu Arabuluculuk Sisteminin Uygulanabilirliği Sorunu, Tıp Hukuku Dergisi, 2020.

DEMİR, Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, AÜHFD, C. 57, s. 225-252, 2008, (sözleşme).

DEMİR, Mehmet, Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, Turhan Kitabevi, Ankara 2010, (Tıbbi).

DOĞAN YENİSEY, Kübra, "İş Yargısında Zorunlu Arabuluculuk", İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, ss.167-193.

EKMEKÇİ, Ömer/ ÖZEKES, Muhammet/ ATALI, Murat/ SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, İstanbul 2019.

EMİNOĞLU, Cafer/ ERDOĞAN, Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Ankara, 2020,

GÜNAY, M. Barış, Sigorta Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

GÜVEN, Kudret, Hekimlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası ve Uygulanması, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:2, Temmuz 2017, ss.11-67.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.

HATIRNAZ EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

ILDIR, Gülgün, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler), Ankara 2003.

KENDER, Rayegân, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi, Sigorta Sözleşmesi, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

KOÇ, Himmet, “Sorumluluk Sigortalarında Sigorta Teminatının Kapsamı”, Konya Barosu Dergisi, Sayı:2, 2017, ss.67-87.

KÖSE, Yasin, Hekimlik Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi.

MOOKHEY, Sheena, “Tax Disputes System Design”, e Journal of Tax Research, 11:1, 2013, ss.79- 96.

NAMLI, Mert, “İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağı ile Getirilen Zorunlu Arabuluculuk Kurumunun Medenî Usûl Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, İş Mahkemeleri Kanunu Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi (Editör: Doğan Yenisey, Kübra.), İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği 40. Yıl Uluslararası Toplantısı, 14 Mayıs 2016, İstanbul.

ÖZAY, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

ÖZBAY, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, EÜHFD, Cilt: X, Sayı: 3- 4, 2006.

ÖZBEK, Mustafa Serdar, “Dünya Çapındaki Adalete Ulaşma Hareketiyle Ortaya Çıkan Gelişmeler ve Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 51, Sayı 2, 2002, (Gelişmeler), ss.121-162.

ÖZBEK, Mustafa Serdar, Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 1. Cilt, 4.Bası, 2016, (Alternatif).

ÖZDAMAR, Mehmet, “Sigorta Hukukunda Uyuşmazlıkların Çözümünde Tahkim Sistemi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S.1-2, 2013, ss.831-855.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1, ss. 33-81, 2016.

ÖZKIDIK, Didem, “Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, Ankara Barosu Dergisi, S.4, 2016, ss. 243-268.

ÖZPINAR, Berna, Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2007.

ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Sempozyumu”,12-13 Mart 1982 Ankara, İstanbul 1983, ss. 31-59.

PONTE, Lucille M./ CAVENAGH, Thomas D., Alternative Dispute Resolution in Business, Ohio, ITP, 1999.

SARIAL, Enis, Sağlıklararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986.

SAVAŞ, Halide, Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar, İstanbul Barosu Yayınları 4/1, 2012.

ŞENOCAK, Kemal, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Turhan Kitabevi, Ankara 2000.

ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998.

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Türk Hukukunda Arabuluculuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

TÜRKER, Güray, Tıbbi Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.

ÜNAN, Samim, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, C. II, İstanbul 2016.

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.

YAZICIOĞLU, Emine/ ŞEKER ÖĞÜZ, Zehra, Sigorta Hukuku, İstanbul 2019.

YEŞİLLER, Fatma Begüm, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2019.

YEŞİLTEPE, Önder S., "Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 121-122, Eylül-Ekim 2014, ss. 61-88.

WARBECK, Johannes, "Alternative Dispute Resolution in The World of Business; A Comparative Analysis of The Use of ADR in The United Kingdom And Germany", The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, Part 2, June 1998.

İnternet Kaynakları

<https://www.ttb.org.tr>

<https://aybu.edu.tr>

www.resmigazete.gov.tr

www.adb.gov.tr

karararama.yargitay.gov.tr

kazanci.com.tr

kazancihukuk

[Legalbank Elektronik Hukuk Bankas](http://LegalbankElektronikHukukBankas)



ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI ARASINDA HİYERARŞİ VAR MIDIR?

Arş. Gör. Merve KÜÇÜK*

Öz

Uluslararası hukukun kaynakları arasında hiyerarşinin bulunup bulunmadığı, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Statüsü'nün hazırlık çalışmalarından başlayıp günümüze kadar süregelen bir tartışmadır. Statü'nün ilk halinde uluslararası hukuk kaynakları uluslararası andlaşmalar, teamül hukuku ve hukuk genel ilkeleri olarak belirtilmiş ve Divan'ın önüne gelen uyumsuzlukları sırasıyla bu kaynaklara göre çözeceği düzenlenmişti. Ancak daha sonra sırasıyla ifadesi metinden çıkarılmıştır.

İşte bu ifadenin çıkarılmasıyla birlikte, hiyerarşi sorunu ortaya çıkmıştır. Divan, önüne gelen uyumsuzlukta her üç kaynaktan da konuya ilişkin bir kural bulunuyorsa, hangisini öncelikle uygulayacaktır? Bu konu doktrinde tartışılmış ve net bir cevap bulunamamıştır. Ancak andlaşma ve teamül hukuku kurallarının hukuk genel ilkelerine üstün geldiği konusunda genel bir uzlaşma mevcuttur.

Aynı konuda hem andlaşma hukukunda hem de teamül hukukunda kural varsa Divan'ın hangisini öncelikle uygulayacağı daha karmaşık bir sorundur. Bu sebeple çalışmada öncelikle kaynakların niteliği ve konuya ilişkin Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesindeki düzenlemeler incelenecek, ardından Divan'ın kararları ve Hans Kelsen'in normcu teorisi ışığında bir görüşe varılmaya çalışılacaktır.

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk A.B.D., Ankara, Türkiye | Asst., Ankara University, Faculty of Law, Department of International Law, Ankara, Turkey.

✉ mrvkucuk@ankara.edu.tr • ORCID 0000-0003-2894-6087

✂ **Atıf Şekli** | **Cite As:** KÜÇÜK Merve, "Uluslararası Hukukun Kaynakları Arasında Hiyerarşi Var mıdır?", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 2975-3004.

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

Anahtar Kelimeler

Uluslararası Hukuk • Kaynaklar • Hiyerarşi • Andlaşma Hukuku • Teamül Hukuku

IS THERE A HIERARCHY AMONG THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW?

Abstract

Whether there is a hierarchy among the sources of international law is a debate that started long ago. In the first version of the Statute, sources were specified as international treaties, customary law and general principles of law, and the Court would resolve the disputes according to them respectively. Later, the expression respectively was removed.

With the removal of this expression, problem of hierarchy has emerged. If there is a rule in all sources, which one the Court will apply first? This issue discussed in the doctrine and no clear answer has been found. Still, there is a consensus that treaty and customary rules prevail over the general principles of law.

However, if there is a rule in both treaty and customary law on the same issue, it is a more complex problem. Therefore, in this study an opinion will be tried to reach based on the sources, Court decisions and Hans Kelsen's normative approach.

Key Words

International Law • Sources • Hierarchy • Treaty Law • Customary Law

GİRİŞ

Uluslararası hukuk kaynakları konusunda neredeyse tüm öğreti, sınırlı olmamakla birlikte Uluslararası Adalet Divanı (U.A.D.) Statüsü'nün 38. maddesini esas alır. Bu kaynaklar uluslararası andlaşmalar, teamül kuralları ve hukuk genel ilkeleridir. Yine neredeyse tüm yazarlar, bu kaynaklar arasında bir hiyerarşi bulunmadığı konusunda hemfikirdir¹. Bununla birlikte, Divan'ın önüne gelen davalarda öncelikle taraflar arasında

¹ Örn. Bkz. GÜNDÜZ Aslan, Milletlerarası Hukuk (Ed. GÜNEL Reşat Volkan), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2013, s. 31, TOLUNER Milletlerarası Hukuk (Giriş Kaynaklar), Derleyen ve Düzenleyenler TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, ARIKOĞLU, Enver, AKÜN Verda Neslihan, BAŞKARACAOĞLU, Elif, Beta, İstanbul, 2017, s. 191, SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı, İstanbul, 2019, s. 19, AYBAY, Rona ve ORAL, Elif, Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s.40.

var olan uluslararası andlaşmaları, daha sonra konuya ilişkin teamül kurallarını ve bu iki kaynakta uyuşmazlığa uygulanabilecek bir hukuk kuralı bulamadığı takdirde hukuk genel ilkelerine başvuracağı şeklinde genel bir algı mevcuttur.

Bu kaynakların maddede sayıldığı sırayla uygulanması gerektiğini savunan görüşler, genellikle Statünün hazırlık çalışmaları esnasında öncelikle maddeye eklenmiş bulunan ancak sonradan silinen "sırasıyla" ifadesine atıf yapmaktadırlar². Ancak bahsedildiği gibi bu ifade daha sonra taslak metinden çıkarılmış ve şu andaki haliyle kabul edilmiştir.

Yine doktrinde genel olarak kabul gören husus, hakimin öncelikle taraflar arasında akdedilmiş bir andlaşmaya göre uyuşmazlığı çözmesidir³. Ancak bazen bir konuya ilişkin hem taraflar arasında akdedilmiş andlaşmada hem de teamül hukukunda konuya ilişkin bir kural bulunuyor olabilir. Hal böyle olunca hakim, önüne gelen davada hangi kaynağa öncelikle başvuracaktır? Bu sorunun kolay bir cevabı yoktur, ancak U.A.D. kararları ile devlet uygulamalarından bazı çıkarımlar yapmak mümkündür.

Bu çalışmada, Divan Statüsünün 38. maddesi kapsamında önüne gelecek uyuşmazlıklarda Divan'ın hangi kaynağa başvuracağı, birden fazla kaynakta uygulanabilir kural olması halinde hangisini uygulayacağı ve bunu hangi gerekçelerle yapacağı açıklanmaya çalışılacaktır.

I. Uluslararası Hukukun Kaynakları

A. Hukuk Genel İlkeleri

Uluslararası hukuk kaynakları arasındaki hiyerarşiyi incelerken, hukuk genel ilkelerini ayrı bir yere koymak zorunludur. Zira hukuk genel ilkelerinin bağımsız bir kaynak olarak statüde yer alması dahi, hazırlık çalışmaları esnasında ciddi tartışmalara sebep olmuştur⁴. İçeriği ise günümüzde hala net bir şekilde tanımlanamamıştır. U.A.D. Statüsü madde 38/1/c hükmüne göre kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası

² Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİK, Edip F., Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 18 vd.

³ PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 257.

⁴ ÇELİK, ss. 161-162.

hukuka uygun olarak çözmekle görevli Divan, “uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini” uygular.

Bahsedilen uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerinin ne olduğu, kaynağını iç hukuklardan mı yoksa uluslararası hukuktan mı alacağı, Divan’ın yalnızca bu kaynağa başvurarak uyuşmazlıkları çözüme yetkisinin olup olmadığı ve hatta “uygar uluslar”ın hangi devletleri nitelediği hususları doktrinde geniş ölçüde tartışılmıştır. Statünün hazırlık çalışmalarında hukukçu Lord Phillimore, bahsedilen ilkelerle *in foro domestico* kabul edilmiş, iyi niyet ve kesin hüküm gibi ilkeleri kastettiğini belirtmiştir⁵.

Tartışmalı hususlara rağmen, lafzi bir yorumla Divan’ın hukuk genel ilkelerini uluslararası hukukun asli kaynağı olarak kabul ettiği ve buna göre önüne gelen uyuşmazlıkları gerek yalnızca, gerekse diğer kaynaklarla birlikte hukuk genel ilkelerine çözebileceği söylenebilir. Bununla birlikte hukuk genel ilkeleri genellikle ikame kaynak olarak tanımlanmaktadır⁶. Hakim, önüne gelen bir davada ancak diğer iki kaynaktan uyuşmazlığa ilişkin bir hukuk kuralı bulamazsa, davayı *non liquet* bırakmamak için ve genellikle uygar ulusların iç hukuklarında benimsenmiş kurallar oldukları kabul edilen hukuk genel ilkelerine başvuracaktır⁷. *Non liquet*, hukuktaki boşluk nedeniyle mahkemenin dava konusunda bir karar veremeyeceği anlamına gelir, ki bu uluslararası hukukta istenen bir olgu değildir⁸.

Bazı yazarlara göre davanın *non liquet* olması mümkün değildir, zira uluslararası hukukta aksine bir kural yoksa, bu konuda devlet istediği gibi davranabilecektir. Örneğin Kelsen, uluslararası hukukun asli kaynaklarını yalnızca andlaşma ve teamül hukuku olarak görür⁹. Hatta hukuk genel ilkelerini “Yalnızca madde 38/1/c Uluslararası Adalet Divanı’na bunları uygulama yetkisi verdiği için Uluslararası Adalet Divanı nezdinde

⁵ BÜYÜK, Mehmet Emin, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23.

⁶ PAZARCI, s. 267.

⁷ Bkz. ÇELİK, s. 162, TOLUNER s. 49, BÜYÜK s. 53.

⁸ KACZOROWSKA, Alina, Public International Law, Fourth Edition, Routledge, Birleşik Krallık, 2010, pp. 52-53.

⁹ KELSEN, Hans, Pure Theory of Law, Tra. Max Knight, Fifth Edition, The Lawbook Exchange, Amerika Birleşik Devletleri, 2008, p. 323.

uygulanabilir uluslararası hukuk haline gelen normlardır."¹⁰ olarak tanımlamıştır. Kelsen'e göre devlet andlaşma veya teamül hukukuna aykırı davranmamışsa, hukuka aykırı davranmamış olacaktır. Ancak bu noktada önemli olan uyuşmazlığa uygulanabilecek açık bir kural her zaman olmasa da, her uluslararası durumun bir hukuk meselesi olarak ele alınabileceğidir¹¹.

Scelle'e göre ise, hukuk genel ilkeleri teamül hukuku kurallarından başka bir şey değildir¹². Ancak bu iki kaynak arasında oluşumları bakımından ciddi farklılıklar vardır. Teamül kurallarının oluşması için devletlerin birörnek ve istikrarlı davranışları ile *opinio juris* gerekirken, hukuk genel ilkeleri için böyle şartlar yoktur¹³.

Ayrıca, kural koyucuların abesle iştiğal ettiğini söylemek mümkün değildir¹⁴. Statünün hazırlanmasında görev alan hukukçular gerek davanın *non liquet* olmaması gerekse başka gerekçelerle hukuk genel ilkelerini bağımsız bir kaynak olarak görmüş ve devletler de bunu onaylamıştır. Çoğu yazar da genel ilkelerin ayrı bir hukuk kaynağı oluşturduğunu, ancak kapsamının sınırlı olduğunu kabul eder, ki bu husus Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve U.A.D. kararlarına da yansımıştır¹⁵.

Hukuk genel ilkelerinin genellikle ikame kaynak olarak tanımlandığı, yani hakimin konuya ilişkin bir andlaşma hukuku veya teamül kuralı bulamadığı takdirde başvuracağı doktrinde genellikle kabul gördüğünü belirtmiştik. Hukuk genel ilkelerini ikame kaynak olarak tanımlamak, onu üç kaynak arasında doğrudan son sıraya atmak demektir. Yetkin uluslararası hukukçu Shaw da bu görüştedir¹⁶. Kaynaklar arasında bir hiyerarşi olmadığı kabul edilse de hukuk genel ilkelerinin son sıradaki yeri genellikle kabul görmüş gibidir.

Keza U.A.D. de bugüne kadar hiçbir davayı "yalnızca" hukuk genel ilkesine dayandırarak çözümlenmemiştir. Bununla birlikte ilkeleri

¹⁰ KELSEN, Hans'tan Akt. KAMMERHOFER, Jörg, *Uncertainty in International Law A Kelsenian Perspective*, Routledge, Taylor&Francis e-Library, 2010, p. 157.

¹¹ SHAW, Malcolm N., *International Law, Fifth Edition*, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2003, p. 93.

¹² SCELLE, Georges'den Akt. ÇELİK, s. 163.

¹³ PAZARCI, s. 262.

¹⁴ GÜNDÜZ, s. 25.

¹⁵ SHAW, p. 94.

¹⁶ SHAW, pp. 115-116.

genellikle andlaşma hukuku veya teamül kuralına göre verilen kararı destekleyici olarak kullanılmıştır¹⁷. Ayrıca genel ilkelerin son sıradaki yeri Divan tarafından – açıkça olmasa da – kabul edilmiş gibidir. Örneğin, Uluslararası Daimi Adalet Divanı Wimbledon davasında¹⁸ bir andlaşma hukuku kuralını hukuk genel ilkesine üstün tutmuştur¹⁹. Ancak her davanın kendine özel şartları bulunduğundan, bunun genel bir uygulama olduğunu söylemek mümkün değildir.

Hukuk genel ilkelerinden bahsederken, Divan Statüsünün 38. maddesinin 2. fıkrasında bahsedilen *ex aequo et bono*'dan da bahsetmek gerekir. Divan'ın hak ve nısfete göre karar verme yetkisi olarak çevirebileceğimiz²⁰ bu ifade, tarafların andlaşmaları halinde hakime hak ve nısfete uygun olarak – ki bu *contra legem* de olabilir - karar verme yetkisini tanımasıdır.

Hakkaniyet ise, tarafların yetkilendirmesine gerek olmadan Divan'ın önüne gelen uyuşmazlıkta asli kaynaklara göre karar verirken, adaletli bir şekilde davranmasını gerektiren bir ilkedir. Bu sebeple hakkaniyet ile *ex aequo et bono* farklı şeylerdir ve hakkaniyet için Divan'ın ayrıca yetkilendirilmeye ihtiyacı yoktur²¹.

Yani hukuk genel ilkeleri ne teamül kurallarıdır ne de *ex aequo et bono* ile aynı şeydir. Statünün hazırlanmasından bu yana geçen yaklaşık bir asırda bu hususların artık netleştiğini söylemek mümkündür. Yukarıda bahsettiğimiz gerekçelerle, uluslararası hukuk kaynakları arasında hiyerarşi tartışması yaparken, hukuk genel ilkelerini bu tartışmaya sokmaya gerek yoktur. Genel ilkelerin andlaşma ve teamül hukukundan sonra geldiği çok geniş olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple çalışmanın devamında, andlaşma hukuku ile teamül hukuku arasında bir hiyerarşi olup olmadığı ve bu iki hukuk kuralı arasında bir çatışma çıkarsa, hangisinin uygulanması gerektiği değerlendirilecektir.

Genel olarak sıralayabileceğimiz hukuk genel ilkeleri ise, iyi niyet, hakkın kötüye kullanılmaması, kazanılmış haklara saygı, *res judicata* gibi

¹⁷ BÜYÜK, s. 170.

¹⁸ "S.S. Wimbledon" P.C.I.J. Serie A. No. 1, 17.08.1923, p. 30.

¹⁹ PAZARCI, s. 268.

²⁰ SUR, s. 96.

²¹ BÜYÜK, ss. 285-286.

ilkelerdir²². Konuyla bağlantılı olarak kullanılacak hukuk genel ilkeleri ise aşağıdaki bölümde açıklanacaktır.

B. Jus Cogens

Uluslararası hukukun kaynaklarından bahsederken, *jus cogens* ayrı bir başlık açmak zorunludur. *Jus cogens* Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde tanımlanmış ve bu şekilde literatüre girmiştir.

Jus cogens niteliğine sahip kurallar, uluslararası hukukun buyruk kurallarıdır. *Jus cogens* Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 53. maddesinin 2. fıkrasında, “bir bütün olarak devletlerin milletlerarası toplumun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir milletlerarası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur” olarak tanımlanmıştır. Yine Sözleşmeye göre bir uluslararası andlaşma bu nitelikte bir normla çatışıyorsa batıldır. Aynı Sözleşmedeki 64. maddeye göre ise akdedildiği dönemde *jus cogens* aykırı olmayan ancak daha sonra oluşmuş bir *jus cogens* aykırı hale gelen andlaşmalar da batıl hale gelir ve sona erer.

Bu tanıma göre *jus cogens* kuralların iki yönü vardır, ilki devletlerin çoğunluğu tarafından kabul görmüş olmaları, ikincisi de kendilerine aykırı bir kural getirilememesi²³. *Jus cogens* kurallar iç hukuklardaki emredici kurallara benzetilebilir²⁴. İç hukukta da emredici kuralların aksine yapılan sözleşme batıl olacaktır. Uluslararası hukukta da Viyana Sözleşmesinde açıkça düzenlendiği gibi bu şekildedir. Aynı zamanda tüm *jus cogens* niteliğinde kurallar *erga omnes* yükümlülükler yaratır²⁵.

Uluslararası hukukta devletlerin üzerinde anlaşarak değiştiremeyecekleri nitelikteki kuralların varlığı tartışılmıştır²⁶. Bu nitelikte kuralların varlığı genel olarak kabul görür²⁷, bununla birlikte içeriklerinin belirlenmesine ve bu belirlemede hangi kıstasların kullanılacağına dair bir

²² BÜYÜK, s. 175 vd.

²³ PAZARCI, s. 192.

²⁴ ÇELİK, s. 188.

²⁵ KACZOROWSKA, p. 28.

²⁶ AYBAY ve ORAL, s. 140.

²⁷ Bkz. TOLUNER, s. 191.

belirlilik yoktur²⁸. Ancak bu çalışmanın içeriği bakımından bu konunun doktrinde tartışmalı olduğunu belirtmek yeterli olacaktır.

Jus cogens niteliğinde kuralların, teamül kuralları ile de farkları mevcuttur. Kural olarak bir teamül kuralının oluşumu aşamasında, bu kuralın oluşumuna ısrarlı olarak itiraz eden devlete karşı o teamül kuralı ileri sürülemez²⁹. U.A.D. de Norveç ile İngiltere arasındaki Balıkçılık davasında³⁰ bu yönde bir karar vermiştir³¹. Ancak bir devlet bir *jus cogens* kuralının oluşumu esnasında itiraz yoluyla yükümlülükten kurtulamaz³². Bir devlet ne kadar ısrarlı itiraz etmiş olursa olsun bir *jus cogens* artık oluştuysa, onunla bağlıdır. Doktrindeki çoğunluk görüşü de *jus cogens* niteliğindeki kuralların özel statüsü nedeniyle diğer teamül kurallarında olduğu gibi ısrarlı itiraz mekanizmasının burada kullanılamayacağı yönündedir³³.

U.A.D. Bosna davasında ayrı görüşünde³⁴ Yargıç Lauterpacht, Birleşmiş Milletler (B.M.) Andlaşmasının yükümlülüklerini diğer andlaşmalardan doğan yükümlülüklerden önce gören 103. madde ile *jus cogensi* karşılaştırmıştır. Bu kapsamda, Güvenlik Konseyi kararlarından biri ile andlaşmadan doğan bir yükümlülük arasında çatışma çıkması halinde 103. madde – yani B.M. Andlaşmasından kaynaklanan yükümlülüğün üstün olması durumu – *jus cogens* ile bu karar arasındaki bir çatışmayı, normlar hiyerarşisi gereği kapsamaz³⁵. Yani Güvenlik Konseyi de bir uluslararası hukuk kişisinin organı olarak *jus cogens* ile bağlıdır ve ona aykırı kararlar alamaz. Ancak bu durum Konseyin andlaşmanın VII. bölümünden kaynaklanan yetkileri kullanmasını da etkilemeyecektir. Bunun yanı sıra Avrupa Birliği Adalet Divanı da vermiş olduğu bir

²⁸ Bkz. ÇELİK, s. 194, TOLUNER s.193 vd., AYBAY ve ORAL s. 139.

²⁹ SUR, s. 86.

³⁰ Fisheries Case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p.116.

³¹ TOLUNER, s. 43.

³² SUR, s. 86.

³³ KACZOROWSKA, p. 42.

³⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, 1. C. J. Reports 1996, p. 595, Separate Opinion of Judge Lauterpacht, pp.278-286.

³⁵ SHAW, p. 119.

kararda³⁶, Güvenlik Konseyi kararının *jus cogens* aykırı olması durumunda ilgili devletleri bağlamayacağına hükmetmiştir³⁷.

Jus cogens Viyana Sözleşmesi ile bir andlaşma hukuku kuralı olarak benimsenmiştir, ancak kodifikasyonundan önce bu nitelikte kuralların var olup olmadığı konusu tartışmalıdır³⁸. Genellikle Sözleşmeden önce, devletlerin andlaşma konusunda tam bir serbestisi olduğu düşünülüyordu³⁹. Bununla birlikte *jus cogens* niteliğinde kuralların teamüli niteliği de tartışmalıdır. Öktem bu kuralları teamülün özel bir türü olarak tanımlamıştır⁴⁰. Ancak *jus cogens* kurallar Sözleşmede düzenlenerek andlaşma hukuku kuralı niteliğini de almıştır. Bu bağlamda değerlendirildiğinde, *jus cogens* kuralların hem klasik andlaşma hukuku hem de teamül hukuku kurallarından farklı niteliği olduğu, bir nevi uluslararası hukukun *sui generis* kaynağı oldukları söylenebilecektir⁴¹.

Özetleyecek olursak *jus cogens* niteliğinde kurallar Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kapsamında andlaşma hukuku kurallarıdır ancak klasik andlaşma hukuku kurallarından farklı özellikleri vardır. Bu sebeple olası bir çatışma halinde *jus cogens* kurallar hem diğer teamül kurallarına hem de andlaşma hükümleri ile diğer uluslararası hukuk kaynaklarına üstün gelecektir.

C. Uluslararası Andlaşma Kuralları ve Teamül Kuralları

Çalışmanın önceki kısımlarında uluslararası hukukun üç asli kaynağından hukuk genel ilkeleri ile diğer iki kaynak arasındaki ilişkiyi belirtmiştik. Bununla birlikte diğer asli kaynaklar olan uluslararası andlaşmalar ve teamül hukuku kuralları arasındaki ilişki daha karmaşıktır.

³⁶ “Kadi v Council and Commission”, C.J.E.U. Case T-315/01, 21.09.2005, paras. 226-227, 230-231.

³⁷ AYBAY ve ORAL, s. 141.

³⁸ TOLUNER, s. 189.

³⁹ GÜNDÜZ, s. 29.

⁴⁰ ÖKTEM, Emre, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta, İstanbul, 2013, s. 327.

⁴¹ Bu yönde görüşler için bkz. KOLB, Robert, Peremptory International Law Jus Cogens A General Inventory, Hart Publishing, Birleşik Krallık, 2015, p. 92, O’CONNELL, Mary Ellen, Jus Cogens: International Law’s Higher Ethical Norms, The Role of Ethics in International Law (Ed. CHILDRESS Donald Earl III), Cambridge, Amerika Birleşik Devletleri, 2012, p. 83.

Teamül kuralları ve andlaşmalar çoğu zaman birlikte var olur, birbirlerini geliştirirler ve bazen de çatışabilirler⁴².

İç hukuk sistemlerindeki teamül hukuku kuralları özellikle modern dünyada diğer kurallara nazaran daha az önem arz eder ve çoğunlukla nostaljik bir değere sahiptir. Ancak uluslararası hukukta, merkezi bir yönetimin bulunmaması dolayısıyla dinamik bir hukuk kaynağı olmaya devam etmektedir⁴³. Uluslararası hukukun ilkel dönemlerinde topluluklar arasında anlaşmalara rastlanır, ancak çoğunlukla ilişkilerin yüzyıllar boyu teamül hukuku kuralları ile şekillendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Hem andlaşma hukuku kuralları hem de teamül hukuku kuralları birbirini etkileyebilir ve birbirlerine dönüşebilir. Ancak bu ilişki nasıl gerçekleşecektir? Uluslararası hukukun teamül kuralları kodifiye edilerek bir uluslararası andlaşma kuralı haline gelebilir. Hatta B.M. andlaşmasının 13. maddesinde Genel Kurula, uluslararası hukukun giderek geliştirilmesi ve kodifiye edilmesini teşvik etme görevi yüklenmiştir. Bu amaçla kurulan Uluslararası Hukuk Komisyonu, konuyla ilgili önemli çalışmalar yapmaktadır. Ancak bütün uluslararası teamül kurallarının kodifiye edildiğini veya ileride edileceğini söylemek mümkün değildir. Zira hukuk gelişen ve değişen bir kavramdır. Son yüzyıl içerisinde uluslararası hukukun geçirdiği aşamalara bakarak bu rahatlıkla söylenebilir. Bu sebeple uluslararası hukuk kişileri arasında yeni meseleler ortaya çıktıkça, bu meselelere ilişkin yeni teamül kuralları da ortaya çıkabilir veya var olan teamül kuralları değişebilir.

Ayrıca, kodifiye edilmiş olsa da bir kural kaynağını teamül hukuktan alıyorsa, o alanda varlığını korumaya devam eder. Yani aynı kural her iki uluslararası hukuk kaynağında paralel olarak yer alabilir. Bu hususta U.A.D.'nin Nikaragua Davasındaki kararı⁴⁴ önem arz eder. Karara aşağıdaki bölümde değinilecektir.

Andlaşma hukuku ve teamül hukuku kurallarının ayrı ayrı var olmaları, türetildikleri kaynaklar arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Bir devlet veya mahkeme böyle bir durumda seçim yapabileceği

⁴² KACZOROWSKA, p. 28.

⁴³ SHAW, p. 69.

⁴⁴ Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392.

birden fazla kurala sahip olabilecektir. Andlaşmaların teamül kurallarını tamamen kapsadığını iddia etmek Statünün 38. maddesindeki şartları ve hükmün biçimsel niteliğini göz ardı etmek olur⁴⁵.

Bunun yanı sıra bir andlaşma hukuku normu, eğer şartları sağlıyorsa; yani devletlerin aynı durumlarda aynı davranışları istikrarlı bir şekilde gerçekleştirmesi ve bunun bir hukuk kuralı olduğu inancı mevcutsa, teamül normuna dönüşebilir⁴⁶. Teamülün normunun andlaşma kuralına dönüşmesine göre daha az sıklıkla rastlansa da bahsedilen olgunun gerçekleştiği durumlar bulunmaktadır.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, genellikle andlaşmalar teamül hukukunu etkilemektedir. Ancak teamül hukukunun da andlaşma kurallarını etkilemesi mümkündür. Bu konudaki önemli örneklerden biri, Osmanlı Devleti'nde başlayan ve Türkiye'nin kuruluşuyla birlikte son verilen kapitülasyonlardır.

Osmanlı devletinin Avrupalı devlet vatandaşlarına uyguladığı düzen genel olarak kapitülasyon düzeni olarak adlandırılır. İlk olarak 1352'de Cenevizlilere verilen kimi ayrıcalıklarla başlayan ve 1536'da Kanuni Sultan Süleyman'ın Fransızlara verdiği bazı ayrıcalıklarla devam eden bu süreç ancak Lozan Andlaşması ile sonlanabilmiştir⁴⁷.

Kapitülasyonlar, Avrupalı devletlere kendi vatandaşları ile ilgili bazı yargılama yetkileri veriyor ve kimi durumlarda Türk mahkemelerinin yargılamalarına da müdahale edebiliyorlardı. Ayrıca ilgili devletlerin vatandaşları pek çok vergiden muaf tutuluyordu. Ancak uluslararası teamül hukukunda giderek başka bir devletteki yargı yetkisi kullanılması, devletlerin egemenliği ilkesi ile bağdaşmaz görülmeye başlandı. Osmanlı da buna dayanarak 1914 yılında kapitülasyonların eskimiş ve yüzyılın hukuk kurallarına ile devlet egemenliğine aykırı olduğu gerekçesiyle tek taraflı olarak iptal etme niyetini açıklamıştır. Avrupalılar bu kararı kınmalarına rağmen, bağımsızlık savaşı arkasından imzalanan Lozan

⁴⁵ JIA, Bing Bing, "The Relations between Treaties and Custom", Chinese Journal of International Law, V. 9, I. 1, 2010, pp. 81-109, p. 97.

⁴⁶ AKSAR, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2019, s. 62.

⁴⁷ PAZARCI, ss. 86-94.

Andlaşmasında kapitülasyonların tamamen kaldırılmasını kabul etmek durumunda kalmışlardır⁴⁸.

Böylece kapitülasyon andlaşmaları ile pek çok haktan faydalanan Avrupalı devletler, bu haklarını kaybetmiş olsalar bile, andlaşmaların sonradan ortaya çıkan teamül hukuku kuralları nedeniyle hukuka uygun olarak tek taraflı feshedebileceğini kabul etmiş oldu⁴⁹.

İnsan hakları hukuku bakımından da teamülün andlaşma kurallarını etkilediği görülmektedir. Örneğin, Cenevre Sözleşmeleri'nin Ek 1. Protokolü⁵⁰'nün 70. maddesi çatışmaya taraf olan devlet kontrolü altındaki sivil nüfus için gönderilecek insani yardımların ayrımcılık yapmadan ulaştırılmasına engel olunmamasını öngörür.

Bu bağlamda bir devletin 1. Protokole taraf olmasa da genel olarak bu maddeye uyması gerektiği kabul edilir. İsrail, Cenevre Sözleşmesine taraf ancak 1. Protokole taraf değildir; buna rağmen İsrail Yüksek Mahkemesi, 2008 yılındaki Al Bassiouni davasında⁵¹, temel insani yardım malzemelerinin Gazze'ye geçişine izin vermesi gerektiğini ve bunun uluslararası teamül hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük olduğuna karar vermiştir⁵².

Güney Afrika'nın Namibya'da Devam Eden Varlığının Devletler İçin Hukuki Sonuçları Üzerine Danışma Görüşü⁵³nde U.A.D., Milletler Cemiyeti Andlaşmasının ve onun kurduğu organlarla ilgili yorumunun, B.M. Andlaşması ve teamül hukuku da dahil olmak üzere hukukun müteakip gelişmesinden etkilenmeden kalamayacağına karar vermiştir. Her ne kadar bu dava daha çok kurumlara ilişkin olsa da andlaşmaları

⁴⁸ CROOTOF, Rebecca, "Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties", *The Yale Journal of International Law*, V. 41, I. 2, 2016, pp. 238, 299, pp. 265-266.

⁴⁹ CROOTOF p. 269.

⁵⁰ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

⁵¹ HCJ 9132/07 Al-Bassiouni Ahmed v. Prime Minister, TT 13, 15 (2008) (Isr.).

⁵² CROOTOF, p. 274.

⁵³ Advisory Opinion on the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, 1971 I.C.J. 16, 31.

yorumlarken Divan'ın teamül hukukunu da göz önünde bulunduracağına dair bir delil arz eder⁵⁴.

Teamüli normların andlaşmaların yorumlanmasını ve uygulanmasını etkileme potansiyeli, uluslararası hukuk alanları çoğaldıkça, bu alanlardaki normlar arttıkça giderek daha fazla ortaya çıkmaktadır⁵⁵. Klasik hukuk mantığı ile düşünülecek olursa yeni ortaya çıkan bir alanla ilgili önce devletler bir tavır sergileyecek, muhtemelen daha sonra bu tavırlar üzerine bir uluslararası andlaşma inşa edilecektir.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü, andlaşma ve teamülün uluslararası hukukun ayrı ancak birbiriyle ilişkili kaynakları oluşturduğunu ve bu iki kaynaktan birinden türeyen bir normun, diğer kaynaktan türetilen normların içeriği ve yorumu üzerinde etkisi olabileceğini belirtmiş, ancak bu etkinin ne olabileceğinden bahsetmemiştir. Uluslararası hukukun kaynakları olarak andlaşma ve teamül kuralları arasında bir hiyerarşi yoktur. Bununla birlikte Enstitü, uluslararası hukukun uygulanmasında, bir andlaşmadan kaynaklanan ilgili normların, teamül hukukundan kaynaklanan normlara göre taraflar arasında geçerli olacağı sonucuna varmıştır. Bu tartışmalı bir sonuçtur. Enstitü andlaşma ve teamül kuralları çatışıyor, andlaşmanın geçerli olacağını sonucuna varmıştır. Enstitüye göre hiyerarşi genellikle kabul edilmiyor olabilir, ancak yine de somut uygulama örneklerinde açıkça andlaşma kurallarının önce geldiği görülmektedir⁵⁶.

Türk doktrininde de Acer ve Kaya⁵⁷, Aksar⁵⁸, Pazarcı⁵⁹, Sur⁶⁰ bu görüşte olmakla birlikte Çelik⁶¹, teamül kurallarına öncelik verir görünmektedir. Ancak aynı konuda bir andlaşma ve teamül normu varsa ve bu normlar çatışıyorsa, Divan kesinlikle andlaşmayı öncelikle

⁵⁴ SANDS, Philippe, "Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law", Yale Human Rights and Development Law Journal, 1998, V. 1, I. 1, pp. 85- 106, p. 96.

⁵⁵ SANDS, p. 92.

⁵⁶ SANDS, p. 96.

⁵⁷ ACER Yücel ve KAYA İbrahim, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Baskı, Ankara, 2018, s. 66.

⁵⁸ AKSAR, s. 78.

⁵⁹ PAZARCI, s. 257.

⁶⁰ SUR, s. 87.

⁶¹ ÇELİK, s. 187.

uygulayacaktır demek mümkün görünmemektedir. Bu konu aşağıda daha ayrıntılı ele alınacaktır.

Kuralların oluşumu bakımından ele alınacak olursa, devletlerin egemenliği ilkesi gereği bir devlet herhangi bir iki taraflı veya çok taraflı bir andlaşmaya katılıp katılmama konusunda tamamen serbesttir. Devletin burada aktif davranışı gerekir. Ancak bir teamül kuralı, devlet tamamen pasif kalsa da oluşabilir⁶². Bunun için genel bir uygulama ve *opinio juris* yeterli olacaktır. Teamül kuralından kurtulmanın tek yolu ise, kural henüz oluşum aşamasındayken “sürekli itiraz” etmektir⁶³. Bu şekilde bir teamül kuralı oluştuğunda kural olarak “sürekli itiraz” eden devleti bağlamaz. Dahası, sonradan ortaya çıkan devletlerin de genel olarak teamül kurallarıyla bağlı oldukları, bunlara itiraz edemeyecekleri kabul edilir⁶⁴.

Özellikle sömürgeci bağımsızlığını kazanan uluslar, bir önceki devletin kendileri adına imzaladığı andlaşmalarla bağlı kalmak istemiyorlardı⁶⁵. Bu sebeple yeni bağımsızlık kazanan bir devlet, kural olarak⁶⁶ eski devletin imzaladığı andlaşma ile bağlı olmak zorunda değildi⁶⁷. Buna rağmen ve diğer devletlerle – yani oluşum aşamasında itiraz etme fırsatı bulan devletlerle – bir eşitsizlik yaratmasına rağmen, genelde bu devletlere teamül hukuku kurallarına itiraz etme hakkı tanınmamaktadır.

Andlaşma konusunda neredeyse tamamen bağımsız – andlaşma kurallarının teamül kurallarına dönüştüğü veya onları kodifiye ettiği hal-ler hariç – davranabilen devletler, söz konusu teamül kuralları olunca bağımsızlıkları görece sınırlanmış görünmektedir. Bir teamül hukuku kuralından kaçışın tek yolu ısrarlı itirazdır ve bu da ancak kuralın oluşumu aşamasında yapıldığı takdirde kabul görür.

Elbette bahsedilen hususların sebeplerini de görmezden gelmek mümkün değildir. Bir teamül kuralının oluşması veya oluşsa bile bunun bağlayıcılığının ispatlanması bir andlaşma kuralına göre çok daha zordur. Ancak bir kez oluşuktan sonra artık evrensel olarak geçerli bir

⁶² PAZARCI, s. 245.

⁶³ SUR, s. 86.

⁶⁴ ÖKTEM s 493-494.

⁶⁵ SUR, s. 156.

⁶⁶ Sınır andlaşmaları hariç.

⁶⁷ Bkz. AYBAY ve ORAL, s. 295.

teamül hukuku kuralından bahsetmek mümkündür – ki kural olarak andlaşma hukuku kuralları böyle değildir.

Dahası bir andlaşma Sözleşme’de de belirtildiği şekilde çeşitli şekillerde sona erebilir. Andlaşma sona erdiğinde, andlaşmadan kaynaklanan hak ve yükümlülükler de sona erecektir. Ancak bir teamül hukuku kuralının, andlaşmalarda olduğu gibi devlet iradesiyle sona ermesi mümkün görünmemektedir. Teamül hukuku kuralları, zaman içerisinde değişebilir, ancak devletler tek başlarına bu yönde bir irade göstererek o kuralları sona erdiremezler.

Bir andlaşma kuralından söz edildiğinde, her ne kadar andlaşma revizyon ve tadil hükümlerine sahip olsa da büyük olasılıkla değişmeden kalacak bir belgede ilgili normu “dondurma” işlevi göreceğini söylemek mümkündür⁶⁸. Teamül kuralları ise bu bakımdan daha esnekler.

Yine unutmamak gerekir ki uluslararası andlaşmaları tarafları için bağlayıcı kılan kural bir teamül normu olan *pacta sunt servanda*dır. Ayrıca teamül kurallarının önemli bir yönü de yalnızca genel olarak kabul edil-seler bile evrensel olarak uygulanabilir olmalarıdır. Teamül hukuku andlaşma kuralları gibi üzerinde müzakere edilerek oluşturulmamıştır, bu da oluşan normların devletlerin birtakım pazarlıklarına tabi olmaması anlamına gelmektedir⁶⁹.

Devletler üzerinde evrensel olarak bağlayıcı olan mevcut andlaşmalar, bu tür bir andlaşma evrensellik sağlandığı andan itibaren teamül niteliğinde de olsa, bir andlaşma hukuku meselesi olarak taraf devletlere uygulanır⁷⁰. Ancak bir andlaşmadan bağımsız olarak oluşmuş teamül normu ise, bütün devletler için bağlayıcı olacaktır.

Toparlamak ve maddeler halinde belirtmek gerekirse andlaşma ve teamül normlarının birbirini etkilemesi şu üç şekilde gerçekleşebilir;

- İlk durumda bir andlaşma bir teamül kuralını kodifiye eder veya belirgin kılar.

- İkinci durumda bir andlaşma ile teamül kuralı aynı anda var olur.

- Üçüncü durumda bir andlaşma kuralı bir teamül kuralı oluşturabilir, ancak bunun için norm yaratıyor olması gerekir – ki bu da genellikle çok taraflı andlaşmalarda mümkündür. Belirtmek gerekir ki, iki taraflı

⁶⁸ JIA, p. 92.

⁶⁹ CROOTOFF, pp. 297-298.

⁷⁰ JIA, p. 92.

andlaşmalar da teamül hukuku oluşturma potansiyeline sahiptir, ancak diğer şartların da gerçekleşmesi gerekir⁷¹.

II. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesindeki Düzenleme

Viyana Andlaşmalar Hukuku sözleşmesi, uluslararası hukukun kaynaklarına ilişkin olarak şu üç konuyu ele almaktadır.

- Aynı konuyla ilgili iki ya da daha fazla andlaşma arasındaki ilişki,
- Bir *jus cogens* kuralı ile bir andlaşma arasındaki ilişki
- Bir andlaşma ile diğer hukuk kuralları arasındaki ilişki⁷².

Kural olarak andlaşmalar nisbi etkiye sahiptir, yani yalnızca tarafları bağlar. Ancak doktrinde “objektif statü yaratan andlaşmalar” şeklinde adlandırılan ve üçüncü devletler adına hak ve yükümlülükler yaratan andlaşmaların varlığı da genel olarak kabul edilmektedir. Bu tür andlaşmalar genellikle devlet statüsü, deniz ve boğazların statüsü ve bazı uluslararası örgütlerin uluslararası kişiliği gibi andlaşmalardır. Bu tür andlaşmalar da tıpkı *jus cogens* gibi *erga omnes* etki doğurur⁷³.

Bu durum klasik andlaşmalar hukukundan farklı bir durum yaratır ve bu açıdan teamül kurallarına benzetilebilir. Tıpkı Sözleşmenin 38. maddesinde belirtildiği gibi bir andlaşma hukuku kuralı teamül hukuku kuralı haline geldiyse, artık taraf olmayanlara karşı da ileri sürülebileceği gibi, objektif durum yaratan andlaşmalar da böyle bir etki yaratır. Bu husus Sözleşmede, “Andlaşmalar üçüncü devletler ile ilgili kurallar bir andlaşmada yer alan bir teamül hukuku kuralı olarak bu sıfatla tanınması üzerine üçüncü bir devleti bağlamasını engellemez” şeklinde düzenlenmiştir.

Sözleşmenin giriş bölümünde ise “Uluslararası teamül hukukunun kuralları, bu Sözleşme hükümlerince düzenlenmeyen sorunları yönetmeye devam edecektir” hükmünü getirmiştir. Böylelikle Sözleşmenin kendisine bir nevi öncelik tanıdığını, bu sözleşme ile düzenlenen sorunların öncelikle bu sözleşmeye göre çözüleceğini, ancak kural bulunmadığı takdirde teamül kurallarına başvurulacağını söylemek mümkündür. Elbette bu sözleşme de bir uluslararası andlaşmadır ve kural olarak sadece tarafları için etki doğurmaktadır ancak bu sözleşmeye hem pek çok devlet

⁷¹ JIA, pp. 92-93.

⁷² SANDS, pp. 93-94.

⁷³ PAZARCI, ss. 213-214.

tarafıdır hem de bir çok ögesinin teamül normu olma ihtimali vardır ve bu ihtimali göz ardı etmek mümkün değildir.

Bunların dışında Viyana Sözleşmesi, belirli bir andlaşma ile ilgili olarak teamül hukuku normların uygulanmasına ilişkin bir kural içermektedir. Bu ilişki Viyana Sözleşmesi'nin 31. ve 32. maddeleri kapsamında bir yorum meselesi olarak ele alınabilir.

Viyana Sözleşmesi 31/3/b andlaşmaların yorumlanmasında *“Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili olarak, daha sonraki herhangi bir uygulaması”*nın dikkate alınacağını belirtir. Bu hüküm de geniş anlamda teamüli yorum olarak nitelendirilebilir⁷⁴.

Madde 31/1'e göre, bir andlaşma *“andlaşmanın bütünü içinde olağan anlama göre ... kendi bağlamında ve amacı ve amacı ışığında iyi niyetle”* yorumlanmalıdır. Madde 31/2, bağlamsal materyale ilişkin rehberlik sağlar. Daha sonra madde 31/3, bağlamla birlikte, yorumlama, müteakip uygulama ve c bendinde *“ taraflar arasındaki ilişkilerde geçerli uluslararası hukukun ilgili her türlü kuralının dikkate alınacağını”* belirtir. Maddedeki formülasyon, teamül kurallarını içerecek kadar genişler⁷⁵. Bu teamül kuralları genel veya bölgesel teamül kuralları olabilir⁷⁶.

Sözleşmenin lafzi yorumu, yorum kurallarına ilişkin bir dizi parametre oluşturmaktadır. Öncelikle bir andlaşmanın yorumlanmasında teamül normunun dikkate alınabilmesi için, o normun *“ilgili”* ve *“uygulanabilir”* olması gerekmektedir. İlgili olması konuyu, uygulanabilir olması ise hukuki niteliğini belirtir. Yani ilgili teamül normu andlaşmaya taraf devletler için bağlayıcı olmalıdır⁷⁷. Teamül hukukunun evrensel olarak bağlayıcı olduğunu kabul edersek bahsedilen yorum gereksiz gibi görülebilir, ancak bölgesel örf adet kuralları genel kurala bir istisna oluşturduğundan, her yorumda bağlayıcılık ayrıca dikkate alınmalıdır.

Öyleyse andlaşmanın yorumu konusunda bir anlaşmazlık çıktığında, klasik yorumlama yöntemlerinin yanı sıra gerektiği takdirde teamül hukuku kurallarına da başvurulabilecektir. Her ne kadar madde metni taraflar arasındaki ilişkilerde geçerli dese de teamül kuralları

⁷⁴ ÖKTEM, s. 310.

⁷⁵ SANDS, p. 95.

⁷⁶ ÖKTEM, s. 309.

⁷⁷ SANDS, p. 102.

evrensel kurallar olduğundan, konuya uygun olduğu ölçüde bu noktada uygulanabilecektir.

III. Uluslararası Adalet Divanı Uygulamasından Örnekler

Divan'ın kararlarında doğrudan bir hiyerarşik saptama aramak beyhude olacaktır. Divan, Statünün kendisini yetkilendirdiği gibi önüne gelen davaları her üç kaynağa da başvurarak çözmektedir. Bununla birlikte, Divan'ın bazı kararları, konuya ilişkin önemli ipuçları içerebilir.

Bu bağlamda ilk olarak Divan'ın önemli saptamalar içeren Nikaragua davasına⁷⁸ bakmamız gerekir. Bu dava Amerika Birleşik Devletleri ile Nikaragua arasında askeri ve yarı askeri faaliyetlere ilişkindir. Divan kararında B.M. Andlaşmasının 51. maddesinde düzenlenen bireysel ve kolektif meşru müdafaa hakkının teamül hukukuna atıf yaptığını belirtmiştir. Bunda, maddede belirtilen “doğal hak” ifadesinden yola çıkılmıştır. Ayrıca madde meşru müdafaa hakkının tüm yönlerini düzenlememektedir. Örneğin teamül hukukunda yerleşmiş olan meşru müdafaa hakkının kullanılması için gereklilik ve orantılılık şartları maddede belirtilmiş değildir. Bununla birlikte yine meşru müdafaa hakkının kullanılması için gerekli olan “silahlı saldırı”nın tanımı da maddede yapılmış değildir.

Bu nedenle 51. maddenin teamül hukukundaki meşru müdafaa hakkını “kapsadığı” söylenemez. Daha ziyade, mevcut ihtilaf için önemli olan alanda, uluslararası teamül hukukunun andlaşma hukukunun yanında varlığını sürdürdüğünü göstermektedir. Dolayısıyla, iki hukuk kaynağının kapsadığı alanlar tam olarak örtüşmez ve kurallar tam olarak aynı içeriğe sahip değildir.

Yine karara göre, teamül normu ve andlaşma normu tam olarak aynı içeriğe sahip olsa bile, bu Divan'ın, teamül normunun andlaşma hukukuna dahil edilmesinin teamül normunun ayrı olarak uygulanabilirliğinden mahrum bırakması gerektiğine karar vermesi için bir neden değildir. Uluslararası andlaşma hukuku ve teamül hukukunda aynı kuralların varlığı, Divan tarafından Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği⁷⁹ davasında da açıkça kabul edilmiştir. Daha genel olarak, uluslararası teamül hukuku, andlaşma hukuku ile aynı kurallardan oluştuğunda, ikincisinin ilkinin

⁷⁸ Nicaragua Case, p. 392.

⁷⁹ North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

“denetlediğini”, böylece uluslararası teamül hukukunun artık kendine ait bir varlığının kalmayacağını iddia etmek için hiçbir gerekçe yoktur.

Mevcut ihtilafta, Divan yargı yetkisini kullanırken tarafların kuvvet kullanma yasağı ve iç işlerine müdahale yasağı kuralları ile hem andlaşma hukuku meselesi hem de teamül hukuku kapsamında bağlı olduklarını göz ardı edemez. Ayrıca, tarafları söz konusu kurallara bağlayan andlaşma hukuku kurallarından ayrı olarak, bunların geçerliliğini teamül hukuku olarak kabul ettiklerini başka şekillerde ifade ettikleri çeşitli durumlar olduğunu da saptamıştır.

Böylece Divan, meşru müdafaa hakkı kapsamında, andlaşma hukuku normlarının ve teamül normlarının aynı anda mevcut olduğunu ve uyumsuzluğu değerlendirirken her ikisini de göz önüne alacağını belirtmiştir. Kararda da açıkça belirtildiği üzere, bir devlet B.M. Andlaşmasının 51. maddesinde belirtilmiş olan meşru müdafaa hakkına başvurduğunu söylese bile, yine de bu hak kullanılırken teamül hukukunda yerleşmiş olan gereklilik ve orantılılık kıstaslarına da uymak zorundadır. Aksi takdirde teamül hukukunu ihlal etmiş olur ve devletin uluslararası sorumluluğu doğar.

Yine 51. maddeye göre taraf devletler meşru müdafaa hakkı kapsamında aldıkları önlemleri derhal Güvenlik Konseyi'ne bildirmekle yükümlü kılınmıştır. B.M. Andlaşması hemen hemen bütün devletler için bağlayıcıdır, ancak bir devlet andlaşma hukukundan kaynaklanan değil de teamül hukukundan kaynaklanan meşru müdafaa hakkını kullandığını belirterek böyle bir şekli şarttan kurtulabilir mi?⁸⁰

Bu davada Amerika Birleşik Devletleri meşru müdafaa hakkını kullandığını iddia ediyordu, ancak olayın gerçekleştiği tarihlerde veya sonrasında Güvenlik Konseyi'ne bu yönde bir bildirim yapılmamıştı. B.M. Andlaşmasına göre bir şekil şartı olarak beliren bildirim yükümlülüğünün ihlali, teamül hukukunun ihlalini oluşturmuyordu. Ancak bildirim eksikliği Amerika'nın B.M. Andlaşmasının 51. maddesine göre hareket ettiği inancını zedeliyordu⁸¹.

Eğer 51. madde kapsamındaki bildirim yükümlülüğü meşru müdafaa hakkına başvurmanın esaslı bir koşulu olarak görülecekse, bu bir B.M.

⁸⁰ JIA, p. 99.

⁸¹ RUYS, Tom, 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2010, p. 69.

taraf devletinin meşru müdafaa hakkını kullanmasının teamül hukukuna uygun, ancak andlaşma kurallarına aykırı olduğu anlamına gelebilir. Uygulama genellikle bildirim yükümlülüğünün ihlalinin doğrudan meşru müdafaa hukukiliğini etkilemediği, ancak hakkın kullanımı kapsamında alınan önlemlerin meşruluğunu değerlendirirken bir etken olabileceği yönündedir. Doktrin de genellikle, bildirim yükümlülüğünün esaslı değil şekli bir yükümlülük olduğu görüşündedir⁸².

B.M. Andlaşması, andlaşma kapsamında üstlenilen yükümlülüklerle ters düşen diğer uluslararası andlaşmalara üstün gelir. Ancak bu yükümlülüklerle teamül normundan kaynaklanan yükümlülüklerin statüsü çatıştığında ne olacağı tartışmalıdır. Divan meşru müdafaa hakkının kullanılmasında teamül hukukundan kaynaklanan gereklilik ve orantılılık şartlarını belirtmiştir, ancak teamül hakları kullanılırken 51. madde şartlarına tabi olup olmayacağı konusunda bir yorum yapmamıştır⁸³.

Bununla birlikte belirtmek gerekir ki Divan, bu kararda hiyerarşik bir değerlendirme yapmaya girişmemiştir. Yalnızca her iki kaynaktaki normun da aynı anda mevcut olduğunu saptamış ve uyuşmazlık çözümünde her ikisini de göz önüne alacağını belirtmiştir. Bir normu diğerine üstün tutacak bir yaklaşım sergilememiştir. Dahası, her iki farklı kaynaktan kaynaklanan yükümlülüklerin uygulanması konusunda da net bir yaklaşım ortaya koymamıştır. Yine de söz konusu kararın, uluslararası hukukun kaynaklarından bir teamül normunun kodifiye edilmesinin, onun teamül hukukundaki varlığını sona erdirmediğini saptaması açısından büyük önemi vardır.

Divan'ın tarafları Macaristan ve Çek ve Slovak Federal Cumhuriyeti olan GabCikovo-Nagymaros Project davasındaki kararı da, özellikle tarafların iddiaları bakımından önem arz eder⁸⁴. Taraflar arasında 1977 tarihinde imzalanan andlaşmaya göre tarafların doğanın korunmasına ilişkin yükümlülüklerle uyulmasını sağlaması gerekiyordu. Slovakya'nın iddialarına göre, 1977 yılında imzalanan andlaşmadan sonra gelişen uluslararası çevre hukuku kuralları *lex specialis* ve andlaşmanın hükümlerine aykırı olduğu takdirde, ancak andlaşmanın her iki tarafının da böyle bir niyetinin olduğu tespit edildiği takdirde olaya uygulanabilir. Macaristan

⁸² RUYS, pp. 70-72.

⁸³ JIA, p. 99.

⁸⁴ GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports, 1997, p. 7.

ise iddialarında ister andlaşmadan ister teamülden doğsun, yeni çevresel normlar ortaya çıktığı takdirde bunlar doğrudan *posterior* olarak ya da mevcut andlaşmanın 15. ve 19. maddelerinin yorumlanması ile dolaylı olarak uygulanabileceğini iddia etmiştir.

Divan kararında konuya ilişkin belirgin bir yaklaşım sergilememiştir. Kararın bazı noktalarında, andlaşmadan veya teamülden doğan yeni normların taraflar arasındaki andlaşmaya ancak tarafların rızası ile uygulanabileceği şeklinde görüş bildirirken, sonuç olarak proje ile ilgili “mevcut standartların dikkate alınması” gerektiğini belirtmiştir⁸⁵.

Divan kararları genel olarak değerlendirildiğinde, Divan’ın bahsedilen hiyerarşik problemin farkında olduğu ancak bunları ad hoc ve açıkça herhangi bir sözleşme maddesine atıfta bulunmadan çözmeye çalıştığı görülür⁸⁶. Divan uygulaması, olası bir çatışma halinde andlaşma kuralının mı teamül kuralının mı uygulanacağına dair genel bir kural vermemektedir. Genellikle Divan’ın her bir olayı kendi özelliklerine göre değerlendirip, davanın koşullarına göre karar verdiği görülmektedir⁸⁷.

IV. Uluslararası Andlaşma ile Teamül Kuralları Arasındaki İlişkiyi Hukuk Genel İlkeleri Bağlamında Değerlendirmek

Uluslararası hukuk bugün kullandığı pek çok kavramı Roma Hukukundan almıştır⁸⁸. Gerçekten de andlaşmalar hukukunun borçlar hukukundan, devletlerin ardıllığı konusunun miras hukukundan ilham aldığı görülmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz ve genellikle “ikame kaynak” olarak adlandırılan hukuk genel ilkeleri, bize diğer kaynaklar arasında yaşanacak bir çatışma halinde rehberlik edebilir.

Medeni hukukta kabul edilen ve genellikle uygar uluslarca kabul görmüş olarak nitelendirebileceğimiz ve konuya ilişkin çatışmayı çözme niteliğine sahip ilkeler;

- *Lex posterior derogat priori* (sonraki kanun öncekini ilga eder.)
- *Lex specialis derogat legi generali* (özel kanun genel kanunu ilga eder.)

⁸⁵ SANDS, pp. 100-101.

⁸⁶ SANDS, p. 101.

⁸⁷ KACZOROWSKA, p. 47.

⁸⁸ BÜYÜK, s. 64.

- *Lex superior derogat legi inferioridir.* (üst kanun alt kanunları ilga eder.)

Uluslararası hukukta hem andlaşma hukuku kuralları hem de teamül hukuku kuralları her geçen gün gelişmekte ve ortaya yeni kurallar çıkabilmektedir. Bu sebeple olası bir çatışma halinde kesinlikle andlaşma hukuku kuralı uygulanacaktır demek mümkün değildir. Bu durumda, yukarıda belirtilen ilkelerin hepsi kullanılarak bir yorum yapılması gerekecektir. Bununla birlikte, uluslararası hukuk kaynakları arasında genel olarak bir hiyerarşinin bulunmadığının kabul edildiğini belirtmiştik. Bu sebeple *lex superior derogat legi inferiori* kuralı, uluslararası hukukun asli kaynakları arasındaki bir çatışmada kullanılamaz.

Ayrıca uluslararası hukukta kuralın kaynağının bir andlaşma, teamül veya hukuk genel ilkesi olması tek başına onun *lex specialis* olduğunu göstermez⁸⁹. Her ne kadar U.A.D. Nikaragua Davası'nda "*Genel olarak, andlaşma kuralları lex specialis olduğundan, bir Devletin böyle bir talebin çözümlü için zaten anlaşma yoluyla araçlar sağlamışsa, bir devletin örf ve adet hukuku kuralına dayalı bir talepte bulunması uygun olmayacaktır*"⁹⁰ ifadesini kullanmışsa da, aslında bir teamül kuralı da *lex specialis* olabilir. Divan'ın mevcut ifadesinin davaya konu olaya ilişkin bir değerlendirme olduğu ve genel bir kural olarak görülemeyeceğinin belirtilmesi gerekmektedir. Zira Divan da "genel olarak" ibaresini kullanarak aksinin de mümkün olabileceğini açıkça belirtmiş olmaktadır. Bu sebeple yalnızca *lex specialis derogat legi generalis* kuralı, tek başına bir çatışmayı açıklamaya yeterli olmaz.

Yine, sonradan oluşacak bir andlaşma hukuku kuralı, onun *posterior* olduğunu gösterir, ancak teamül hukuku *lex specialis* olabilir. Yani tek bir ilkenin uygulanması çatışmayı çözmek için yeterli olmayabilir. Bu duruma örnek olarak denizaltı savaşıyla ilgili kurallar verilebilir. Bu konuyla ilgili sonradan oluşan teamül kuralları hem *posterior* hem de *lex specialis*⁹¹.

Yine, yukarıda da bahsedildiği gibi Cenevre Sözleşmeleri Ek 1. Protokolden kaynaklanan teamül normları ve müteakip devlet uygulamaları, taraf devletlerin Dördüncü Cenevre Sözleşmesi kapsamındaki hukuki yükümlülüklerini genişletmiş, bu da teamül hukukunun *lex posterior*

⁸⁹ KACZOROWSKA, pp. 44-45.

⁹⁰ Nicaragua Case, p. 274.

⁹¹ CROOTOFF, p. 285.

geliştiğini ve devletler için yeni yükümlülükler yarattığını göstermektedir⁹². Bu durumda iki ilkeyi birlikte ele almak zorunludur.

Bazı durumlarda devletler bir andlaşma akdettiklerinde teamül hukuku hala *lex generalis* olarak var olur. Bu durumda özellikle ikili andlaşmalar teamül hukukuna değinmeksizin devletler için hak ve borçlar doğurabilir. Böyle bir durumda andlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler *lex specialis* olarak varlığını sürdürebilir. Bu halde andlaşmanın niteliği önem kazanır. Örneğin bir uluslararası örgütün kurucu andlaşması, sınır andlaşmaları gibi andlaşmalar, *posterior* teamül normu tarafından değiştirilemez, zira bu noktada devletlerin yeni bir norm yaratmak için eski normla çatışan davranışlar sergilemeleri gerekecektir ki, bu pek olası değildir⁹³.

Öyleyse konuyu incelerken her uluslararası andlaşmanın aynı kefiye konması da mümkün değildir. Klasik bir akit andlaşma, *posterior* teamül normu ile çelişebilir, bu durumda Divan, *lex specialis* kuralı uygular, ancak bir sınır andlaşması için bunu söylemek mümkün değildir.

Divan önüne gelen bir uyuşmazlıkta ilk olarak taraflar arasında konuya uygulanabilir ikili veya çok taraflı andlaşma olup olmadığını araştıracaktır⁹⁴. Taraflar arasında var olan ikili bir andlaşma, hem diğer andlaşmalara hem de teamül normlarına göre *lex specialis* olacağı için öncelikle o uygulanır. Eğer bir andlaşma yoksa, Divan teamül normlarına başvurur. Burada da hüküm bulamadığı takdirde hukuk genel ilkelerine göre karar verir.

Ancak, hem taraflar arasında ikili bir andlaşma, hem de aynı konuya ilişkin bir teamül normu olduğu hal, yukarıda belirtilen kuralların uygulanmasını gerektirir. Burada da ikili bir ayırım yapılabilir. Taraflar arasındaki ikili veya çok taraflı andlaşma, teamül normlarına aykırı değildir veya onu kodifiye etmiştir. Bu durumda andlaşma hem *lex specialis* hem de *posterior* olarak uygulanır. Taraflar arasındaki ikili veya çok taraflı andlaşma, teamül normlarına aykırı ise, işte bu noktada bir ayırım yapmak gerekecektir. Kurallardan hangisi *posterior* ve *lex specialis* buna karar verilmelidir. Kural *posterior* ancak *lex specialis* değilse, yani sonradan gelen hüküm genel hükümler niteliğindeyse, bu konuda *lex specialise*

⁹² CROOTOFF, p. 285.

⁹³ CROOTOFF, p. 286.

⁹⁴ SUR, s. 87.

öncelik verilebileceği yönünde görüşler vardır, ancak konu doktrinde de tartışmalıdır. Bu konuda Gözler⁹⁵, “*Generalis clausula non porrigitur ad ea quae antea specialiter sunt comprehensa*” örneğini vermektedir.

Böyle bir durumda *lex posterior* kuralının geri plana atılmasının sebebi, aslında bu kuralın açıkça iç hukuktan doğmasından kaynaklıdır. İç hukukta *lex posterior* kuralı uygulanır, zira, aynı kanun koyucu aynı konuya ilişkin sonradan farklı bir kural koymuştur. Uluslararası hukukta ise bir kanun koyucu bulunmadığı gibi, andlaşma ve teamül normlarının oluşum şartları hatta bazen normları oluşturan aktörler birbirinden farklıdır⁹⁶. Oluşum süreçleri bu kadar farklı olan iki norm arasında doğrudan *lex posterior* kuralı uygulamak, her zaman hukuka uygun sonuçlar doğurmayabilir.

Öyleyse genel kural *lex specialis* olarak ortaya çıkmaktadır. Bir uyuşmazlığa ilişkin ister andlaşma hukukundan ister teamül hukukundan kaynaklansın, hangi norm *lex specialis* ise öncelikle o uygulanır. *Lex specialis* hüküm yoksa, *posterior* hükme bakılacaktır. Her iki kaynaktan da bu niteliklere sahip uyuşmazlığı çözmeye haiz bir kural bulunmadığı takdirde Divan, hukuk genel ilkelerine yönelecektir.

Sonuç olarak Divan, önüne gelen bir uyuşmazlıkta Statü’de belirtilen üç kaynağa; yani uluslararası andlaşmalara, teamül hukukuna ve hukuk genel ilkelerine göre karar verecektir. Bu kaynaklar arasında bir çatışma varsa, - *jus cogens* kurallar dışında – Divan *lex specialis* ve *posterior* ilkelerini uygulayarak bir karara varacaktır.

V. Hiyerarşi Problemine Kelsençi Yaklaşım

Kelsen’in normcu teori olarak da bilinen saf hukuk teorisine göre her bir norm, geçerliliğini bir üst normdan alır⁹⁷. Yani Kelsen’in teorisi aslında hukuk kurallarına doğrudan hiyerarşik bir yaklaşımdır.

Geleneksel uluslararası hukukçuların büyük çoğunluğu uluslararası hukuk kaynaklarının, bir kaynağın geçerliliğinin başka bir kaynağa

⁹⁵ GÖZLER, Kemal, “Yorum İlkeleri”, Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.09.2012, ss. 15-119, s. 69. <https://www.anayasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf> (E.T. 27.12.2020)

⁹⁶ PAUWELYN, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, Birleşik Krallık, 2003, p. 97.

⁹⁷ AKSAR, s. 31, ÇELİK, s. 18 vd., PAZARCI, s. 16, SUR, s. 14, TOLUNER, s. 28 vd.

bağlı olduğu şeklinde bir sıralama düşüncesine karşıdır. Yine de bu geçerlilik bağımlılığı biçimi, saf hukuk teorisinin özünü oluşturmaktadır⁹⁸.

Kelsen'e göre uluslararası hukukta normlar uluslararası andlaşmalar ve teamülden doğar. Ancak uluslararası hukuk kişilerinin uluslararası andlaşma yapma yetkisi de aslen teamül hukukundan doğan bir normdur⁹⁹. Böylece, bu iki seviye uluslararası hukuk kaynağı arasında bir hiyerarşi oluşmuş olur.

Bununla birlikte eğer üçüncü grup olarak değerlendirilebilecek - ki bunlar uluslararası mahkeme kararları ve uluslararası örgüt organları tarafından verilen kararlardır - normlar olduğu düşünülürse, bu normların yaratıcısı olan uluslararası mahkemeler ve uluslararası örgütler de kendilerine bu yetkiyi veren uluslararası andlaşma normundan geçerlilik aldıklarına ve bu uluslararası andlaşma yapma yetkisi de yine teamül hukukundan kaynaklanan bir normdan doğduğuna göre, ortaya üç seviyeli hiyerarşik bir ilişki çıkmaktadır¹⁰⁰.

Kelsen'in normcu yaklaşımı, esasen uluslararası hukukun kaynakları arasında hiyerarşi belirlemeye çalışma çabası değildir. Kelsen yalnızca, her bir normun bir üst kaynağına bakarak böyle bir yargıya ulaşmıştır ve teorisi kendi içerisinde tutarlı bir yaklaşım sergiler.

Yine Kelsen'e göre daha yüksek bir norm ile daha düşük bir norm arasında, yani bir başka normun yaratılmasını belirleyen bir norm ile bu diğer norm arasında bir çatışma olamaz, çünkü alt normun geçerliliği daha yüksek normdan kaynaklanır¹⁰¹.

Bu yaklaşımla ele alındığında ortaya çıkan sonuç basittir, uluslararası hukukun kaynakları arasında bir hiyerarşi problemi yoktur, hiyerarşi vardır. Eğer U.A.D. önüne gelen davada hem uluslararası andlaşma hukukunda hem de teamül hukukunda uygulanabilir norm buluyorsa ve bu normlar çatışma içerisindeyse, basitçe teamül hukukundaki normu uygulamalıdır zira teamül normu üst normdur ve aralarında bir çatışma varsa andlaşma hukukundan kaynaklanan normu geçersiz kılacaktır.

Peki bu kaynaklar arasında bir çatışma yoksa? Yani tıpkı Divan'ın Nikaragua davasında belirttiği gibi bir norm aynı anda hem andlaşma

⁹⁸ KAMMERHOFER, p. 176.

⁹⁹ KELSEN, p. 323.

¹⁰⁰ KELSEN, p. 324.

¹⁰¹ KELSEN, p. 324.

hukukunda, hem de teamül hukukunda aynı anda var oluyorsa? Kelsenci yaklaşımla ele alındığında böyle bir problem yoktur. Zira her bir norm kendi düzeyinde geçerliliğini sürdürmeye devam eder. “*Derogasyon yalnızca normatif düzen içinde gerçekleşebilir*¹⁰²”. Böylece aralarında derogasyon bulunmayan iki ayrı norm arasından teamül normu daha üst bir norm olduğuna göre, Divan teamül normunu uygulamalıdır.

Kelsenci yaklaşıma göre bir uluslararası mahkeme kararı üçüncül seviye norm oluşturduğuna göre, Divan’ın Nikaragua davasında verdiği karar üçüncül seviye bir normdur. Bu üçüncül seviye norm geçerliliğini Divan’ın Statüsünden yani onu oluşturan uluslararası andlaşmadan alır. Bu uluslararası andlaşma aynı anda birden fazla kaynaktan norm bulunmasına ilişkin bir hüküm içermediğinden, ortada bir çatışma yoktur. Uluslararası andlaşmanın kendisi ise, yine bir üst seviye olan norma uygun olarak oluşturulmuştur. Öyleyse Divan, Kelsenci yaklaşımla farklı kaynaklarda aynı konuya ilişkin birden fazla norm olduğuna dair norm oluşturabilmektedir.

Kelsenci yaklaşım, bizi uluslararası hukuk çerçevesinde klasik görüşten farklı bir noktaya götürür. Zira yukarıda belirtildiğinin aksine hiyerarşinin kabulü, *lex superior derogat legi inferiori* kuralının uygulanmasına izin verecektir. *Lex superior* hükmün bulunduğu yerde ise *lex specialis* ve *lex posterior* hükümlere bakmaya gerek yoktur¹⁰³. Böyle bir halde karşımıza üst norm olarak teamül hukuku normu çıkmaktadır.

SONUÇ

Doktrinde çokça tartışılmış, üzerine farklı görüşlerin olduğu uluslararası hukuk kuralları arasında hiyerarşinin varlığı sorunu, yalnızca teorik bir tartışma değil, Divan’ın önüne gelen uyuşmazlıkta doğrudan karşılaşılabileceği, yani aslında pratik de bir sorundur. Bu sebeple konunun ayrıntılı olarak incelenmesi uygulama konusunda bize rehberlik edebilecektir.

Neredeyse tüm öğretisi, Divan Statüsü’nün 38. maddesinde belirtilen uluslararası hukuk kaynakları arasında bir hiyerarşi olmadığını benimser, bununla kısmen çelişkili olarak da hukuk genel ilkelerini son sıraya atar. Yazarların belirtmek istediği esasen uluslararası andlaşma ve teamül

¹⁰² KAMMERHOFER, p. 168.

¹⁰³ GÖZLER, s. 68.

kuralları arasında bir hiyerarşinin olmadığı ancak hukuk genel ilkelerinin bunlardan sonra geldiğidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere bu konuda neredeyse görüş birliği vardır denebilir.

Asıl sorun, Divan'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta konuya ilişkin hem bir andlaşma hukuku hem de bir teamül hukuku kuralının bulunmasıdır. Böyle bir durumda Divan'ın nasıl hareket edeceğine ilişkin yaptığımız araştırma, konunun ancak bir diğer uluslararası hukuk kaynağı olan hukuk genel ilkelerine bakarak çözülebileceğini göstermiştir.

Böyle bir durumda Divan, konuya uygulanabilir andlaşma ve teamül hukuku kurallarını beraber ele alacak ve bu iki kural eğer çelişmiyorsa ortada bir sorun olmayacak, Divan *lex specialis* ve *posterior* olan hükmü uygulayacaktır. Bu iki kural çelişiyorsa *jus cogens* kurallar ayrı olmak üzere Divan yine *lex specialis* ve *posterior* ilkelerine başvuracaktır. Ancak, sonradan gelen kural *lex specialis* değilse, yani bir kural hem *posterior* hem de *lex generalis* ise, diğer uluslararası hukuk kurallarına aykırı olmadığı sürece yine *lex specialis* ilkenin uygulanacağını söylememiz mümkündür.

Konu Kelsen'in normcu teorisi bakımından ele alındığında, ortaya klasik görüşlerden farklı bir çözüm çıkmaktadır. Normcu teorinin uluslararası hukuktaki görünümü, kaynaklar arasında bir hiyerarşi olduğuna işaret eder. Bu hiyerarşi, teamül normlarının andlaşma normlarından üstün olduğu, hukuk genel ilkelerinin ise kaynak olarak görülmediği bir profil çizer. Bu yaklaşıma göre böyle bir durumda Divan'ın üst norm olan teamül hukuku normunu uygulayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Yine belirtmek gerekir ki, yapılan saptamalar Divan'ın ilerleyen dönemlerde vereceği kararlara göre değişebilecektir. Unutulmamalıdır ki uluslararası hukuk halen genç bir hukuk dalıdır, bu sebeple ilerideki yargı kararları bize hiyerarşi konusunda daha net kurallar verebilecektir.

KAYNAKLAR

- ACER** Yücel ve **KAYA** İbrahim, Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 9. Baskı, Ankara, 2018.
- AKSAR**, Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2019.
- AYBAY**, **Rona** ve **ORAL Elif**, Kamusal Uluslararası Hukuk, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- BÜYÜK**, **Mehmet Emin**, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- CROOTOF**, **Rebecca**, "Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties", *The Yale Journal of International Law*, V. 41, I. 2, 2016, pp. 238, 299.
- ÇELİK**, **Edip F.**, Milletlerarası Hukuk Birinci Kitap, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1984.
- GÖZLER**, **Kemal**, "Yorum İlkeleri", Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısı, Ankara, 29.09.2012, ss. 15-119. <https://www.ana-yasa.gen.tr/yorum-ilkeleri.pdf> (E.T. 27.12.2020)
- GÜNDÜZ**, **Aslan**, Milletlerarası Hukuk (Ed. Reşat Volkan Günel), Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2013.
- JIA**, **Bing Bing**, "The Relations between Treaties and Custom", *Chinese Journal of International Law*, V. 9, I. 1, 2010, pp. 81-109.
- KACZOROWSKA**, **Alina**, Public International Law, Fourth Edition, Routledge, Birleşik Krallık, 2010.
- KAMMERHOFER**, Jörg, Uncertainty in International Law A Kelsenian Perspective, Routledge, Taylor&Francis e-Library, 2010.
- KELSEN**, Hans, Pure Theory of Law, Tra. Max Knight, Fifth Edition, The Lawbook Exchange, Amerika Birleşik Devletleri, 2008.
- KOLB**, Robert, Peremptory International Law Jus Cogens A General Inventory, Hart Publishing, Birleşik Krallık, 2015.
- O'CONNELL**, Mary Ellen, Jus Cogens: International Law's Higher Ethical Norms, The Role of Ethics in International Law (Ed. CHILDRESS, Donald Earl III), Cambridge, Amerika Birleşik Devletleri, 2012.
- ÖKTEM**, **Emre**, Uluslararası Teamül Hukuku, Beta, İstanbul, 2013.

- PAUWELYN**, Joost, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, Birleşik Krallık, 2003.
- PAZARCI, Hüseyin**, *Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 13. Bası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- RUYS, Tom**, 'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2010.
- SANDS, Philippe**, "Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law", *Yale Human Rights and Development Law Journal*, 1998, V. 1, I. 1, pp. 85- 106.
- SHAW, Malcolm N.**, *International Law, Fifth Edition*, Cambridge University Press, Birleşik Krallık, 2003.
- SUR, Melda**, *Uluslararası Hukukun Esasları, Gözden Geçirilmiş 13. Baskı*, İstanbul, 2019.
- TOLUNER**, *Milletlerarası Hukuk (Giriş Kaynaklar)*, Derleyen ve Düzenleyenler: TUTUNCU, Ayşe Nur, ARIKOĞLU, Enver, AKUN, Verda Neslihan, BAŞKARACAOĞLU, Elif, Beta, İstanbul, 2017.

MAHMEKE KARARLARI

- Advisory Opinion on the Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia, 1971 I.C.J. 16, 31.
- Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections, Judgment, 1. C. J. Reports 1996, p. 595, Separate Opinion of Judge Lauterpacht.
- Fisheries Case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951, p.116.
- GabCikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, ICJ Reports, 1997, p.7.
- "Kadi v Council and Commission", C.J.E.U. Case T-315/01, 21.09.2005.
- HCJ 9132/07 Al-Bassiouni Ahmed v. Prime Minister, TT 13, 15 (2008) (Isr.).
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392.
- North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3.



KAMU KURUMUNUN İŞÇİLİK ALACAKLARI NEDENİYLE ALT İŞVERENE VEYA YÜKLENİCİYE RÜCU HAKKININ KAPSAMI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Hasan KAYIRGAN*

Öz

Kamu kurumları maliyetleri düşürmek amacıyla ya da teknolojik nedenlerle uzmanlaşmış kişilere duyulan ihtiyaç nedeniyle asıl işin tamamını veya bir bölümünü hizmet alım sözleşmeleri yoluyla başka kişilere yaptırmaktadır. Hizmet alım yoluyla gerçekleştirilen işlerde çalışan işçilerin ücret ve diğer haklarından da birlikte sorumlu tutulmaktadır. Ancak bu alacaklardan bizzat sorumlu olmadıklarından kamu zararı oluşmakta ve rücu hakkı gündeme gelmektedir. Kamu kurumunun alt işverene veya anahtar teslim işlerde yükleniciye karşı rücu kapsamına ilişkin yasada açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu rücu hakkının kapsamı yargı kararlarıyla belirlenmiştir. Ancak uzmanlık alanı iş hukuku olmayan dairelerin kimi zaman 4857 sayılı İş Kanunu sistematığının dışına çıktığı ve kamu kurumunu da ihale sözleşmelerine göre birlikte sorumlu tuttuğu görülmektedir. Diğer taraftan 696 sayılı KHK ile kamuda çalışan taşeron işçileri 2018 yılı Nisan ayından itibaren kamu işçisi olarak sürekli işçi statüsünde çalışmaya devam etmiştir. Bu yönden rücu kapsamı belirlenirken 4857 sayılı İş Kanunu m. 6 uyarınca işyeri devri kurallarının uygulanması gerekir.

Anahtar Kelimeler

Alt İşveren • Rücu • İşçilik Alacakları • Kamu Kurumu • Kıdem Tazminatı

* Dr. Öğr. Üyesi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Gaziantep, Türkiye | Asst. Prof., Gaziantep University, Faculty of Law, Department of Labour And Social Security Law, Gaziantep, Turkey.

✉ kayirgan@gantep.edu.tr • ORCID 0000-0001-6819-7725

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KAYIRGAN Hasan, "Kamu Kurumunun İşçilik Alacakları Nedeniyle Alt İşverene Veya Yükleniciye Rücu Hakkının Kapsamı Ve Değerlendirilmesi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3005-3040.

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

SCOPE AND EVALUATION OF THE RIGHT OF RESOURCE TO SUB-EMPLOYER OR CONTRACTOR DUE TO LABOUR CLAIMS OF PUBLIC INSTITUTION

Abstract

Public institutions outsource all or part of their main work to other sub-contractor through service procurement contracts in order to reduce costs or due to the need for specialists for technological reasons. Public institutions are also responsible for the wages and other rights of the workers working in the works under these contracts. However, since they are not initially responsible for these receivables, public loss occurs and the right of recourse comes to discussion area. There is no clear provision in the law regarding the scope of recourse of the public institution to the subcontractor or the contractor in turnkey works. The scope of this right of recourse is determined by judicial decisions. However, it is seen that the departments whose expertise is not labour law sometimes goes beyond the systematic of the Labor Law No. 4857 and holds the public institution jointly responsible according to the tender contracts. On the other hand, with the Decree No. 696, subcontracted workers working in the public sector have continued to work as permanent public workers since April 2018. In this respect, when determining the scope of the recourse, workplace transfer rules managed under art 6 of the Labor Law No. 4857 must be applied.

Key Words

Sub-Employer • Resource • Labour Claims • Public Institution • Severance Pay

I. GİRİŞ

Kamu kurumları maliyetleri düşürmek maksadıyla ya da işin sürdürülmesi konusunda yeterli alt yapısı bulunmaması gibi nedenlerle asıl işin tamamını veya bir bölümünü ya da yardımcı işlerini yüklenici ya da alt işveren olarak ifade edilen kişilere yaptırmaktadır. Genellikle yüklenici olarak ifade edilen bu kişilerin çalıştırdıkları işçiler, çoğunlukla alacaklarının tahsiline yönelik olarak kamu kurumuna müracaat etmektedir. Kamu kurumu bu tür durumlarda bir nevi garantör konumundadır. Bu nedenle de özellikle mahkeme kararları ile hüküm altına alınan alacaklar kurum tarafından ödenir. Ödenen bu tutarlar kamu kurumu için kamu zararı teşkil eder. Bu bakımdan kamu zararı oluşturan bu giderlerin yüklenici veya alt işveren şirketlere rücuu gündeme gelir. Bu hakkın

hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin ise bir yasa hükmü bulunmadığından rücu hakkının kapsamı, yargı kararları ile açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Yargıtay'ın geçmiş yıllarda rücu davalarına bakmakla yükümlü daireleri 11, 13 ve 23. Hukuk Daireleri olmuştur. 23. Hukuk Dairesi'nin kapanmasının ardından da konu ile ilgili uyuşmazlıklar 15. Hukuk Dairesi'nin görev alanına girmektedir. Bu dairelerin ortak yönü ise hiçbirisinin iş hukuku daireleri olmayışıdır. Dolayısıyla da verilen kararlar iş hukuku sistematığının dışında kalmaktadır. Çalışmada da öncelikle bu kararlar kapsam itibarıyla değerlendirilecek ve rücu hakkının 4857 sayılı İş Kanunu¹ kapsamında belirlenip belirlenemeyeceği irdelenecektir.

696 sayılı KHK ile 375 sayılı KHK'ye eklenen hüküm ile kamuda çalışan taşeron işçileri 2018 yılı nisan ayından itibaren sürekli işçi kadrosuna geçirilerek kamu işçisi olarak çalışmaya devam etmiştir. Bu kapsamda kamu kurumu taşeron işçilerini İşK. m. 6 uyarınca işyeri devri kuralları çerçevesinde devralmıştır. Çalışmamızda bu durumun rücu hakkının seyrini değiştirip değiştirmeyeceği de ayrıca incelenecektir.

II. YÜKLENİCİ VEYA ALT İŞVEREN İŞÇİSİNİN KAMU KURUMUNA BAŞVURABİLDİĞİ DURUMLAR

Kamu kurumu, gerek işlerin tümüyle yüklenicilere devredilmesi suretiyle anahtar teslim işlerde çalışan işçilere, gerekse de alt işveren işçilerine karşı işçilik alacaklarından dolayı müteselsilen sorumlu tutulmuştur. Kamu kurumunun anahtar teslim işlerdeki sorumluluğunun kapsamı ile alt işverenin işçilerine karşı sorumlu olup olmayacağı 4857 sayılı İşK.'nin farklı hükümlerinde konu olmuştur. Gerçekten İşK. m. 2/6 uyarınca alt işveren işçilerinin asıl işverene başvurabileceği düzenlenmiş iken, anahtar teslim işlerde ihale makamı olan kamu kurumunun sorumluluğuna 36. maddede yer verilmiştir. Bu nedenle, her iki durum ayrı ayrı değerlendirme konusu yapılmış ve iki başlık halinde ele alınmıştır. Çalışmada Yargıtay her ne kadar kamu ihale mevzuatından fay-

¹ RG., 10.06.2003, S. 25134.

dalanarak² alt işveren ifadesi kullanmak yerine yüklenici terimine başvurmakta ise de İşK.'na uygun olarak alt işveren ifadesi kullanılacaktır. Anahtar teslim işlerde iş alan kişiler ise yüklenici olarak ifade edilecektir.

A. KAMU KURUMUNUN ASIL İŞVEREN SIFATIYLA SORUMLU OLDUĞU DURUMLAR

1. Kanuna Uygun Bir Alt İşverenlik İlişkisi Kurulması Halindeki Sorumluluğun Belirlenmesi

Kamu kurumları tabi oldukları kanunlar³ uyarınca hizmet alımları yapmakta ve söz konusu işlerin bu yolla gördürülmesi de alt işverenlik ilişkisini⁴ oluşturmaktadır⁵. Bu bağlamda belirli işler, alanında uzmanlaşmış kişilere tevdi edilmektedir⁶. Asıl işverenin bir kısım işleri alt işverenlere yaptırması bir ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır⁷. Zira uzmanlık gerektiren birtakım işlerin bulunması ya da maliyetin düşürülmesi gibi diğer unsurlar, asıl işin bir bölümünün başka bir işverene tevdi edilmesini ve o bölümde başka bir işverene ait işçilerin istihdam edilmesi zo-

² Kamu ihale mevzuatı ile İş mevzuatı arasında uyumun sağlanamadığı yönünde bkz.: GÖRMÜŞ, Ayhan, "Kamu Kurumlarında Hizmet Alımı Yoluyla İstihdam Edilenlerin Kıdem Tazminatı Sorunu", Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 38, 2013, s. 148.

³ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu

⁴ Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik sebeplerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran kişiye *alt işveren (aracı-taşeron)* adı verilir (İşK.2/6).

⁵ AYDIN, Ufuk, "Kamu Asıl İşverenlerinin Ödedikleri Kıdem Tazminatları Sebebiyle Alt İşverenlere Rücuu Sorunu", Çimento İşveren Dergisi, C. 33, S. 6, 2019, s. 9; GÖRMÜŞ, s. 148.

⁶ SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 16 (İş Hukuku).

⁷ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 157 vd. (İş Hukuku); SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 24 (Uygulamalar).

runluluğunu ortaya çıkarmıştır⁸. Söz konusu işlerin geçici veya sürekli olmasının bir önemi de yoktur⁹.

Alt işverenin çalıştırdığı işçiler, alt işverenle iş ilişkisi içerisinde-dir¹⁰. Bu işçilerin, asıl işveren ile bağlanmış bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Alt işveren, bu işçilere karşı işveren sıfatıyla iş sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını yerine getirmekle yükümlüdür. Dolayısıyla çalıştırdığı işçilerin ücret ve diğer haklarını alt işveren ödemek zorundadır¹¹. Bunun karşısında, işçiler de alt işverenin emir ve talimatları altında iş görme borçlarını ifa ederler.

Alt işverenin işçilerini çalıştırdığı işyeri bölümü, onlar açısından ayrı bir işyeri niteliğindedir¹². Hatta asıl işverenin işyeri içerisinde alt işveren ayrı bir işyeri kurmakta ve bunu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğüne bildirmektedir¹³. Alt işveren, asıl işveren adına ve hesabına değil, kendi adına ve hesabına faaliyette bulunur¹⁴. Alt işveren bir işveren vekili de değildir, aksine bizzat kendisi işveren niteliğine sahip-

⁸ NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 115-116; SÜMER, Haluk Hadi/KAYIRGAN, Hasan, İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 191; SÜMER, Uygulamalar, s. 24; SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2020, s. 54; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 111vd.; UŞAN, Fatih/ERDOĞAN, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 60. Alt işverenlik tanımı ve unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi Ve Muvazaa Sorunu, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 180 vd.

⁹ ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 106.

¹⁰ SÜMER, İş Hukuku, s. 16; UŞAN/ERDOĞAN, s. 61.

¹¹ EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN Esra, Bireysel İş Hukuku, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 34; SÜMER/KAYIRGAN, s. 191.

¹² SENYEN KAPLAN, s. 57.

¹³ İşK. uyarınca alt işveren de “bu sıfatla” mal veya hizmet üretimi için meydana getirdiği kendi işyerini Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü’ne bildirmekle yükümlüdür (İşK.3/2).

¹⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s. 157; SÜMER, Uygulamalar, s. 26; SÜMER/KAYIRGAN, s. 191.

tir¹⁵. Dolayısıyla alt işveren ile asıl işveren arasında İş Kanunu anlamında bir iş ilişkisi de yoktur. Hatta alt işveren ile asıl işveren arasında olmayacak tek sözleşmenin iş sözleşmesi olduğunu söylemek de yanlış olmaz¹⁶.

Kanun koyucu asıl işverenin ekonomik yönden alt işverene göre daha güçlü olduğunu nazara alarak alt işverenin çalıştırdığı işçilerin haklarını muhafaza etmeyi ve onlara bir teminat sağlamayı amaçlamıştır¹⁷. Buna göre de, alt işveren ile asıl işverenin, işçilere karşı müteselsilen (birlikte) sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır¹⁸:

İş Kanunu uyarınca alt işveren kendi işçilerine karşı, o işyeri ile ilgili ve İş Kanunundan veya iş sözleşmesinden ya da alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden asıl işverenle birlikte sorumludur (İşK.2/6).

Hüküm uyarınca işçi, hem asıl işverene hem de alt işverene ya da bunlardan sadece birisine başvurabilir¹⁹. Ancak işçi birinden aldığı miktarı, diğerinden talep edemez. Aksi takdirde tahsilde tekerrür durumu oluşur.

¹⁵ AYDINLI, s. 186; MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, C. I, LYKEION Yayınları, Ankara 2020, s. 44; AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 69; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 110; SÜZEK, İş Hukuku, s. 157; SÜMER, Uygulamalar, s. 26; SÜMER/KAYIRGAN, s. 191; UŞAN/ERDOĞAN, s. 60.

¹⁶ SENYEN KAPLAN, s. 55.

¹⁷ TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 59; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 123; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 49; SÜMER, Uygulamalar, s. 34; UŞAN/ERDOĞAN, s. 61.

¹⁸ GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 6. Bası, Nisan Kitabevi, Eskişehir-İstanbul 2020, s. 72 vd.; SÜZEK, İş Hukuku, s. 165; SÜMER/KAYIRGAN, s. 199; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 154; GÖRMÜŞ, s. 147; Sorumluluğun alt işveren işçileri lehine genişletildiği yönünde bkz.: AKIN, Levent, "Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği", AÜHF, Cilt: 4, Sayı: 60, Yıl: 2011, s. 743.

¹⁹ BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, Beta Yayınları, 6. Bası, İstanbul 2021, s. 86; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 49; SÜMER, Uygulamalar, s. 35; SÜMER/KAYIRGAN, s. 199; AKYİĞİT, s. 14; UŞAN/ERDOĞAN, s. 61.

Müteselsil sorumluluğun temelinde nimetten faydalanan külfete de katlanır düşüncesi yatmaktadır. İşçilerin emeklerinden doğrudan faydalanan asıl işverendir. Aynı zamanda asıl işverenin işyerinde iş görme borcunun yerine getirilmesi, işçilerin asıl işverene karşı bir güven duymasına sebep olur. Dolayısıyla bu güvenin korunması gerekir. Ancak asıl işveren ifadesinin kullanılması kamu kurumunun işveren sıfatını taşıdığı anlamına gelmez. Burada birlikte işverenlik halinden de bahsedilemez. Alt işveren işçileri üzerinde asıl işverenin organizasyonu sağlama veya emir ve talimat vermek gibi bir hakkı yoktur. Daha önce de bahsedildiği üzere asıl işveren bir bakıma garantör konumundadır²⁰. Kanunda belirtilen birlikte sorumluluk tüm işçilik haklarını içerir. Birlikte sorumluluk öngören bu hükmün sınırsız olduğunu da düşünmemek gerekir. Nitekim bu yükümlülükler İş Kanunu'ndan, iş sözleşmesinden ya da toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmalıdır²¹. Toplu iş sözleşmesinde alt işverenin taraf olması gerektiği de belirtilmelidir. Asıl işveren, bu alacaklardan kendi işyeri ile ilgili olanlarından ve bu işyerinde çalıştıkları süre ile sorumludur²². Bu nedenle, daha önce bir başka işyerinde ortaya çıkan ücret alacağı veya farklı bir alacak için asıl işverenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Yine asıl işverenin işyerinden kaynaklanmayan taleplerden dolayı da sorumlu tutulamaz²³. Buna göre; alt işveren nezdinde 10 yıldır çalışmakta olan bir işçi 2 yıl kamu kurumunda görülen bir işte çalışmış ise sadece bu iki yıl içerisinde bu işyeri ile alakalı olarak

²⁰ ÇİL, Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları (Yargıtay Uygulamaları), Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 28.

²¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 125; NARMANLIOĞLU, s. 131; SÜMER, Uygulamalar, s. 36; SÜMER/KAYIRGAN, s. 199-200; SENYEN KAPLAN, s. 55-56; UŞAN/ERDOĞAN, s. 61.

²² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 49; SÜZEK, İş Hukuku, s. 165; NARMANLIOĞLU, s. 133; SÜMER, Uygulamalar, s. 36; SÜMER/KAYIRGAN, s. 200; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 154; UŞAN/ERDOĞAN, s. 61.

²³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 127; NARMANLIOĞLU, s. 134; SÜMER, Uygulamalar, s. 36; *asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmesi gerektiğinden ve bu nedenle ücret, işe iade sonucu işe başlatmama tazminatları gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esas olduğundan ve Kanunda geçen "birlikte sorumluluk" deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerektiğinden husumete ilişkin istinaf sebebi yerinde görülmemiştir* (Ankara BAM., 8HD., 07.11.2016, E. 2016/14, K. 2016/16); (SÜMER/KAYIRGAN, s. 200).

İş Kanunu, iş sözleşmesi ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden²⁴ doğan yükümlülüklerden asıl işveren kurum birlikte sorumludur²⁵. Asıl işverenin birlikte sorumluluğu, iş sözleşmesinin sona ermesi halinde, hak kazandığı kıdem tazminatını da kapsar²⁶.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu²⁷ uyarınca bu kapsamda ödenmesi gereken kıdem tazminatlarının kurum tarafından ödeneceği hükme bağlanmıştır:

Alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak belirlenir. Bunlardan son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 İŞK.14'e göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından,

²⁴ Hukuka uygun bir asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işverenin işçileri, asıl işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz ve bu sözleşmeye dayanarak parasal talepte bulunamazlar (SÜMER, Uygulamalar, s. 36; SÜMER/KAYIRGAN, s. 200).

²⁵ EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 156.

²⁶ Yargıtay konuyla ilgili bir kararında şu ilkelere yer vermiştir: "Alt işveren işçisi, alt işveren tarafından alt işverenin aldığı işten dolayı bu süre zarfında sadece bu işte çalışmış ve alt ve asıl işveren arasındaki ilişki sona erdiğinde veya asıl işveren alt işveren ilişkisi devam ederken iş ilişkisi sonlanmış ise, işçinin feshe bağlı alacakları dâhil tüm işçilik alacaklarından asıl işveren, alt işverenle birlikte sorumludur, işçi asıl işveren ilişkisi başlamadan önce de alt işveren işçisi olarak, alt işverenin kendi işinde veya alt işverenin üstlendiği farklı bir asıl işverende çalışmış ve işçinin iş sözleşmesi sonra kurulan asıl alt işveren ilişkisi sırasında veya bitiminde sonlanmış ise, alt işveren tüm süre üzerinden işçilik alacaklarından sorumlu iken, asıl işveren sadece kendi dönemindeki süre ve ücret üzerinden alt işverenle birlikte sorumludur. Asıl işveren ilişkisi sona ermesine rağmen, işçi alt işverenin kendi veya alt işverenin yeni yüklediği farklı bir asıl işverene ait işte çalışıyor ise, fesih olgusuna bağlı haklar hariç, asıl işverenin kendi dönemindeki ücret ve süre üzerinden ücret ve diğer işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumluluğu devam eder. İşçinin iş sözleşmesinin daha sonra sonlandırılması halinde ise asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona erdiği tarihteki süre ve ücret üzerinden, sadece kıdem tazminatı ve gerçekleşen işçilik alacaklarından alt işverenle birlikte sorumlu olacaktır. Fesih olgusu asıl alt işveren ilişkisi sona erdikten sonra gerçekleştiği için, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağından asıl işveren sorumlu tutulamayacaktır (Y9HD., 01.11.2017, E. 2015/15232, K. 2017/17167).

²⁷ RG., 22.01.2002, S. 24648.

Aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri 1475 İşK.14'e göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, 4734 sayılı Kanununun 62/1,e kapsamında farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından,

İşçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenir (m. 62/1-e).

Bu hükmün kıdem tazminatının hangi kamu kurumu tarafından ödeneceğini belirlediği görülmektedir. Bunun sonucu olarak kıdem tazminatının alt işverenden de talep edilmesine engel bir durum yoktur. Başka bir deyişle son kamu kurumunun ödeme yükümlülüğüne ilişkin hüküm alt işverenin sorumluluğunu bertaraf etmez.

Aynı şekilde İş Kanununda da kıdem tazminatlarının kamu kurumunun ödeyeceğine ilişkin hüküm bulunmaktadır (İşK. m. 112/2)²⁸. Maddenin gerekçesinde birçok alt işverenin kıdem tazminatını ödemesi nedeniyle asıl işverene bu yönde davalar açıldığını ve dolayısıyla asıl işveren olan kamu kurumlarının kıdem tazminatlarını faiziyle birlikte ödemek zorunda kaldığından, bu durumun kamu kurum ve kuruluşları için mali külfet doğurduğu ifade edilmiştir²⁹. Kamu kurumlarına getirilen bu yükümlülüğün esas amacı, faiz ve yargılama giderleri gibi mali külfetlerden kurtulmaktır. Aksine alt işverenin m. 2/6 uyarınca müteselsil sorumluluğunu etkilemez³⁰.

²⁸ *Alt işverenlerinin değişip değişmediğine bakılmaksızın aralıksız olarak aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde çalışmış olanların bu şekilde çalışmış oldukları sürelerle ilişkin kıdem tazminatına esas hizmet süreleri, aynı kamu kurum veya kuruluşuna ait işyerlerinde geçen toplam çalışma süreleri esas alınarak tespit olunur ve son alt işverenleri ile yapılmış olan iş sözleşmeleri 1475 sayılı İş Kanununun 14'üncü maddesine göre kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanların kıdem tazminatları ilgili kamu kurum veya kuruluşları tarafından ödenir.*

²⁹ SÜMER/KAYIRGAN, s. 265.

³⁰ *Mahkemenin gerekçesinde, 6552 sayılı Yasadaki düzenlemeye istinad edilerek kıdem tazminatından sadece asıl işveren sıfatıyla davalı Belediyeyi sorumlu tutması yerinde değildir. 6552 sayılı Yasadaki düzenleme kıdem tazminatı bakımından alt işverenin 4857 sayılı İş Kanununun 2/6 maddesindeki yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Açıklanan nedenle, hüküm altına alınan kıdem tazminatından her iki davalının birlikte sorumlu tutulması gerekir (Y9HD., 03.11.2020, E. 2017/17463, K. 2020/14457).*

2. Alt İşverenlik İlişkisinin Muvazaaya Dayandığı Hallerde Sorumluluğun Belirlenmesi

İşverenin kanuna karşı hile yaparak işçilerin haklarını kısıtlamak amacıyla muvazaalı işlemler yapmasını engellemek için alt işverenlik yönetmeliğinde³¹ çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır³². Bunun yanında, İşK. m. 2'ye göre doğrultusunda genel olarak aykırılık oluşturan durumlar ve ayrıca işçi temini sözleşmeleri de muvazaaya teşkil eder³³. Örneğin; asıl işin bir bölümünün teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirmemesi halinde alt işverene verilmesi muvazaaya durumunu oluşturur.

Yargıtay'a göre alt işverene bırakılan işler dışında işçinin çalıştırılması halinde geçerli bir alt işverenlik ilişkisi bulunmaz³⁴. Ancak ihale

³¹ RG., 27.09.2008, S. 27010.

³² Yönetmelik;

"İşyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin asıl işin bir bölümünde uzmanlık gerektirmeyen işlerin alt işverene verilmesini,

Daha önce o işyerinde çalıştırılan kimse ile kurulan alt işveren ilişkisini,

Asıl işveren işçilerinin alt işveren tarafından işe alınarak hakları kısıtlanmak suretiyle çalıştırılmaya devam ettirilmesini,

Kamusal yükümlülüklerden kaçınmak veya işçilerin iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi yahut çalışma mevzuatından kaynaklanan haklarını kısıtlamak ya da ortadan kaldırmak gibi tarafların gerçek iradelerini gizlemeye yönelik işlemleri içeren sözleşmeyi,"

muvazaalı olarak kabul etmiştir (m.3/g).

³³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 35; doktrin ve uygulamadaki muvazaaya ölçütleri için ayrıca bkz.: AYDINLI, s. 312 vd.

³⁴ *Davalı ... ile davacının çalıştığı dava dışı alt işveren şirketler arasında yapılan hizmet alım sözleşmesinin konusunun ... sitesindeki bloklar ve site sahası ile ... Mahallesinde bulunan Yönetim Amirliği ve Tesisler Kontrol Şefliğinin temizlik,site içerisinde taşıma, bahçe hizmetleri işi olduğu anlaşılmaktadır. Davacı tanıkları davacının genel müdürlük A blokta özel kaleme evrak işleri yaptığı beyan etmişlerdir. Davalı kuruma ait 24.12.2013 tarihli görevlendirme yazısında davacının ... 3. kattaki görev yerinin ... Mahallesinde bulunan lojmanlara temizlik görevlisi olarak değiştirildiği belirtilmiştir. Tüm dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler ile tanık beyanları hep birlikte değerlendirildiğinde davacının 04.05.2009-26.12.2013 tarihleri arasında hizmet alım sözleşmesinde belirtilen iş dışında muvazaalı olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca davacının belirtilen tarihler arasındaki çalışmasının muvazaaya dayalı olduğunu kabulü ile değerlendirme yapılması gerekli...(Y9HD., 30.03.2021, E. 2020/8823, K. 2021/7161).*

konusu işe benzer nitelikte bir işte alt işveren işçisinin çalıştırılması mümkündür³⁵. Son olarak her ihale dönemi açısından muvazaa oluşup oluşmadığının ayrı ayrı incelenmesi ve sonuca göre karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre de salt daha önceki ihaleye ilişkin çalışmanın muvazaaya dayandığı yönündeki karar, dava konusu edilen ihale dönemi için emsal teşkil etmez³⁶.

Muvazaanın tespit edilmesi halinde asıl işveren baştan itibaren alt işverenin işçisi ile iş sözleşmesi yapmış gibi sorumlu olur³⁷. Nitekim İşK. uyarınca;

“Bahsi geçen sınırlamalara uyulmadığı ve genel olarak asıl işveren alt işveren ilişkisinin muvazaalı işleme dayandığı kabul edilen diğer hallerde alt işverenin işçileri başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılarak işlem görürler” (İşK.2/7).

Muvazaa tespiti, asıl işveren olan kamu kurumu işçilerine sağlanan hakların alt işveren işçilerine de tanınması sonucunu doğurur. Bunlardan bir tanesi de kamu kurumunun taraf olduğu toplu iş sözleşmesinin alt işveren işçilerine uygulanmasıdır. Ancak Yargıtay’a göre kamu kurumundaki geçerli toplu iş sözleşmesinden faydalanılabilmesi için işçinin sendika üyesi yahut dayanışma aidatı ödemiş olması gerekir³⁸.

³⁵ Davacı işçinin zaman zaman temizlik işlerine benzer işlerde çalıştırılması muvazaalı olduğunun tespiti için yeterli değildir (Y9HD., 11.11.2020, E. 2017/18724, K. 2020/15846).

³⁶ asıl işveren-alt işveren ilişkisinin muvazaaya dayandığını tespit eden kesinleşmiş mahkeme kararları bulunmakla birlikte, Dairemiz uygulamasına göre bir ihale dönemi için kesinleşen muvazaa tespiti, sonraki ihale dönemi için bağlayıcı değildir. Sonraki ihale dönemi için asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçerli kurulup kurulmadığı ya da muvazaaya dayanıp dayanmadığı ayrıca incelenmelidir. Yapılacak araştırmada; verilen işin yardımcı iş niteliğinde olduğu ya da 4628 sayılı Kanun ile 6446 sayılı Kanun’un hukuki çerçevesinde işlem tesis edildiği, yapılan sözleşmelerle alt işverene fiilen verilen işin aynı olduğu, davacı işçinin de bu ihale ile verilen iş kapsamında çalıştırıldığı belirlendiğinde, davalı ile dava dışı şirketler arasındaki ilişkinin asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğu sonucuna varılarak, bu tespite göre ve Toplu İş Sözleşmesi hükümleri dikkate alınmaksızın karar verilmelidir (Y9HD., 10.03.2021, E. 2021/2000, K. 2021/5892).

³⁷ AYDINLI; s. 355 vd; SÜZEK, İş Hukuku, s. 168; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 88.

³⁸ Davacının Toplu İş Sözleşmesinin tarafı olan sendikaya üyeliği veya dayanışma aidatı ödeyerek faydalanma talebi bulunmadığından, toplu iş sözleşmesinden yararlanması olanaklı değildir (Y9HD., 28.04.2021, E. 2021/4713, K. 2021/8654);

Ayrıca sendika üyeliğinin işverene bildirilip bildirilmediği ya da dayanışma aidatı talebinin işverene iletilip iletilmediği de belirlenmelidir³⁹.

Görülmekte olan davalarda alt işverenler organizasyonun asıl işveren olarak görünen kamu kurumu tarafından gerçekleştirildiğini, kendilerinin sadece kaydi işveren sıfatının bulunduğunu belirtmekte ve dolayısıyla da sorumluluklarının bulunmadığını ileri sürmektedir. “*Kimse kendi hilesinden yararlanamaz*” genel kuralı dikkate alınarak muvazaa halinde alt işverenin de işçiye karşı müteselsilen sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁴⁰.

3. Anahtar Teslim İşlerde Sorumluluk

İşin tamamının verildiği anahtar teslim işlerde ya da ihale makamının işin tamamını bir yükleniciye veya birden fazla yükleniciye birlikte veya bölerek verdiği hallerde asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulamayacaktır⁴¹. Bu bağlamda, örneğin telekomünikasyon hizmetleri yerine getiren bir kurumun ek bina inşaatı yaptırması onu asıl işveren haline getirmez⁴². Devlet Su İşlerinin baraj sulama kanalı inşaatı yaptırması da

Aynı yönde karar için bkz.: Y9HD., 04.11.2020, E. 2016/30222, K. 2020/14743.

³⁹ Y22HD., 06.07.2020, E. 2019/6988, K. 2020/8834.

⁴⁰ *Dosyadaki bilgi ve belgeler ile Mahkeme kabulüne göre davalı ...Grup Yapı San Tic. Ltd. Şirketi muvazaalı işlemin tarafı olup, adı geçen davalı şirket kendi muvazaasından yararlanamaz. HGK'nun 03.12.2008 T. 2008/9-704 E, 2008/730 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere davalılar arasında muvazaa bulunması nedeniyle maddi sorumluluk açısından davalıların müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken, davanın davalı ...Grup Yapı ve San. Tic. Ltd. Şti. yönünden husumet yokluğu gerekçesi ile reddi hatalıdır (Y9HD., 14.09.2020, E. 2017/17390, K. 2020/7550).*

⁴¹ NARMANLIOĞLU, s. 123.

⁴² AKYİĞİT, s. 70; *Dosya içeriğine göre, davalı ...Ş.'nin ...Organize Sanayi Bölgesinde termik santral inşaatı yaptırdığı, bu inşaatın bir bölümünün davalılar arasında imzalanan sözleşme gereğince ... İnşaat Taah. ve Tic. Ltd. Şti 'nin üstlendiği, davacının da ... İnşaat Taah. ve Tic. Ltd. Şti.'nin işçisi olarak termik santral inşaatında çalıştığı, davalı ...Ş.'nin asıl işinin ise termik santral ile elektrik enerjisi üretmek olduğu anlaşılmaktadır. Davalı şirketler arasında imzalanan 03/05/2012 tarihli sözleşmede işin konusu ... Enerji Üretim ... Termik Santralı sahasında ekli şartnameye ve projelere uygun olarak; denizden su alma ve verme sistemi dahilindeki pompa / klorlama / elektrik binaları ve terfi/dönüş boru hatları inşaat teknik şartnamesinde tariflenen işler, denizden su alma ve verme sistemi dahilindeki deşarj havuzu inşaatı ve deniz içi borularının döşenmesi teknik şartnamesi, karadaki boruların montaj teknik şartnamesi ile tariflenen işlerin müteahhit tarafından yapılmasıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Dosyadaki tüm bilgi ve belgeler ile davalı şirketler arasında yapılan sözleşme ve ekleri nazara alındığında davalılar arasında belirli bir işin yapılıp teslim edilmesine ilişkin anahtar teslim işi konu alan bir eser sözleşmesi bulunduğu, davalılar arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunmadığı anlaşıl-*

bu anlamda anahtar teslim iş olarak kabul edilmektedir. Yargıtay'a göre; Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün işin niteliğinin ve büyüklüğünün gerektirdiği, güvenlik ve denetim yetkisini aşan bir durum olmadığından anahtar teslim iş hükümleri doğrultusunda hareket edilmelidir⁴³

Anahtar teslim işlerde ise İşK. m. 36 doğrultusunda değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre,

“Genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler veya kamu iktisadi teşebbüsleri yahut özel kanuna veya özel kanunla verilmiş yetkiye dayanılarak kurulan banka ve kuruluşlar; asıl işverenler müteahhide verdikleri her türlü bina, köprü, hat ve yol inşası gibi yapım ve onarım işlerinde çalışan işçilerden müteahhit veya taşeronlarca ücretleri ödenmeyenlerin bulunup bulunmadığının kontrolü, ya da ücreti ödenmeyen işçinin başvurusu üzerine, ücretleri ödenmeyen varsa müteahhitten veya taşerondan istenecek bordrolara göre bu ücretleri bunların hakedişlerinden öderler”

şeklinde kurala yer verilmiştir.

Bu düzenlemeye göre ihale makamı, ücretlerin ödenip ödenmediğini kontrol etmekle yükümlüdür⁴⁴. Bu kontrol sonucu işçilere ödeme yapılmadığı anlaşılırsa ihale makamı sorumlu tutulmuştur⁴⁵. Aynı durum, işçinin ücret alacağıının bulunduğu yönündeki beyanının bulunması halinde de geçerlidir.

maktadır. Bu itibarla davalı ...Ş. yönünden pasif husumet yokluğu sebebiyle davanın reddine karar verilmesi gerekir (Y22HD., 16.07.2020, E. 2017/29980, K. 2020/9612); dosya içeriğindeki bilgi ve belgelere göre, davalı ... ile diğer davalılar arasındaki ilişki gereğince, ...'nin, yeni kampüs alanının yapımı kapsamındaki işleri, diğer davalılara ihale suretiyle yaptırdığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, davalı ... Rektörlüğü'nün sorumluluğunun İş Kanunu'nun 36. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir (Y22HD., 13.07.2020, E. 2017/29800, K. 2020/9441).

⁴³ Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü ile davalı ...-... İş Ortaklığı arasında anahtar teslimi suretiyle ihale edilen dava konusu işlerde, ...-... İş Ortaklığı asıl işveren, dava dışı ... İnş firması, davalıŞti ve dava dışı ... firması ise alt yüklenicilerdir. Yapılan işin organizasyonu, yönetimi, personelin işe alınması ve çıkartılması yetkisi tamamen işi üstlenmiş olan yüklenicilere aittir. Davalı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün işin niteliğinin ve büyüklüğünün gerektirdiği, güvenlik ve denetim yetkisini aşan bir durum söz konusu değildir (Y9HD., 24.05.2021, E. 2021/4559, K. 2021/9469).

⁴⁴ SÜMER/KAYIRGAN, s. 212.

⁴⁵ SÜMER/KAYIRGAN, s. 212.

İhale makamının yapmış olduğu ilanın ardından işçilerin herhangi bir başvuruda bulunmamaları, kamu kurumunun anılan madde kapsamındaki yükümlülüğünü bertaraf etmez⁴⁶. Ancak bu sorumluluğun sınırı da aynı maddede ele alınmıştır. Buna göre; her hakediş dönemi bakımından ihale makamı sorumlu tutulmuştur⁴⁷. Bunun yanında, miktar bakımından da sınırlama yapılmış ve “son üç aylık temel ücret” olarak ifade edilmiştir⁴⁸. İhale makamı olan kamu kurumunun sorumluluğu yasadaki kaynaklandığından iç ilişkide ücret alacaklarından sorumluluğunun bulunmadığına yönelik bir hükme geçerlilik tanınmaz.

Kanunda bordrolara göre ödeme ifadesi bulunmasına karşın ücret konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunması halinde, diğer bir deyişle bordroda tahakkuk ettirilenden daha fazla ücret ile çalışma iddiası mevcut ise emsal ücret üzerinden belirlenecek 3 aylık ücret alacağından ihale makamı sorumludur⁴⁹.

Görüldüğü üzere anahtar teslim işlerde de yüklenici ile ihale makamının müteselsilen sorumluluğu söz konusudur⁵⁰. Bu bakımdan ücret alacaklarının sadece ihale makamına karşı dava edildiği durumlarda, yüklenicinin ücret ödemelerini yapıp yapmadığının da araştırılması gerekir⁵¹. Anahtar teslimi işlerde, kamu makamlarının ücret nev’inden olan

⁴⁶ SÜMER/KAYIRGAN, s. 212-213.

⁴⁷ SÜMER/KAYIRGAN, s. 213.

⁴⁸ ... söz konusu işler anahtar teslimi iş mahiyetindedir. Bu nedenle, davalı ...'nın sorumluluğunun İş Kanunu'nun 36. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu maddeye göre davalı ...'nin sorumluluğu her hak ediş döneminde son üç aylık ücret alacağını aşmamak üzere belirlenmeli ve sonucuna göre davacının ücret alacağı talebi hakkında karar verilmelidir (Y9HD., 17.03.2021, E. 2019/4236, K. 2021/6301).

⁴⁹ Davacının ücret miktarını ispata yönelik tanık anlatımı veya başka bir delil bulunmadığı halde, salt emsal ücret araştırması dikkate alınarak sonuca ulaşılması mümkün değildir. Somut olayda da davacı sendikali olmadığından, sendika tarafından bildirilen ücret değerlendirilerek davacının aylık 2.000,00 TL ile çalıştığının kabulü hatalı olmuştur. Mahkemece emsal ücret araştırmaları ve tanık beyanı doğrultusunda davacının aylık net 1.500,00 TL ile çalıştığı kabulü ile hüküm kurulması gerekir (Y9HD., 24.05.2021, E. 2021/5264, K. 2021/9468).

⁵⁰ SÜMER/KAYIRGAN, s. 214.

⁵¹ Dosya içeriğindeki bilgi ve belgeler ile hükme etkili tanık beyanlarının ve özellikle davalılar ... Genel Müdürlüğü ile... İnş. San. ve Tic. A.Ş. ile ... İnş ve San. A.Ş. arasında düzenlenen sözleşme hükümleri gereğince,... Genel Müdürlüğü'nün Büyük ... İçmesuyu İkinci Merhale

diğer alacaklar yönlerinden -temel ücret dışında- bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁵². Aynı şekilde ücret dışında feshe bağlı alacaklar içerisinde yer alan yıllık izin, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı alacaklarından da herhangi bir sorumluluğu yoktur⁵³.

III. KAMU KURUMUNUN RÜCU HAKKININ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN UYGULAMALAR

Rücu hakkı belirlenirken daha önce de ifade edildiği üzere 696 sayılı KHK⁵⁴ öncesinde yapılan ödemeler ile 2018 yılı itibariyle 696 sayılı KHK kapsamında alt işveren işçilerini kamu işçisi olarak çalıştırmaya devam ettiği için yapılacak ödemelerin ayrıştırılması gerekir. Bu bağlamda, ilk olarak mevcut Yargıtay uygulaması ele alınacak ardından 696 sayılı KHK öncesi dönemde alt işverene rücu hakkının kapsamı ile 696 sayılı KHK ile ortaya çıkan durum inceleme konusu yapılacaktır. Bu bölümde ise genel olarak kabul edilen bilgiler paylaşılacaktır.

Projesi kapsamındaki işleri, davalılar... İnş. San. ve Tic. A.Ş. ile ... İnş ve San. A.Ş. müşterek teşebbüs ortaklığına ihale suretiyle yaptırdığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle davalı ...'nın sorumluluğu İş Kanunu'nun 36. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Böyle olunca davalı ...'nin sorumluluğu 4857 sayılı İş Kanununun 36. maddesi uyarınca her hakediş dönemi için son üç aylık ücreti aşmamak üzere belirlenmeli ve sonucuna göre istekle ilgili karar verilmelidir. (Y9HD., 24.02.2020, E. 2016/15484, K. 2020/2852).

⁵² Somut olayda; davalı ... Bakanlığının ihale makamı olduğu konusunda taraflar arasında itilaf bulunmamaktadır. Bu anlamda davalı ... somut olay bakımından işveren sıfatına sahip değildir. Bu nedenle davalı ...'nin davacının fazla mesai ücreti, hafta tatili çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti taleplerinden ihale makamı olarak sorumlu olmadığı göz ardı edilerek davalının bu alacak kalemleri bakımından sorumluluğuna karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. (Y22HD., 23.10.2019, E. 2019/7658, K. 2019/19770); Hastane binasının depreme karşı güçlendirilmesi işinin kamu makamınca anahtar teslimi yoluyla davalı Şirkete verildiği ve davacının bu işte müteahhit firma işçisi olarak çalıştığı, tarafların ve mahkemenin kabulündedir. 4857 sayılı Yasanın 36. maddesinde kamu ihale makamının sorumluluğu, her hak ediş dönemine ait 3 aylık çıplak ücretle sınırlanmıştır. Mahkemece, asıl iş niteliğinde olmayan yapım ve onarım işini anahtar teslimi yoluyla veren kamu ihale makamı vasfındaki davalı Bakanlığın fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti ve asgari geçim indirimi alacaklarından sorumlu tutulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir. (Y9HD., 02.04.2019, E. 2016/22200, K. 2019/7641).

⁵³ Y9HD., 20.05.2021, E. 2021/5032, K. 2021/9290; İhale makamının ihbar ve kıdem tazminatı ile kullandırılmayan izinler sebebiyle herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir (Y22HD., 27.11.2019, E. 2017/24677, K. 2019/21604).

⁵⁴ RG., 24.12.2017, S. 30280.

İşçinin alacaklarını asıl işverenden tahsil etmesi halinde, alt işverenin işçisine ödenen miktar, alt işverenden talep edilebilir. Uygulamada bu tür davalar rücu davaları olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu davaların nasıl işleyeceğine ve hangi kapsamda değerlendirileceğine ilişkin yasal bir mevzuat bulunmamaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarının hizmet alım sözleşmeleri dolayısıyla ödemek zorunda kaldıkları işçilik alacaklarına ilişkin açılan rücu davalarına genel mahkemeler bakmakla görevlidir. İş hukukundan kaynaklı bir rücu davasını genel mahkemelelere bırakılmak suretiyle iş hukuku sistematığının dışına çıkılmasına da bir bakıma davetiye çıkarılmıştır. Bu nedenle öğretide, rücu davalarının iş mahkemelerine bırakılması suretiyle iş hukuku esaslarına göre bir çözümün yerleşebileceği belirtilmiştir⁵⁵.

Rücuya konu edilen alacaklar, çoğunlukla alt işverenlik ile ilişkili olarak kamu kurumunun asıl işveren sıfatıyla ödemiş olduğu işçilik alacaklarıdır. Bu alacaklar genel olarak kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık ücretli izin alacağı gibi feshe bağlı muaccel hale gelen alacaklar⁵⁶ ile fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ücreti gibi ücret nev'inden alacaklardır⁵⁷.

Anahtar teslim işlerde ihale makamı olan kamu kurumu bu alacaklardan yalnızca her hakediş dönemi için 3 aylık temel ücret ile sınırlı sorumlu olduğundan ödenen bu tutarların rücu edilmesine ilişkin bir problem yaşanmamaktadır. İhale sözleşmesinde ücretlerin ödenmesine yönelik sorumluluğunun yükleniciye ait olması ve halihazırda ihale makamının da İşK. m. 36 uyarınca hakedişlerden kesme hakkı bulunması karşısında ödenen ücretlerin yükleniciden evleviyetle tahsil edileceği aşikardır.

Yargıtay kararlarındaki ayırım esas itibarıyla alt işverenlere rücu edilmesine ilişkin uyuşmazlıklardır. Yargıtay'a göre; alt işverenler aleyhine açılan rücu davalarında ayrı sözleşmelerle hizmet ifa eden yükleniciler mecburi dava arkadaşı olmadığı gibi borçtan müteselsilen sorumlu

⁵⁵ Bu durumun iş yargısına etkisinin de ele alınması ve buna göre önlem alınması gerektiğine ilişkin ayrıca bkz.: ÇİL, Yargıtay Uygulamaları, s. 29.

⁵⁶ Kıdem Tazminatı, İhbar Tazminatı ve Yıllık Ücretli İzin Alacağı

⁵⁷ Fazla Çalışma, Hafta Tatili, Genel Tatil Ücreti ile Ücret Alacakları

olacaklarına ilişkin kanun hükmü veya sözleşme bulunmamaktadır. Bu nedenle her alt işveren kendi dönemiyle münferiden sorumlu olacaktır⁵⁸. Müteselsil sorumlu olduklarından hareket edilemez.

Ayrıca yukarıda bahsi geçen İşK. m. 112 kapsamında ödenen kıdem tazminatlarının rücu edilmesine de bir engel söz konusu değildir. Nitekim Yargıtay, alt işverenin 112. maddeyi gerekçe göstererek kamu kurumunun kıdem tazminatından sorumlu olduğundan bahisle açmış olduğu davada kamu kurumuna rücu edilemeyeceğine karar vermiştir⁵⁹. Kararda işçiye ödenecek kıdem tazminatından alt işveren ve asıl işveren olan kamu kurumunun birlikte sorumlu olduklarından -iş akdinin kıdem tazminatını gerektirir şekilde sona ermesi halinde (emeklilik dahil)- işçinin kıdem tazminatını kamu kurumundan isteyebileceği, ancak bu halde kamu kurumunun yükleniciden sözleşme kapsamında ödediği kıdem tazminatını talep edebileceği vurgulanmıştır. Ayrıca işçilik alacakları karşılığının alt işverenin temel borcu olduğu ifade edilmiştir. Hatta Yargıtay'a göre hakedişlerden kesinti yaparak kamu kurumunun kıdem tazminatı ödemesi yapması da hukuka uygundur⁶⁰.

⁵⁸ Y15HD., 22.02.2021, E. 2021/1311, K. 2021/383; *Yükleniciler aleyhine açılan rücu davalarında ayrı sözleşmelerle hizmet ifa eden yükleniciler mecburi dava arkadaşı olmadığı gibi borçtan müteselsilen sorumlu olacaklarına ilişkin kanun hükmü veya sözleşme bulunmamaktadır. Bu nedenle alacak davalarında her davalı aleyhine ayrı tahsil hükmü kurulmalıdır. Bu durumda mahkemece yukarıda belirlenen ilkeler çerçevesinde bilirkişiden ek rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılığılı gerekçe ile davalının dava dışı işçiyi çalıştırdığı dönem belirlenmeden ödenen bedelin yarısından sorumlu tutulması doğru görülmemiştir..* (Y23HD., 26.01.2021, E. 2019/2339, K. 2021/225).

⁵⁹ Y23HD., 26.01.2021, E. 2019/2366, K. 2021/227.

⁶⁰ *Kıdem tazminatına gelince; yukarıda belirlendiği gibi davacıya ödenen bedelin içinde işçiye ödenecek kıdem tazminatı da vardır. İşçiye ödenecek kıdem tazminatından yüklenici (davacı) ve işveren (davalı) birlikte sorumlu oldukları için işçinin iş akdinin kıdem tazminatını gerektirir şekilde sona ermesi halinde (emeklilik dahil) işçinin kıdem tazminatı davalıdan istenebilecektir. Böyle bir halde işveren (davalı) yükleniciden (davacı) sözleşme kapsamında ödediği kıdem tazminatını talep edebilecektir. Davalı kıdem tazminatını davacı hakedişlerinden kesmesi nedeniyle davalı işçiye karşı kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğüne girmiş, işçiye ödeyeceği kıdem tazminatı için rücu davası açma külfetine katlanmama yolunu seçmiştir. İşçilik alacakları karşılığının, davalı tarafından davacıya hakedişinden kesilmesi işleminin yukarıda belirtilen gerekçeler doğrultusunda hukuka ve sözleşme hükümlerine uygun bulunduğundan davanın reddine karar verilmesi gerekir* (Y23HD., 26.01.2021, E. 2019/2342, K. 2021/226).

İşK. m. 112'ye 21.2.2019 tarihinde eklenen fıkra doğrultusunda⁶¹ kıdem tazminatı yükünü Devlet üstlenmiş iken, Anayasa Mahkemesi tarafından bu hüküm iptal edilmiştir⁶². Söz konusu hüküm, kamu kurumunun kıdem tazminatına alt işverene yüklemekten vazgeçtiği düşüncesiyle hareket edilmesi ve TBK. ile İşK.'nun dikkate alınmaması nedeniyle eleştirilmiştir⁶³. Diğer taraftan bahsi geçen hüküm ile yasama organının görülmekte olan davalara müdahale ettiği belirtilmiş ve bu düzenleme kanunun geçmişe götürülmesi gerekçesiyle sakıncalı bulunmuştur⁶⁴.

Son olarak Yargıtay'a göre işçilik alacağı davasının alt işverene ihbar edilmiş olması halinde alt işverenin ayrıca temerrüde düşürülmüş olmasına gerek yoktur. Alt işveren ihbar yoluyla davadan haberdar edildiğinden rücu davasında ödeme tarihinden itibaren faiz talep edilebilir⁶⁵. Aynı şekilde alt işverenin aynı davada taraf olması halinde de asıl işveren tarafından yapılan ödemeler için faizin ihtara gerek olmadan ödeme tarihinden itibaren işletilmesi gerekir⁶⁶.

⁶¹ 4734 sayılı Kanununun 62'nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca alt işverenler tarafından çalıştırılan işçilere, 11/9/2014 tarihinden sonra imzalanan ihale sözleşmeleri kapsamında, kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde 11/9/2014 tarihinden sonra geçen süreye ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan kıdem tazminatı ödemeleri için sözleşmesinde kıdem tazminatı ödemesinden ötürü alt işverene rücu edileceğine dair açık bir hükme yer verilmemişse alt işverenlere rücu edilmez.

⁶² AYM., 19.09.2019, E. 2019/42, K. 2019/73; Kararın eleştirisi ve yorumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: AYDIN, Ufuk, "Kamu Asıl İşverenlerinin Ödedikleri Kıdem Tazminatları Sebebiyle Alt İşverenlere Rücu Sorunu", Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 6, Yıl: 2019, s. 8-23; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 131.

⁶³ AYDIN, s. 22.

⁶⁴ AYDIN, s. 22-23.

⁶⁵ Dava dışı işçinin işçilik alacaklarının tahsili istemiyle iş mahkemesinde açmış olduğu davanın davalı şirkete ihbar edilmiş olması nazara alınarak davalı şirketin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmediği, bu sebeple hükmedilen tazminata ödeme tarihinden itibaren faiz işletilmesi gerekir (Y15HD., 26.04.2021, E. 2021/892, K. 2021/1923).

⁶⁶ Y15HD., 23.03.2021, E. 2021/619, K. 2021/1080.

A. 696 sayılı KHK Öncesi Döneme İlişkin Yargıtay Uygulamaları

1. Hukuken Geçerli Bir Alt İşverenlik İlişkisinin Bulunması Halinde

Rücu davalarının konusu, temel olarak -alt işverenlik ilişkisi nedeniyle kamu kurumunun asıl işveren sıfatıyla İşK. m.2/6 uyarınca müteselsilen sorumlu tutulmasından dolayı- asıl işverenin ödemek zorunda kaldığı işçilik alacaklarını alt işverenden talep etmesidir. Kamu kurumunun sorumluluğu İşK. m.2/6'dan kaynaklandığından rücu hakkının kapsamı ve içeriği de İş Hukuku kurallarına göre belirlenmelidir. Buna karşın, yargı uygulamasında, görülmekte olan rücu davalarında uyumsuzlukların, iş hukuku hükümlerine göre değil, sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir⁶⁷. Yargıtay'a göre bu tazminatlardan sorumluluk işçilere yöneliktir ve İşK. m. 2/6'dan kaynaklanmaktadır. Sözü geçen maddede, alt işveren ile asıl işverenin birbirlerine karşı sorumluluklarını düzenleyen bir hüküm de yoktur. Dolayısıyla bu düzenlemenin taraflara uygulanması da mümkün olmaz⁶⁸. Kamu kurumu ile alt işveren arasında bağtlanan sözleşmede kimin sorumlu olacağına ilişkin bir hüküm yok ise de alt işveren, tacir olması hasebiyle tazminatlardan da sorumlu olduğunu bilebilecek konumdadır. Bu nedenle, sözleşmede tazminatlardan kimin sorumlu olduğuna ilişkin bir hüküm mevcut değil ise kurum ile birlikte tazminat miktarının yarı yarıya sorumlu olduğunun kabulü gerekir⁶⁹. Yargıtay'ın rücu davalarına yönelik

⁶⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 166; Çil, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (İlke Kararları), 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 143 vd.

⁶⁸ *Davalıların kıdem tazminatı alacağı ile ilgili olarak davacıya karşı olan sorumluluğu sözleşmede farklı bir düzenleme yok ise kural olarak kendi dönemi ile sınırlı bulunduğu ve ihbar tazminatından son işverenin sorumlu olduğu davalıların kıdem ve ihbar tazminatına ilişkin sorumluluğunun buna göre belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir* (Y23HD., 11.03.2019, E. 2016/5441, K. 2019/949).

⁶⁹ *Taraflar arasında uyumsuzluk konusu olan çalışanların kıdem tazminatına ilişkin sorumluluğun kime ait olacağına yönelik açık bir düzenleme bulunmadığı, tarafların ödenecek tazminattan yarı yarıya sorumlu olacakları, davacı kurum tarafından icra dairesine ödenen 19.052,98-TL'nin yarısı olan 9.526,49-TL'nin davalı tarafça ödenmesi gerektiği ve davalı şirket takipten önce temerrüde düşürülmediğinden işlemiş faiz talebinin yersiz olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.... davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, (Y23HD., 27.01.2021, E. 2019/181, K. 2021/256).*

olarak ilk kararlarından⁷⁰ anlaşıldığı üzere son alt işveren fesih işlemi ile ihbar tazminatına sebebiyet verdiği için dolayı ihbar tazminatının tamamından sorumlu tutulmuştur⁷¹. Diğer alacaklardan ise çalıştırdığı süre ile orantılı olarak ve sözleşmede hüküm bulunmaması halinde yarı yarıya sorumlu olacağı yönündeki uygulamanın bulunduğunu söylemek mümkündür. Daha önce de ifade edildiği üzere alt işveren işçileri ile asıl işveren arasında bir ilişki bulunmamaktadır. Dolayısıyla asıl işverenin tazminatların yarısından sorumlu tutulması mümkün değildir. Öğretide de ifade edildiği üzere asıl işveren müteselsil borçlu değildir. İş Kanunu'nda müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır⁷².

Yargıtay 2020 yılından itibaren vermiş olduğu kararlarında ise genel olarak kamu kurumu ile alt işverenin tazminatlardan ve diğer işçilik alacaklarından sözleşmede hüküm bulunmaması nedeniyle yarı yarıya sorumlu bulunduğu yönündeki görüşünü terk etmiştir⁷³. Yeni kararlarında, hizmet alım sözleşmelerinin ihale şartları ile belirlenen işin sözleşmede kararlaştırılan bedel ile yapılmasının üstlenildiği sözleşmeler olduğu ve bu sözleşme türünde alt işverenin sözleşme konusu hizmetin kendi işçisi ile yerine getirmesi, bunun karşısında işverenin de sözleşme bedelini ödemesi gerektiği vurgulanmıştır. Sözleşme kapsamında ya-

⁷⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'ne göre de doğan zararlardan tarafların yarı yarıya ve kamu kurumunun kıdem tazminatı ile yıllık izin ücreti alacağına konu ödediği işçilik haklarından doğan bedelden, alt işverenlerin dava dışı işçiyi çalıştırdığı dönemi kapsayan kısmından sınırlı sorumlu olacağı, bu nedenle dava dışı işçinin alt işveren nezdinde çalıştığı süre bir yıldan az olsa bile işçiyi çalıştırdığı süre ile orantılı olarak kıdem tazminatının ve yıllık izin ücretinin tüm alt işverenlerden tahsiline karar verilmesi gerektiği, son alt işveren olarak işçinin iş akdini haklı bir neden olmadan sona erdirerek ihbar tazminatı alacağının doğmasına sebebiyet verdiği için ihbar tazminatı alacağının tamamından sorumlu olduğu gözetilerek yapılacak inceleme sonucuna uygun bir karar verilmesi gerektiği kabul edilmektedir (Y13HD., 22.02.2018, E. 2016/4628, K. 2018/2378).

⁷¹ Aynı yönde kararlar için bkz: ÇİL, Yargıtay Uygulamaları, s. 28.

⁷² EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 159.

⁷³ mahkemece yukarıda belirlenen ilkeler çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken yanlıgılı gerekçe ile davalıların ödenen bedelin yarısından sorumlu tutulması doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir (Y15HD., 10.06.2021, E. 2021/921, K. 2021/2652); aynı yönde kararlar için bkz.: Y15HD., 26.04.2021, E. 2021/891, K. 2021/1924; Y15HD., 18.02.2021, E. 2021/1308, K. 2021/351).

pılması gereken iş alt işveren işçisi tarafından ifa edilmelidir. Bu nedenle, hizmet alımı sözleşmelerinde kamu kurumunun, alt işveren tarafından çalıştırılan işçinin ücretinin ödenmesi, sosyal haklarının takibi gibi denetim dışında işçiye karşı bir sorumluluğu yoktur⁷⁴.

İşçilik alacakları işveren tarafından ödenen işçinin; alt işveren işçisi olması, sözleşme ücretine işçinin ücret ve sosyal haklarının dahil olması, kamu kurumunun işçilik alacaklarından sorumlu olacağına dair sözleşmede bir hüküm bulunmaması hususları nazara alındığında kamu kurumunun işçiyi çalıştıran alt işverenlerden ödediği bedeli ve ferilerinin tamamını talep etme hakkı bulunduğu kabulü yönünde kararlar verilmektedir⁷⁵.

Yargıtay'a göre, işçinin alt işveren işçisi olması nedeniyle işçilik alacaklarından hizmet sözleşmesi kapsamında nihai olarak alt işveren sorumlu olmalıdır⁷⁶. Sözleşme hükümlerine göre ücret içinde yer alan kıdem ve ihbar tazminatı ile sair işçi alacaklarının alt işverenin ödemesi gerektiği ve işçiye ödenmediği takdirde sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle alt işverenin bu miktar kadar sebepsiz zenginleşeceği Yargıtay tarafından vurgulanmaktadır⁷⁷. Bu düşünceden hareketle de sözleşmede

⁷⁴ ... İşveren ile yüklenicinin İş Kanunu'na göre işçiye karşı müteselsilen sorumlu olmasına rağmen rücu ilişkisinde taraflar arasında imzalanan sözleşmenin uygulanması sözleşme hukukunun en temel ilkelerindedir. Sözleşme uyarınca çalıştırdığı işçinin sosyal haklarından bizzat davacı sorumlu olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi gerekir (Y21HD., 02.11.2020, E. 2019/2116, K. 2020/3368).

⁷⁵ Y15HD., 23.03.2021, E. 2021/616, K. 2021/1083.

⁷⁶ Y23HD., 25.06.2020, E. 2020/600, K. 2020/2296.

⁷⁷ Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; 6552 Sayılı Yasanın 8. maddesi ile kıdem tazminatının ihaleye çıkan kamu kurum ve kuruluşlarına bırakıldığı, taraflar arasındaki sözleşme bedeli içerisinde yer almayan kıdem tazminatı bedelinin yüklenici tarafından ödenmesinin hakkaniyete uymayacağı, idare tarafından önce yükleniciye, yüklenici tarafından da işçilere ödenecek olan kıdem tazminatlarının idarelerin yüklenicilere bu hakka ilişkin herhangi bir ödeme yapmamasından dolayı işçiler tarafından doğrudan idareden talep edilebileceği, kıdem tazminatında esas sorumluluğun bu giderle ilgili ödeme yapmayan idarelerde olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir....Mahkemece, 6552 Sayılı Yasanın 8. maddesi gerekçe gösterilerek karar verilmiş ise de; ilgili madde işçilerin kıdem tazminatını güvence altına almak için düzenlenmiştir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmeyi bertaraf etmez. Dava dışı işçinin son yüklenici davalı şirkette 01.03.2011-08.02.2012 döneminde çalıştığı anlaşılmaktadır. Davalı son yüklenicinin, işçinin, ihbar tazminatı ve yıllık izin alacağının tamamından, kıdem tazminatı yönünden ise

hüküm bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kamu kurumu olan asıl işverenin alt işverenden sözleşme kapsamında ödediği kıdem tazminatını talep edebileceği kabul edilmektedir⁷⁸.

Kamu kurumlarında hizmet alım ihaleleri aynı alt işveren tarafından alındığı gibi, değişik alt işverenler tarafından da alınabilir. Bu halde işyeri devri suretiyle işçiler yeni alt işverene devredildiği için iş sözleşmeleri kesintiye uğramadan devam etmekte ve işçilik alacakları da bu doğrultuda hesaplanmaktadır⁷⁹. Buna göre de, özellikle son alt işveren devralan sıfatıyla tüm süreden sorumlu tutulmalıdır⁸⁰. Önceki alt işverenler ise devir tarihindeki ücret ve süre ile sınırlı olarak ödenen tazminattan sorumlu olmalıdır⁸¹. Anlatılanlardan hareketle de alt işverenlerin 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 uyarınca devir tarihindeki süre ve ücret ile sınırlı olarak sorumluluğunun belirlenmesi gerekir⁸². Ancak Yargıtay'a göre, alt işverenler, iş sözleşmesinin feshedildiği tarihteki giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanan ve işçiye ödenen kıdem tazminatının tamamından işçiyi çalıştırdıkları dönemle orantılı olarak sorumludur⁸³. Dola-

işçiyi çalıştırdığı kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olacağı gözetilerek bilirkişiden rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yanılığın gerekçe ile bu hususlar gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir (Y23HD., 25.01.2021, E. 2019/2343, K. 2021/198).

⁷⁸ Y23HD., 18.01.2021, E. 2018/2412, K. 2021/57; Y23HD., 26.01.2021, E. 2019/2366, K. 2021/227.

⁷⁹ SÜMER/KAYIRGAN, s. 201 vd.

⁸⁰ SÜMER/KAYIRGAN, s. 201.

⁸¹ ÇİL, İlke Kararları, s. 151.

⁸² Yargıtay 23. Hukuk dairesi devir tarihindeki ücreti nazara alarak alt işverenlerin sorumluluğunu belirleyen ilk derece mahkeme kararını kamu kurumunun işçiyi çalıştıran yüklenicilerden ödediği miktarın tamamını isteyebileceği gerekçesiyle bozmuştur (*..Mahkemecekıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanacağı ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücretle sınırlı sorumluluk belirlendiği, davacının asıl işveren olarak kanuni sorumluluğundan dolayı ödemek zorunda kaldığı 5.774,99 TL'nin dava dışı işçinin çalıştığı alt işverendeki sürelerle göre davalı şirketlerin kısmi olarak sorumlu oldukları gerekçesi ile davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.....Somut olayda; davacı işverenin işçiyi çalıştıran yüklenicilerden ödediği miktarın tamamını isteyebileceğinin kabulü gerekir (Y23HD., 10.02.2020, E. 2019/633, K. 2020/819).*

⁸³ Y15HD., 14.06.2021, E. 2021/1014, K. 2021/2666; kıdem tazminatı yönünden davalının işçiyi çalıştırdığı kendi dönemiyle tam sorumlu tutulması gerekir..(Y23HD., 21.12.2020, E.

yıysıyla son alt işveren dahi tüm süreden değil, sadece kendi çalıştırdığı dönem ile kıdem tazminatını ödemekle yükümlüdür. Bu karar doğrultusunda ödenen son kıdem tazminatına esas süre belirlenmeli, son alt işveren olsa dahi çalıştırdığı süreye oranlanarak sorumluluğu tespit edilmelidir⁸⁴. Dolayısıyla son alt işveren tüm süreden sorumlu tutulamaz⁸⁵. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin istikrar kazanmış görüşüne göre, alt işverenler nezdinde kesintisiz çalışan bir işçi işyeri devri esasları doğrultusunda⁸⁶ son alt işverenden tüm işçilik alacaklarını talep edebilir⁸⁷. Rücu davalarında iş hukuku sistematığının dışına çıkıldığı da bu şekilde açıkça görülmektedir. Kararlarda, işyeri devri esaslarının sadece işçi için koruyucu bir hüküm olduğu nazarıyla hareket edildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın, sorumluluk kıstaslarını oluştururken işyeri devri kurallarını ve dolayısıyla İş Hukuku ilkelerini dikkate almadığı söylenebilir.

Yıllık izinler kullanılmadığı takdirde iş sözleşmesinin feshi ile ücrete dönüştüğünden bahisle sözleşmeyi feshedenin son alt işveren oldu-

2019/2279, K. 2020/4436; aynı yöndeki karar için bkz.: Y23HD., 03.12.2020, E. 2018/1065, K. 2020/4014).

⁸⁴ *Mahkemece, 6552 Sayılı Yasanın 8. maddesi gerekçe gösterilerek karar verilmiş ise de; ilgili madde işçilerin kıdem tazminatını güvence altına almak için düzenlenmiştir. Taraflar arasında imzalanan sözleşmeyi bertaraf etmez. Dava dışı işçinin son yüklenici davalı şirkette 01.03.2011-08.02.2012 döneminde çalıştığı anlaşılmaktadır. Davalı son yüklenicinin, işçinin, ihbar tazminatı ve yıllık izin alacağından tamamından, kıdem tazminatı yönünden ise işçiyi çalıştırdığı kendi dönemi ile sınırlı olarak sorumlu olacağı gözetilerek bilirkişiden rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir (Y23HD., 25.01.2021, E. 2019/2343, K. 2021/198); Somut olayda mahkemece davacı asıl işveren tarafından kıdem tazminatı yönünden ödenen bedelin tamamının davalıdan rücu tahsiline karar verilmiş ise de işçinin dava dışı yüklenici şirketlerde de çalıştığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece dava dışı işçinin davalı şirket nezdinde çalıştığı dönem ve süreye göre sorumlu olduğu kıdem tazminatının belirlenmesine ilişkin bilirkişiye hesaplama yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir (Y15HD., 23.06.2021, E. 2021/932, K. 2021/2929).*

⁸⁵ *Mahkemece, ihbar tazminatından son işveren olan davalının sorumlu tutulması doğru olmuş ise de diğer işçi alacakları için yukarıda belirlenen ilkeler çerçevesinde bilirkişiden ek rapor alınıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yanılığılı gerekçe ile ödenen bedelin tamamından son işverenin sorumlu tutulması doğru görülmemiştir (Y15HD., 15.06.2021, E. 2021/946, K. 2021/3065).*

⁸⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s. 203-204; AKYİÇİT, s. 76; EKMEKÇİ/YİÇİT, s. 227.

⁸⁷ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 131-132; Y9HD., 15.09.2020, E. 2016/23040, K. 2020/7727; Y9HD., 12.06.2019, E. 2016/3600, K. 2019/13251.

ğu ve yıllık izinlerin de bu fesih ile ücrete dönüştüğü dikkate alınarak yıllık izin ücretinden son alt işverenin sorumlu olduğu kabul edilmektedir⁸⁸. Aynı düşünceyle ihbar tazminatını da son alt işverenin ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır⁸⁹. Dolayısıyla sadece son alt işveren döneminde muaccel olmuş yıllık izin ve ihbar tazminatının tamamından sorumlu tutulmakta, diğer alacaklar için ise ödenen tutar dikkate alınarak çalıştırdığı süre ile orantılı olarak sorumluluğu belirlenmektedir⁹⁰. Nitekim son ödenen kıdem tazminatının oranlanarak önceki alt işverenin nezdinde geçen 3 aylık çalışma için 4.567,74 TL'nin 1.141,94 TL'sini sorumlu tutan ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır⁹¹. Hafta tatil ücreti, ücret alacağı, fazla mesai ücreti gibi işçiye yapılan ödemelerden ise alt işverenlerin kamu kurumuna karşı işçiyi çalıştırdıkları dönemle sınırlı olarak sorumlu olacakları kabul edilmektedir⁹².

⁸⁸ *kıdem tazminatı dışındaki yıllık izin ücretinin tüm yükleniciler arasında paylaştırılması ve davalının sorumluluğunun bu şekilde belirlenerek karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir* (Y23HD., 25.11.2020, E. 2018/604, K. 2020/3792); *yıllık izin alacağından son yüklenicinin sorumlu olduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekir* (Y15HD., 14.06.2021, E. 2021/929, K. 2021/2663).

⁸⁹ Y15HD., 22.02.2021, E. 2021/1310, K. 2021/382.

⁹⁰ *Bu durumda mahkemece yukarıda belirlenen ilkeler çerçevesinde, kıdem tazminatı, fazla mesai alacakları yönünden davalı yüklenicilerin işçileri çalıştırdığı dönemle sınırlı sorumlu olduğu, yıllık izin alacağı ve ihbar tazminatından son yüklenicinin sorumlu olduğu gözetilerek bu hususta alınacak bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması gerekir* (Y15HD., 28.06.2021, E. 2021/943, K. 2021/2993); aynı yöndeki karar için bkz.: Y15HD., 29.06.2021, E. 2021/945, K. 2021/3067.

⁹¹ *Mahkemece iddia, savunmalar, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; taraflar arasında asıl işveren - alt işveren ilişkisi olduğu, davacının alt işveren çalışanına İş Kanunu kapsamında yaptığı ödemedan dolayı davalılardan rücu alacağı bulunduğu gerekçesiyle, 4.567,74 TL'nin 1.141,94 TL'sinin davalı ... Hizmetleri Ltd. Şti'nden, 3.425,80 TL'sinin ... Özel Güvenlik ve Koruma Hizmetleri Ltd. Şti'nden ödeme tarihinden itibaren reeskont faizi ile birlikte tahsiline karar verilmiştir Özel Güvenlik ve Kor. Hiz. Tic. Ltd. Şti. vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı onama harcının temyiz edenden alınmasına, karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere 21.12.2020 tarihinde oy birliğiyle karar verildi* (Y23HD., 21.12.2020, E. 2019/2276, K. 2020/4434).

⁹² Y23HD., 26.01.2021, E. 2019/2339, K. 2021/225; *Somut olayda mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda ise işçiye ödenen ihbar tazminatından davalıların ve dava dışı taşeronların dönemine isabet eden tutarlarda sorumlu tutularak hesaplama yapıldığı, işçiye ödenen yıllık izin ücretinden son yüklenici olmayan dava dışı yüklenicilerin sorumlu tutulduğu, kıdem tazminatının ise her yüklenicinin kendi dönemindeki hizmet ve son giydirilmiş*

Görüldüğü üzere, Yargıtay yeni kararlarında da kamu kurumunu işveren olarak nitelendirmeye devam etmektedir. Halbuki kamu kurumunun asıl işveren olarak nitelendirilmesindeki amaç, sadece alt işverenlik ilişkisinde işi alt işverene tevdi etmesinden kaynaklanır. İşverenlik sıfatı kanun tarafından yapılan nitelendirmeden ibarettir. Dolayısıyla İş Hukuku anlamında bir işveren olduğundan bahsedilmesi mümkün olmaz. Asıl işveren olarak ifade edilen kamu kurumunun alt işveren işçileri ile aralarında bir iş ilişkisi de yoktur. Ancak Yargıtay'ın alt işveren ile asıl işveren arasında -birlikte işverenlik- ilişkisi bulunduğu zannıyla hareket ettiği görülmektedir.

İşe iade davasının mali sonuçlarından⁹³ asıl işveren kamu kurumu ile alt işveren müteselsil sorumludur⁹⁴. Yargıtay'a göre işçinin iş sözleşmesini alt işveren ile imzalamasına karşın işyerinin kamu kurumuna ait olması nedeniyle işçinin işe iadesini kamu kurumu ile alt işveren birlikte gerçekleştirmek zorundadır. Kamu kurumunun kabulü olmadan alt işverenin işçiyi iade etmesi mümkün değildir. Ayrıca iş mahkemesi kararlarında da kamu kurumu ile alt işveren müteselsilen sorumlu tutulmaktadır. Taraflar arasında imzalanan hizmet alım sözleşmesinde bu hususu düzenleyen bir hüküm de yoktur. Bu durumda işçinin işe iade edilmemesi nedeniyle işçiye ödenen bedelden tarafların yarı yarıya sorumlu tutulmaları gerekir⁹⁵. Yargıtay'ın işe iade davaları yönünden yarı yarıya uygulanması şeklindeki eski görüşünü sürdürmeye devam ettiği görülmektedir.

ücretle hesaplandığı ve hizmet süresi bir senenin altında kalan yüklenicilere yönelik kıdem tazminatı hesabı yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemeye yukarıda belirlenen ilkeler çerçevesinde son yüklenicinin ihbar tazminatının ve yıllık izin ücretinin tamamından, kıdem tazminatı da dahil olmak üzere diğer işçilik alacaklarından ise, tüm yüklenicilerin kendi dönemine isabet eden miktarlar üzerinden sorumlu olduğu kabul edilerek, bu hususta yeniden rapor alınıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir (Y15HD., 04.03.2021, E. 2021/485, K. 2021/660); İşçinin tüm çalışması davalı yüklenici şirkette olduğundan mahkemeye yukarıda belirlenen ilkeler çerçevesinde ödenen bedelin tamamının davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekir (Y23HD., 25.01.2021, E. 2019/2341, K. 2021/197).

⁹³ Boşta Geçen Süre Ücreti ile İşe Başlatmama Tazminatı

⁹⁴ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 1335-136; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 155; AKYİĞİT, s. 76; Y9HD., 18.09.2019, E. 2019/2102, K. 2019/16196.

⁹⁵ Y15HD., 03.03.2021, E. 2021/486, K. 2021/598.

2. Alt İşverenlik İlişkisinin Hukuka Aykırı –Muvazaalı- Olarak Kabul Edilmesi Halinde

Yukarıda da bahsedildiği üzere alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayandığı yönünde hüküm kurulması halinde alt işveren nezdinde çalışan işçiler, başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılır⁹⁶. Muvazaa tespiti üzerine işçiler, kamu işçilerine uygulanan emsal ücretin belirlenmesini talep etmekte ve bu doğrultuda fark ücret alacağı ve tazminat taleplerini içeren davalar açmaktadır. Kamu kurumu bu tür davalarda mahkûm edilmekte ve alacakları ödemek zorunda kalmaktadır. Öğretide bu tür davalarda kamu kurumunun ödemek zorunda kaldığı tutarlara ilişkin olarak -muvazaalı işlemde her ikisi de fayda sağladıkları gerekçe gösterilerek- yarı yarıya sorumluluğun uygulanması gerektiği vurgulanmıştır⁹⁷. Ancak Yargıtay tarafından muvazaa nedeniyle işe iade kararı verilmesi halinde kamu kurumunun alacaklardan sorumlu tutulması gerektiği ve bu nedenle alt işverene rücu edemeyeceği kabul edilmektedir⁹⁸. Yine işçilik alacakları dolayısıyla açılan davalarda da kamu kurumunun muvazaa nedeniyle tek başına sorumlu olduğunu kabul etmiş ve sözleşme hükümlerini dikkate almamıştır⁹⁹. Sözleşmenin muvazaaya dayandığının kabulü ile görünürdeki işlem yok hükmündedir ve taraflar arasında hüküm doğurmaz¹⁰⁰. Alt işverenlik sözleşmesi de yok hükmünde olduğundan en azından hizmet alım sözleşmesi uyarınca ödenen tutarların kamu kurumu tarafından geri istenebileceği düşü-

⁹⁶ EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 161; GÜVEN/AYDIN, s. 84.

⁹⁷ ÇİL, İlke Kararları, s. 144.

⁹⁸ Somut olayda ise Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiş İş Mahkemesi kararında davalılar arasında muvazaa bulunması nedeniyle davacı işçinin asıl işveren davalı Üniversiteye iadesine, mali sorumluluk açısından ise davalı Üniversitenin sorumlu tutulmasına karar verilmiştir. Bu durumda işe iade ve mali sorumluluk tek başına davacı ...'ne ait olup davalı yükleniciye rücu hakkı bulunmamaktadır. Mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekir (Y15HD., 10.03.2021, E. 2021/612, K. 2021/736); aynı yöndeki karar için bkz.: Y23HD., 15.06.2020, E. 2019/1089, K. 2020/2055).

⁹⁹ Y23HD., 14.12.2020, E. 2018/2646, K. 2020/4278.

¹⁰⁰ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınları, s. 356; ESENER, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1956, s. 52.

nülebilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 81 kuralı¹⁰¹ ise buna engel oluşturur¹⁰². Bu nedenle muvazaa teşkil eden hukuka aykırı durumun gerçekleşmesi amacıyla ödenen tutarlar dahi geri istenememlidir. Kanımızca Yargıtay'ın muvazaa nedeniyle kamu kurumunun rücu edemeyeceğine ilişkin görüşü bu yönden isabetlidir.

B. 696 sayılı KHK ile Kamu Kurumlarının Sorumluluğunun Belirlenmesi ve Önceki Alt İşverenlere Rücu Hakkının Kapsamı

696 sayılı KHK ile hizmet alım sözleşmeleri uyarınca çalıştırılan işçilere sürekli işçi statüsü tanınmıştır¹⁰³. Diğer bir deyişle, kamu kurumu alt işveren nezdinde çalışan işçileri kendi bünyesine almıştır. Bu suretle bahsi geçen işçiler kamu işçisi sıfatına hak kazanmışlardır. Burada alt işveren işçileri bütünüyle kamu kurumunda çalışmaya devam ettiklerinden işyeri devri kurallarının uygulanması gerekir.

Bir işyerinin satış, kiralama gibi nedenlerle el değiştirmesi suretiyle iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin değişmesi mümkündür¹⁰⁴. Bu durumda İşK. m. 6 uyarınca hukuki işleme dayalı olarak yapılan devirlerin işyeri devri teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gereklidir. İşyeri devrinden bahsedebilmek için devre ilişkin hukuki işlemin yanında ayrıca işyeri, işçileri ile devredilmelidir¹⁰⁵. Maddî ve maddî olmayan unsurların devri söz konusu olmaksızın da işgücünün önem taşıdığı sektörlerde ekonomik birliğin önemli unsuru olan işçilerin devri de işyeri devri olarak kabul edilmelidir¹⁰⁶. Bu anlamda işyerinin devrine ilişkin hukuki işlemler, satış gibi işyerinin kesin devrini içerebileceği gibi kira gibi belirli süreli devirleri konu edinebilir¹⁰⁷. Ayrıca işyeri devrinden bahsedebilmek için işyerinin bütünüyle devredilmesi de şart değildir,

¹⁰¹ *Hukuka veya ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şey geri istenemez.*

¹⁰² ESENER, s. 52.

¹⁰³ SENYEN KAPLAN, s. 61; UŞAN/ERDOĞAN, s. 62.

¹⁰⁴ SÜZEK, İş Hukuku, s. 194; NARMANLIOĞLU, s. 148-149; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 105; SÜMER, Uygulamalar, s. 85.

¹⁰⁵ Y9HD., 27.05.2019, E. 2017/10797, K. 2019/12098; SÜZEK, s. 194; ; NARMANLIOĞLU, s. 149; SÜMER, Uygulamalar, s. 87.

¹⁰⁶ SÜZEK, İş Hukuku, s. 196-197; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 215.

¹⁰⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 62; ; NARMANLIOĞLU, s. 151.

işyerinin bir bölümünün devri halinde dahi işyeri devri söz konusu olabilir¹⁰⁸. Yargıtay'a göre; 4857 sayılı Kanunun 6. maddesinde yazılı olan hukukî işleme dayalı ifadesi geniş şekilde değerlendirilmeli, yazılı, sözlü ve hatta zımnî bir anlaşma da yeterli görülmelidir¹⁰⁹.

İşyeri devrinden bahsedebilmek için işyerinin ekonomik kimliğinin korunması ve bunun saptanması gereklidir¹¹⁰. Devirden sonra işyerindeki ekonomik birliğin kimliğini koruyup korumadığının saptanabilmesi için, yürütülen faaliyetin devirden sonra yeni işveren tarafından aynı veya özdeş biçimde sürdürülmesi ölçütü yanında, işyerinin taşınmaz ve taşınır malları ile maddî olmayan varlıkların, işyerinde çalışan işçilerin sayısı ve uzmanlık bakımından çoğunluğunun, bunun yanı sıra müşteri çevresinin devredilip devredilmediği, devir öncesi ve sonrasındaki faaliyetler arasında benzerlik olup olmadığı, devir sebebiyle işyerinde faaliyet askıya alınmışsa askı süresi gibi koşullar da göz önünde tutulmalıdır¹¹¹.

İş Hukuku açısından önemli olan işyerinin devri halinde işçilerin iş sözleşmelerinin akıbetinin ne olacağı ve eski-yeni işverenlerin sorumluluğunun kapsamının nasıl tezahür edeceği¹¹².

İş Kanunu m. 6 uyarınca işyerini devralan işveren doğrudan iş sözleşmelerinin tarafı haline gelir^{113,114}. Bunun için ayrıca ve açıkça yeni bir sözleşmeye ya da işçilerin onayına ihtiyaç duyulmaz¹¹⁵.

¹⁰⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 149; SÜZEK, İş Hukuku, s. 195.

¹⁰⁹ Y9HD., 08.07.2008, E. 2008/25370, K. 2008/19682; SÜMER, Uygulamalar, s. 87; SÜMER/KAYIRGAN, s. 175.

¹¹⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 196-197; SENYEN KAPLAN, s. 67.

¹¹¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 196-197; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 218.

¹¹² EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 52; SÜMER/KAYIRGAN, s. 173.

¹¹³ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 67; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 52; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 221; UŞAN/ERDOĞAN, s. 70; GÜVEN/AYDIN, s. 88.

¹¹⁴ "İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer" (İşK.6/1); Ticaret Sicili kayıtlarına göre davalı... Şirketi'nin %100 hissesi davalı ... Şirketine ait iken bilahare, davalı ...Şirketi tüm aktif ve pasifleri ile birlikte davalı ...Şirketi'ni küll halinde devralmış, bu suretle birleşme ve davalı ... Şirketi'nin tasfiyesiz infisalı İlk Derece Mahkemesinde yargılama sürerken gerçekleşmiş, davalıŞirketi'nin Ticaret Sicili kaydı kapatılmıştır. Davacının iş akti de bu nedenle fes-

İşyeri devri fesih niteliğinde olmadığından, devir sebebiyle feshe bağlı hakların istenmesi mümkün olmaz¹¹⁶. Gerçekten iş sözleşmesi yeni işverenle devam ettiği için işyeri devri nedeniyle işveren fesih hakkına sahip değildir. Aynı şekilde işyeri devri kural olarak işçiye de haklı fesih imkânı vermez¹¹⁷. Dolayısıyla, işçiler devreden işverenden devir sırasında feshe bağlı alacakları talep edemezler¹¹⁸. Bu nedenle, özelleştirmeden sonra da çalışmaya devam etmesi nedeniyle özelleştirmeye bağlı olarak feshe bağlı alacakların da talep edilmesi mümkün olmaz¹¹⁹.

İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 Sayılı Kanunun 6. maddesi uyarınca devreden işverenle devralan işveren müştereken müteselsilen sorumludur ve devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır¹²⁰.

Devreden ve devralan işverenlerin devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte sorumlulukları,

hedilmiştir. Bu nedenle davalı ...Şirketi'nin davacının tüm işçilik alacaklarından sorumlu olduğunun gözetilmemesi, davalı ...Şirketi hakkında husumet yokluğu nedeni ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır (Y9HD., 14.09.2020, E. 2020/1891, K. 2020/7619).

¹¹⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 62; ; NARMANLIOĞLU, s. 152-153.

¹¹⁶ TUNÇOMAĞ/CENDEL, s. 67; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 152; SÜZEK, İş Hukuku, s. 200; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN/BASKAN, s. 52; BAŞBUĞ/YÜCEL BODUR, s. 106; SÜMER, Uygulamalar, s. 88; SENYEN KAPLAN, s. 68; UŞAN/ERDOĞAN, s. 70; GÜVEN/AYDIN, s. 89.

¹¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 62; SÜZEK, İş Hukuku, s. 200; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 225.

¹¹⁸ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 150; SÜMER/KAYIRGAN, s. 174.

¹¹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 62; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 219; *Özelleştirmeden sonra da aynı işyerinde kesintisiz olarak çalışmaya devam etmesi sebebiyle feshe bağlı alacakların reddi dosya kapsamına uygundur (Y9HD., 07.04.2021, E. 2021/3607, K. 2021/7700); Davacının ileri sürdüğü fesih tarihinden itibaren arada hiç kesinti olmadan aynı işyerinde ve aynı işte çalışmasının devam edip etmediğinin yöntemince araştırılması, işyeri devrinin bulunup bulunmadığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması ve sonucuna göre feshe bağlı alacaklar olan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve yıllık izin ücret alacağı taleplerinin yeniden değerlendirilmesi gerekir (Y9HD., 06.04.2021, E. 2016/33513, K. 2021/7680).*

¹²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 63; SÜZEK, İş Hukuku, s. 199; SÜMER, Uygulamalar, s. 91; SENYEN KAPLAN, s. 68; UŞAN/ERDOĞAN, s. 70.

devir sırasında iş sözleşmesi devam eden işçiler ile sınırlıdır¹²¹. Devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olur,^{122, 123}. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan

¹²¹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 67; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 64; SÜMER, Uygulamalar, s. 92; SÜMER/KAYIRGAN, s. 181; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 223.

¹²² Y22HD., 23.01.2020, 2019/9156, 2020/1255; Somut olayda, 08/04/2019 tarihli bozma ilamında davacının davalı şirkette 01.01.2012- 31.12.2012 tarihleri arasında 1 yıl çalıştığı, davalı şirketin Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtlarına göre son alt işveren olmadığı, kıdem tazminatından sadece davacıyı çalıştırdığı sürelerle ve devir esnasında işçinin aldığı ücret seviyesiyle sorumlu olduğu belirtilerek karar bozulmuş, bozma ilamına uyulmasına karar veren Mahkemece Davacının Ltd Şti deki çalışmasının bir yılın altında olduğu gerekçesiyle bu davalı yönünden kıdem tazminatı talebinin reddine karar verilmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, iş yeri devri halinde, değişen alt işverenler bünyesindeki çalışmalar ayrı birer iş sözleşmesi olmadığından davacının davalı şirketteki çalışmasının bir yılın altında olmasının sonucu etkisi bulunmamaktadır. Davalı işveren, davacının kendi nezdinde çalışması bir yılın altında olsa dahi kıdem tazminatı bakımından kendi dönemi ve davacının devir tarihindeki son ücreti ile sınırlı olmak üzere sorumludur. Bu husus gözetilmeksizin karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. İşyeri veya iş sözleşmesi devri olmaksızın işçinin çeşitli işyerlerinde çalışması halinde son işverenin önceki işyerlerinden kaynaklanan ücret alacaklarından sorumluluğu söz konusu olmaz (Y22HD., 23.01.2020, E. 2019/9156, K. 2020/1255); İşçi devirden önceki kullanmadığı yıllık izin ücretini eski işverenden isteyemez. İşK.6'da, işyerinin devri halinde, devirden önce doğmuş bulunan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu oldukları hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme karşısında yıllık izin ücreti alacağından tek başına devralan işverenin sorumlu olduğu sonucu ortaya çıkar. Ayrıca yıllık izin ücretinin iş sözleşmesi devam ederken talep edilebilmesi mümkün değildir ve bu ücret ancak iş sözleşmesinin sona ermesi halinde muaccel hale gelir. İşyerinin devri ise sözleşmeyi sona erdirmez. Bu nedenle kullanılmamış izinlere ilişkin ücret, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken bir borç değildir ve devreden işverenin bu hususta herhangi bir sorumluluğu yoktur. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kullandırılmayan izin ücretlerinden tek başına sorumludur. İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır (Y22HD., 22.01.2020, E. 2016/ 27932, K. 2020/1074).

¹²³ Somut uyuşmazlıkta, dosya içeriğine göre davacının çalıştığı işyeri 26.08.2011 tarihinde davalı ... Avm. Turizm Şirketi tarafından davalı ... Yiyecek ve İçecek Şirketine devredilmiştir. Davalı ... Avm. Turizm Şirketinin devreden işveren olduğu dikkate alındığında anılan işveren kıdem tazminatı ve feshe bağlı olmayan diğer alacaklardan yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde kendi dönemi itibarıyla sorumludur. Buna göre, devreden davalı ... Avm. Turizm

işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Aynı şekilde devirden önce iş sözleşmesi sona ermiş olan bir işçinin devirden sonra yeni işveren tarafından yeniden işe alınmış olması halinde, işveren devirden önce doğmuş olan borçlardan sorumlu tutulamaz¹²⁴. İş sözleşmesi devirden önce sona ermiş olan ve devirden sonra devralan işveren tarafından işe alınan işçiler bakımından daha önceki kıdem süreleri, yıllık ücretli izin, bildirim süresi ve kıdem tazminatı gibi kıdem bağlı hakların saptanmasında dikkate alınmaz¹²⁵. Örneğin; yıllık ücretli izne hak kazanmak için aranan bir yıllık süre yeni kurulan iş sözleşmesi ile başlar¹²⁶.

Hükümde açıkça devreden işverenin sorumluluğu “devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar” ile sınırlandırıldığından işyerini devreden işveren, devir tarihinden sonra gerçekleşen ihbar tazminatı ve ücret alacaklarından devralan işverenle birlikte sorumlu tutulamaz¹²⁷. Devirden itibaren iki yıl geçtikten sonra devreden işverenin sorumluluğu ortadan kalkar¹²⁸. Devralan işveren ihbar tazminatı ile kul-

Şirketinin sorumlu olduğu tutarlar belirlenmeden tüm alacaklardan müştereken ve müteselsilen sorumluluğuna hükmedilmesi hatalıdır (Y9HD., 08.07.2019, E. 2016/5829, K. 2019/15117).

¹²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 64; SÜZEK, İş Hukuku, s. 198; SÜMER/KAYIRGAN, s. 180.

¹²⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 198.

¹²⁶ *Davacı, davalıya ait işyerinde çalışmakta iken İş Kanununun 13. maddesine göre hizmet sözleşmesi 13.2.1991 tarihinde feshedilmiştir. Aradan takriben 5-6 aya yakın bir süre geçtikten sonra birkaç aylık süreli sözleşme ile tekrar işyerinde çalışmaya başlamıştır. Bu son çalışma 31.10.1991 tarihine kadar devam etmiş ve işine davalı tarafca son verilmiştir. Davacının bu ikinci dönem çalışması yeni bir iş akdi olup aralarındaki yazılı sözleşmede 1.205.402 TL şeklinde belirlenmiştir. Böyle olunca bu dönemin ilk çalışma döneminin devamı kabul edilerek emsal işçilerin almakta oldukları ücret baz alınıp isteklerinin hesaplanması ve hüküm altına alınması doğru değildir (Y9HD., 25.10.1995, 12837/32900).*

¹²⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 64; SÜZEK, İş Hukuku, s. 199.

¹²⁸ *Somut uyuşmazlıkta davalılardan ... alt işveren olup, devir tarihinin “01.01.2009”, dava tarihinin ise “16.11.2012” olması karşısında 4857 sayılı İş Kanunu’nun 6/3 maddesindeki resen gözetilmesi gereken 2 yıllık hak düşürücü süre geçtiğinden davalı şirketin fazla mesai ücreti alacağından sorumlu tutulamayacağı düşünülmemesi ... hatalı olup, bozma sebebi ise de, bu yanlışlıkların düzeltilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün HMK’nın geçici 3/2. maddesi yollaması ile HUMK’un 438/7. maddesi uyarınca düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir (Y9HD., 11.02.2020, E. 2016/13958, K. 2020/1853).*

landırılmayan izin ücretlerinden tek başına sorumludur¹²⁹. İşyerinin devredildiği tarihe kadar doğmuş bulunan ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücretlerinden 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesi uyarınca devreden işveren ile devralan işveren müştereken müteselsilen sorumlu olup, devreden açısından bu süre devir tarihinden itibaren iki yıl süreyle sınırlıdır. İki yıllık hak düşürücü süre şartı ve müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler işçilere yöneliktir ve aksi kararlaştırılmaz. Ancak iç ilişkide taraflar sorumsuzluk anlaşması yapmamışlar ise bu takdirde devralan işverenin devreden işveren dönemine ait ödemek zorunda kaldığı ücret nev'inden olan alacakları rücu etmesi mümkündür.

Devreden işverenin devirden sonra ortaya çıkan kıdem tazminatı dışında kalan işçilik alacakları nedeniyle bir sorumluluğu bulunmamaktadır¹³⁰. Devreden işverenin kıdem tazminatından sorumluluğu, 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu sorumlulukta devirden itibaren iki yıllık süre sınırlaması yoktur. 1475 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesi halen yürürlükte olduğundan, işyeri devirlerinde kıdem tazminatına hak kazanma ve hesap yöntemi bakımından belirtilen madde hükmü uygulanmalıdır¹³¹. Bununla birlikte, işyerini devreden işverenlerin bu sorumlulukları, işçiyi çalıştırdıkları sürelerle ve devir esnasındaki işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır¹³². O halde, kıdem tazminatı işyeri devri öncesi ve sonrasında geçen sürenin tamamı için hesaplanmalı, ancak devreden işveren veya işverenler bakımından kendi dönemleri ve devir tarihindeki ücret ile sınırlı sorumluluk belirlenmelidir. Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden sorumluluk ise son işverene aittir, devreden işverenden bu alacaklar talep edilemez¹³³.

¹²⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 199; SÜMER, İş Hukuku, s. 26.

¹³⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 199.

¹³¹ Anılan maddeye göre, "işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde, işçinin kıdemi işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanmalıdır".

¹³² SÜMER, İş Hukuku, s. 26; SÜMER/KAYIRGAN, s. 181.

¹³³ SÜMER, Uygulamalar, s. 92; ; NARMANLIOĞLU, s. 154; SÜMER/KAYIRGAN, s. 182.

Açıklananlardan hareketle de kamu kurumu mevcut işçileri hâlihazırda kendi bünyesinde çalıştırmaya devam ettirdiğinden alt işveren bünyesinde geçen dönem bakımından işyeri devri kurallarının geçerli olması gerekir. Buna göre de, Yargıtay, alt işveren ile kamu kurumu arasındaki ilişkinin iş mevzuatı ile çözümlenemeyeceğine ilişkin görüşünü terk etmelidir. Zira burada artık gerçek anlamda işyeri devri kuralları uyarınca devralan bir işveren bulunmaktadır. 696 sayılı KHK öncesinde asıl işveren olarak kamu kurumunun işveren sıfatının bulunmadığı belirtilmişti. Ancak devir sonrasında alt işveren işçileri ile kurum arasında iş sözleşmesi akdedildiğinden artık kamu kurumunun işveren sıfatı taşıdığını söylemek mümkündür. Dolayısıyla Yargıtay, 696 sayılı KHK sonrasında devre konu işçilere ödenen tutarların talep edildiği davalarda kamu kurumunun devralan işveren sıfatıyla devreden konumda bulunan alt işverenlere rücu ettiği düşüncesinden hareket etmelidir.

Alt işveren işçilerini bütünüyle çalıştırmaya devam eden kamu kurumu artık devralan konumundadır. Tüm süreden sorumludur ve fesih tarihinde muaccel hale gelen yıllık izin alacağı ve ihbar tazminatının rücu edilmesi mümkün olmaz. Kıdem tazminatı için ise devir tarihindeki ücret ve kıdemi ile sınırlı olarak rücu edilebileceği belirtilmelidir. Ayrıca ücret nev'inden olan alacaklar bakımından iç ilişkide ise alt işveren kendi çalıştırdığı döneme göre hesaplanan miktarından sorumlu tutulabilir.

IV. SONUÇ

Kamu kurumları birçok durumda hizmet alım sözleşmeleri ile asıl işin bir bölümünü veya yardımcı işleri taşeron olarak ifade edilen kişilere yaptırmaktadır. Bu kişiler işçileri ile kamu kurumunun işyerinde faaliyet gösterir. Bu durum göze alınarak işçilerin haklarını muhafaza etmek amacıyla asıl işveren olarak tezahür edilen kamu kurumu işçilik alacaklarından dolayı İşK. m. 2/6 uyarınca alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur. Kamu kurumu için asıl işveren sıfatından kaynaklı olarak ödemekle yükümlü olunan bu tutarlar yersiz ödenen bir gider olarak yerini alır. Zira hizmet alım sözleşmesi uyarınca gerekli ödemeler alt işverene halihazırda yapılmıştır. Dolayısıyla da bu ödemeler kamu kurumu için kamu zararı olarak gündeme gelir. Kamu zararının giderilme-

si maksadıyla açılmış olan davalarda ise Yargıtay iş hukuku sistematiğinin dışına çıkmakta ve taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine öncelik tanımakta idi. Buna göre de, sözleşmede hüküm bulunmaması halinde ödenen tutarların yarısı ancak rücu edilebilirdi.

Yargıtay'ın son kararlarında bu görüş terk edilmiş ise de İş Hukununun dışında kararlar verilmeye devam edilmiştir. Nitekim işçiye karşı alacağın tamamından son alt işveren sorumlu iken Yargıtay'a göre son alt işveren de olsa çalıştırdığı süre ile sınırlı olarak rücu edilebilir. Yargıtay'ın sorumluluk kıstaslarını belirlerken işyeri devri kurallarını ve dolayısıyla İş Hukuku ilkelerini dikkate almadığı anlaşılmaktadır.

696 sayılı KHK uyarınca kamuda çalışan alt işveren işçileri kamu işçisi olarak çalıştırılmaya başlanmıştır. Bu durum da alt işveren işçilerinin tümüyle kamuya alındığı ve dolayısıyla işyeri devri kurallarının uygulanmasını gerektirir. Alt işverenlerin son ücret üzerinden sorumlu oldukları ve bu tutarların çalıştırdıkları süre ile sınırlı olarak rücu edileceği görüşünün terk edilmesi gereklidir. Sonuç olarak Yargıtay'ın önceki kararlarında dikkate aldığı görüşünü değiştirmesi ve artık kamunun devralan işveren sıfatıyla devreden konumda bulunan alt işverenlere rücu ettiği düşüncesine sahip olması gerekmektedir. Bu bağlamda alt işveren işçilerini bütünüyle çalıştırmaya devam eden kamu kurumu devralan işveren konumunda olduğundan artık tüm süreden sorumludur ve fesih tarihinde muaccel hale gelen yıllık izin alacağı ve ihbar tazminatının rücu edilmesi mümkün değildir. Kıdem tazminatı için ise 1475 sayılı İş Kanunu m. 14 uyarınca devir tarihindeki ücret ve kıdemi ile sınırlı olarak rücu edilebilir. Devir tarihinden sonra muaccel olan alacaklardan dolayı artık rücu edilmesi mümkün olmamalıdır. Ayrıca fazla çalışma ücreti gibi ücret niteliğindeki alacaklar bakımından iç ilişkide alt işveren kendi çalıştırdığı döneme göre hesaplanan miktarından sorumlu tutulmalıdır.

KAYNAKLAR

- AKIN, Levent, “Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği”, AÜHFD, Cilt: 4, Sayı: 60, Yıl: 2011, s. 733-774.
- AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, İş Hukuku, 6. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2013.
- AKYİĞİT, Ercan, Bireysel İş Hukuku, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- AYDIN, Ufuk, “Kamu Asıl İşverenlerinin Ödedikleri Kıdem Tazminatları Sebebiyle Alt İşverenlere Rücu Sorunu”, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 33, Sayı: 6, Yıl: 2019, s. 8-23.
- AYDINLI, İbrahim, Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021
- BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, Beta Yayınları, 6. Bası, İstanbul 2021.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU Nurşen/CANBOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, 33. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- ÇİL, Şahin, İş Uyuşmazlıklarında Yargıtay Uygulamaları (Yargıtay Uygulamaları), Yetkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- ÇİL, Şahin, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (İlke Kararları), 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku Dersleri, 2. Bası, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C. I, İstanbul 1976.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınları, 2012.
- ESENER, Turhan, Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1956.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim/BASKAN Esra, Bireysel İş Hukuku, 10. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020.
- GÖRMÜŞ, Ayhan, “Kamu Kurumlarında Hizmet Alımı Yoluyla İstihdam Edilenlerin Kıdem Tazminatı Sorunu”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 38, 2013, s. 141-172.
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk, Bireysel İş Hukuku, 6. Bası, Nisan Kitabevi, Eskişehir-İstanbul 2020.

- İZVEREN, Adil, İş Hukuku, Doğu Matbaacılık, Ankara 1974.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi, Legal Yayıncılık, 3. Bası, İstanbul 2013.
- MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, C. I, LYKEION Yayınları, Ankara 2020.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- SAYMEN, F. Hakkı, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- SENYEN KAPLAN, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, 11. Bası, Gazi Kitabevi, Ankara 2020.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020 (İş Hukuku).
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019 (Uygulamalar).
- SÜMER, Haluk Hadi/KAYIRGAN, Hasan, İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2020 (İş Hukuku).
- SÜZEK, Sarper, “İşyeri Devrinin Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s.311-330 (İşyeri Devri).
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018.
- UŞAN, Fatih/ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.



NICOS POULANTZAS'IN KAPİTALİST DEVLET KURAMININ ANA HATLARI

Dr. Ulaş KARADAĞ*

Öz

Nicos Poulantzas'ın 1960'lı ve 70'li yıllardaki çalışmaları, kapitalist devletin daha önce görülmemeyen karmaşık ve kapsayıcı bir değerlendirmesini ortaya koyarak, devletin Marksist yorumlanışını yeniden canlandırmıştır. Hukuk, devlet ve politik ekonomi alanlarındaki çalışmaları dolayısıyla Poulantzas, kapitalist devletin olağan biçimi olarak hukuk devletinden (Rechtsstaat) özel hukukun ve kamu hukukunun sınıf ilişkilerini nasıl biçimlendirdiğine; hukuksal ideolojiden otoriter devlet biçimine; devlet-ekonomi ilişkisinden faşizm ve askeri darbelere kadar hukuk felsefesi ve sosyolojisini, genel kamu hukukunu ve hatta anayasa ve idare hukukunu ilgilendiren pek çok konu hakkında belirleyici tespitlerde bulunmuştur. Tüm bunlara rağmen, Türkiye'deki kamu hukukçularının çalışmalarında Poulantzas'ın ihmal edildiği görülmektedir. Özellikle de kamu hukuku literatürü içindeki devlet teorisi ilişkili çalışmalarda Poulantzas'ın düşüncelerine pek rastlanmamaktadır. Bu makale, söz konusu eksiklik/ihmalin giderilmesine katkı sunmak ve kamu hukuku alanında benzer çalışmalara davet çıkarmak amacıyla, Poulantzas'ın devlet kuramının ana hatlarını ortaya koymaya çalışmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Nicos Poulantzas • Kapitalist Devlet • Sınıf İktidarı • Göreli Özerklik • Devlet Aygıtları

* Arş. Gör., İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı
| Asst., Malatya University, Faculty of Law, Department of General Public Law,
Malatya, Turkey

✉ ulas.karadag@inonu.edu.tr • ORCID 0000-0001-9775-5589

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: KARADAĞ Ulaş, "Nicos Poulantzas'ın Kapitalist Devlet Kuramının Ana Hatları", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3041-3077.

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

OUTLINES OF NICOS POULANTZAS'S THEORY OF CAPITALIST STATE

Abstract

Nicos Poulantzas's works in the 1960s and 70s have revived the Marxist interpretation of state by presenting a complex and inclusive evaluation of capitalist state, which had not seen before. Through his endeavors regarding law, state and political economy, Poulantzas pointed out many significant issues concerning philosophy and sociology of law, general theory of state and even constitutional and administrative law: Rechtsstaat as the normal form of capitalist state, the question of how private and public law structure class relations, juridical ideology, authoritarian statism, state-economy nexus, fascism, military coups. Nothwithstanding, it seems that Poulantzas has been neglected by public law scholars in Turkey. Especially, Poulantzas's ideas have not been given much place in studies relating to state theory within public law literature. This article aims to outline Poulantzas's theory of capitalist state to contribute to elimination of this deficiency/negligence and to invite similar studies into the field of public law.

Key Words

Nicos Poulantzas • Capitalist State • Class Power • Relative Autonomy • State Apparatuses

GİRİŞ

Bugün materyalist devlet teorisinin -az ya da çok- canlılığından söz edilebilmesinde, (devlet kuramıyla ilgilenen pek çok kişinin tereddütsüz bir biçimde kabul edeceği gibi) Yunan düşünür Nicos Poulantzas'ın teorik çabalarının rolü bir hayli büyüktür. Poulantzas, 1960'lı ve 70'li yıllardaki çalışmalarıyla, devletin (ve aslında hukukun) materyalist ya da Marksist yorumlanışına yeni bir soluk getirmiştir. Dahası, dinamik bir bütünlük olarak kapitalizme ilişkin sınıf ve sınıf mücadelesi analizinin, devlet kuramına daha verimli bir biçimde dahil edilmesi yönünde Poulantzas'ın belirleyici bir etkisi bulunmaktadır. Günümüz Marksist devlet teorisyenlerinden Bob Jessop, Poulantzas'ın eserinin bu iki yönüyle ilgili şöyle yazar:

“Ekonomi-politik alanında yapılan çalışmaları izleyenler için, onun adı iki nedenle oldukça tanıdık. Bunlardan ilki, Poulantzas'ın devletin yeni-Marksist keşfine en önemli katkıyı yapan isim olması, ikincisi ise savaş sonrasında kapitalizmde ortaya çıkan değişimler ve bunların

sınıflar ve sınıf mücadelesi açısından sonuçları hakkındaki değerlendirmesiyle önemli bir tartışmayı canlandırmış olmasıdır"¹.

Bununla birlikte, Poulantzas'ın devlet kuramından önce hukuk kuramıyla ilgilendiği ve erken çalışmalarının hukuk kuramı ve hukuk felsefesi üzerine olduğu göz ardı edilmemelidir². Hem Jessop'ın hem de Sonja Buckel'in belirttikleri gibi, Poulantzas'ın devlet teorisine dair analizleri hukuk kuramından etkilenmiştir³. Gerçekten de Poulantzas, hukuk fakültesinden mezun olduktan bir süre sonra, lisansüstü çalışmaları için Almanya ve Fransa'da bulunmuştur⁴. 1964 yılında tamamlandığı ve ertesi yıl kitap olarak (*Nature des choses et droit*⁵) basılan doktora tezinde Poulantzas, varoluşçu varlık kuramına dayanan revize edilmiş bir doğal hukuk teorisi oluşturmaya girişmiştir⁶. Fakat Poulantzas'ın temel amacının bir doğal hukuk türünü savunmak olmadığını, kitabın ilk bölümünde "hukuksal değerlere ilişkin olarak genelde Marksist bir antropoloji kurduktan sonra, kitabın ikinci yarısını 'hukuk sosyolojisi'ne ayır[dığını]" belirtmek gerekir⁷.

Yayımlanan ilk makaleleri yine hukuk ve hukuksal ontoloji üzerine olan⁸ ve Marksizm içindeki ekonomist yaklaşımlara karşı hukukun

¹ JESSOP, Bob, "Poulantzas'ın Özgünlüğü, Mirası ve Güncelliği", (Çev. Betül Yazar), Hegemonya, Post-Fordizm ve Küreselleşme Ekseninde Kapitalist Devlet, YARAR Betül, ÖZKAZANÇ Alev (Ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2005, s. 73.

² BUCKEL, Sonja, "Güç İlişkilerinin Hukuki Yoğunlaşması: Nicos Poulantzas ve Hukuk", (Çev. Toros Güneş Esgün), Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi, YELKENCİ Taner (Ed.), NotaBene Yayınları, Ankara, 2013, s. 279.

³ BUCKEL, s. 279; JESSOP, Bob, Nicos Poulantzas. Marxist Theory and Political Strategy (Nicos Poulantzas), New York, 1985, s. 323.

⁴ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 322.

⁵ *Şeylerin ve Hukukun Doğası*.

⁶ MARTIN, James, "Ontology and Law in the Early Poulantzas", History of European Ideas, Vol. 35, No. 4, 2009, s. 467 vd.

⁷ MARTIN, James, "Giriş", (Çev. Akın Sarı, Selime Güzelsarı), Poulantzas Kitabı. Seçme Yazılar, MARTIN James (Haz.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2013, s. 12.

⁸ Türkçeye çevrilen iki makale için bkz. POULANTZAS, Nicos, "Çağdaş Devlet ve Hukukun Marksist İncelemesi ve 'Alternatif' Sorunu", (Çev. Akın Sarı, Selime Güzelsarı), Poulantzas Kitabı. Seçme Yazılar, MARTIN James (Haz.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2013, ss. 41-72 ve POULANTZAS, Nicos, "Sartre'in Diyalektik Aklın Eleştiri-

görelî özerkliğini savunarak hukuka dair Marksist bir perspektif geliştirmeye çalışan Poulantzas, 60'lı yılların ikinci yarısıyla birlikte özel olarak devlet kuramıyla ilgilenmeye başlamıştır⁹. Bu doğrultuda; hukuk, devlet ve politik ekonomi alanlarındaki çalışmaları dolayısıyla Poulantzas, kapitalist devletin olağan biçimi olarak hukuk devletinden (*Rechtsstaat*) özel hukukun ve kamu hukukunun sınıf ilişkilerini nasıl biçimlendirdiğine; hukuksal ideoloji ve hegemonyanın uygulanması ilişkisinden otoriter devlet biçimine; güçler ayrılığından şiddet-yasa ilişkisine; devlet-ekonomi ilişkisinden emperyalizme; faşizm ve bonapartizm gibi istisnai devlet biçimlerinden askeri darbelere kadar hukuk felsefesi ve sosyolojisini, genel kamu hukukunu ve hatta anayasa ve idare hukukunu ilgilendiren pek çok konu hakkında belirleyici tespitlerde bulunmuştur¹⁰. Ayrıca, Poulantzas'ın (Türkçeleştirilmiş başlıklarıyla) *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*¹¹ (1968), *Faşizm ve Diktatörlük: Üçüncü Enternasyonal ve Faşizm Sorunu*¹² (1970), *Çağdaş Kapitalizmde Toplumsal Sınıflar* (1974), *Diktatörlüklerin Krizi: Portekiz, Yunanistan, İspanya*¹³ (1975) ve *Devlet, İktidar, Sosyalizm*¹⁴ (1978) kitaplarıyla, bütünüyle sistematik olmasa bile, etraflı ve ayrıntılı bir Marksist devlet kuramı geliştirdiği söylenebilir. Bu eserlere, Britanyalı sosyolog Ralph Miliband (ve Arjantinli siyaset kuramcısı Ernesto Laclau) ile kapitalist devlet ve sınıflar arasındaki ilişki üzerine gerçekleştirdiği tartışma kapsamında kaleme aldığı *Kapitalist Devlet Sorunu* (1969) ve *Kapitalist Devlet: Miliband ve Lac-*

risi ve Hukuk", (Çev. Akın Sarı, Selime Güzelsarı), Poulantzas Kitabı. Seçme Yazılar, MARTIN James (Haz.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2013, ss. 73-108.

⁹ MARTIN, "Giriş", s. 13, 15.

¹⁰ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 323.

¹¹ Bkz. POULANTZAS, Nicos, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, (Çev. Şule Ünsaldı), Epos Yayınları, Ankara, 2014.

¹² Bkz. POULANTZAS, Nicos, *Faşizm ve Diktatörlük* (4. Baskı), (Çev. Ahmet İnsel), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.

¹³ Bkz. POULANTZAS, Nicos, *Portekiz, İspanya ve Yunanistan'da Geçiş Süreci* (Geçiş Süreci), (Çev. B. Yılmaz), Belge Yayınları, İstanbul, 1981.

¹⁴ Bkz. POULANTZAS, Nicos, *Devlet, İktidar, Sosyalizm*, (Çev. Turhan Ilgaz), Epos Yayınları, Ankara, 2006.

lau'ya Cevap (1975) başlıklı makaleleri¹⁵ ve ayrıca 1976 tarihinde editörlüğünü yaptığı *Devletin Krizi* başlıklı kitap eklenebilir¹⁶.

Tüm bunlara rağmen, Türkiye'deki (genel) kamu hukukçularının çalışmalarında Poulantzas'ın ihmal edildiği görülmektedir¹⁷. Bu duru-

-
- ¹⁵ Bkz. MILIBAND, Ralph/ POULANTZAS, Nicos/ LACLAU, Ernesto, Kapitalist Devlet Sorunu, (Çev. Yasemin Berkman), Birikim Yayınları, İstanbul, 1977. Özel olarak bu tartışmayı konu edinen önemli bir metin bkz. BARROW, Clyde W., "The Miliband-Poulantzas Debate: An Intellectual History", *Paradigm Lost. State Theory Reconsidered*, ARONOWITZ Stanley, BRATSI Peter (Ed.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 2002, ss. 3-52.
- ¹⁶ Poulantzas'ın takip ettiği patikaların toparlayıcı bir biçimde ele alındığı iki kısa metin için bkz. MARTIN, "Giriş", ss. 9-39 ve JESSOP, Bob, "Nicos Poulantzas", *Routledge Handbook of Marxism and Post-Marxism*, CALLINICOS Alex, KOUVELAKIS Stathis, PRADELLA Lucia (Ed.), Routledge, New York, 2021, ss. 285-292.
- ¹⁷ İstisna teşkil eden, yani az ya da çok, Poulantzas'ın düşüncelerinden yararlanan görece yeni tarihli bazı çalışmalar için bkz. MISIR, Mustafa Bayram, Kapitalist Devlet. Sermayenin Tarihsel Hareketinin Siyasal Biçimi, Edebi Şeyler, 2020; ÖZDEMİR, Ali Murat/ SAYGILI, Abdurrahman/ ZABUNOĞLU Hamdi Gökçe/ DEMİRLİ, Aynur/ AYKUT, Ebubekir/ TÜRKÖĞLU KARACOVA, Ezgi Nur/ UĞURLU, Göksu/ ŞAHİN, Ozan Giray, Genel Kamu Hukuku. Kuramsal Yaklaşım, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2019; AKAD, Mehmet/ VURAL DİNÇKOL, Bihterin/ BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku (12. Baskı), Der Yayınları, İstanbul, 2017; AKMAN, Şefik Taylan, Hukuk ve Politika İlişkisi. Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi, İmge Kitabevi Yayınları, 2016; ÖZENÇ, Berke, Hukuk Devleti. Kökenleri ve Küreselleşme Çağındaki İşlevi, İletişim Yayınları, İstanbul, 2014; AKBAŞ, Kasım, Avukatlık Mesleğinin Ekonomi Politikası. Avukatların Sınıfsal Konumlarındaki Değişim: İstanbul Örneği, NotaBene Yayınları, Ankara, 2011; BAYRAK, Emek, "Şiddet Tekelinin Tarihsel Gelişimi ve Bugüne Dair Notlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 1, 2019, ss. 57-82; AKBAŞ, Kasım, "İdeoloji Olarak Hukuk", *Hukuk Kuramı*, Cilt 5, Sayı 3, 2018, ss. 50-71; ASAL, Barkın, "Bir Hukuk Tartışmasına Düşülen Not: İkili İktidar ve Hegemonya ya da Avrokomünizmin Aldığı Mesafe", *Devrimci Marksizm*, Sayı 32-33, 2017, ss. 165-174; DURSUN, Hasan, "(Marksist Kuram Açısından) Kapitalist Düzendeki İdare Hukuku ve Kuramın Görüşlerinin Bu Hukuka Yansımaları Konusunda Türkiye'den Bir Örnek", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 131, 2017, ss. 115-178; ÖZDEMİR, Ali Murat/ ÇELEBİ, Hürkan, "Başkanlık Sistemi, Birikim Stratejileri ve Yeni Hukuk: Türkiye'de Hükümeti Biçimlendirmek", (Yarı)Başkanlık Sistemi ve Türkiye, KAMALAK İhsan (Der.), Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 323-347; KANSU KARADAĞ, Akasya, Güçler Ayrılığı ve Hegemonya: Kuramsal Bir Tartışma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020; TÜRKÖĞLU, Ezgi Nur, Sermayenin ve Devletin Uluslararasılaşması Sürecinde Kamusal Varlık Fonlarının İşlevi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2016; KAYA, Muharrem Enes, Nicos Poulantzas'ın Devlet ve Hukuk Anlayışının Temellendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans

mun kuşkusuz birden fazla nedeni olmakla birlikte, Poulantzas'ın hukuka dair çalışmalarının (söz gelimi yukarıda sözü edilen doktora tezinin ve makalelerinin) Türkçede olmaması veya Türkçeye çok geç çevrilmesinin önemli payı olduğu söylenebilir. Ne var ki aynı durum devlet kuramı için de geçerlidir. Türkiye'de siyasal teori/siyaset bilimi ve sosyoloji alanlarının Poulantzas'tan faydalandığı görülse de kamu hukuku literatürü içindeki devlet teorisi ilişkili çalışmalarda Poulantzas'ın düşüncelerine pek rastlanmamaktadır. Kuşkusuz gerek Poulantzas'ın düşüncelerinin gerekse de materyalist devlet teorisinin temel kabullerinin ana akım liberal hukuk ve devlet perspektifiyle uyumlu olmaması bu bakımdan etkili olmuştur.

İşte bu nedenle, okumakta olduğunuz makale, hem söz konusu eksiğin/ihmalin giderilmesine katkı sunmak hem de kamu hukuku alanında benzer çalışmalara davet çıkarmak amacıyla, Poulantzas'ın devlet kuramının ana hatlarını ortaya koymaya çalışmaktadır. Bir başka deyişle, bu makalede Poulantzas'ın devlet kuramının özgün yanlarının neler olduğu sorusuna yanıt aranmaktadır. Makale şu şekilde ilerleyecektir: İlk önce Poulantzas'ın devlet tipi, devlet biçimi ve rejim biçimi kavramları arasında yaptığı ayrımı değinilecektir. Daha sonra, devleti özne ya da nesne olarak kavrayan yaklaşımlara Poulantzas'ın nasıl bir eleştiri getirdiği, bunun da ötesinde, devleti hangi anlamda bir 'ilişki' olarak kavradığı aktarılacaktır. Üçüncü olarak, Poulantzas'ın devlet kuramında devletin 'görelî özerkliği'nin ne anlama geldiği tartışılacaktır. Son olarak, Poulantzas'ın düşüncesinde kapitalist devletin genel işlevlerine değinilecek ve devletin baskı ve ideolojik aygıtlarının bu işlevler bakımından önemi vurgulanacaktır.

I. POULANTZAS'IN KAPİTALİST DEVLET KURAMI

Server Tanilli *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş* başlıklı kitabında, "devletin toplumun yaşamında oynadığı rol hakkında belli

Tezi, 2016. Kaya'nın tezi, bir hukukçunun Poulantzas'ı kapsamlı bir biçimde incelemeyi amaçladığı tek çalışmadır.

başlı iki görüş"ün çarpıştığını belirtir: **“Burjuva görüş’ ile ‘marksist görüş’”**¹⁸.

“Burjuva görüşüne’ göre” diye yazar Tanilli, “her toplumun, bir düzene gereksinmesi vardır. Toplumun bireyleri arasında bir anlaşmazlık çıktığında da, yansız bir kişi, bir ‘hakem’ bu anlaşmazlığı çözmelidir. Genel yarar, bunu gerektirir. (...) Böylece devlet, toplumda **‘asayışı sağlayan bir araç’** ve -hangi sınıftan olursa olsun- bireyler arasındaki uyumsuzlukları çözecek yansız bir kişi, bir **‘hakem’**dir. (...) **‘Marksist görüş’e göre** ise, devlet, öyle burjuva ideologların ileri sürdüğü gibi, toplumun dışında ve üstünde değildir. Ne aklın verisidir o, ne de Tanrı vergisi. Devletin kökenini toplumun yapısında, toplumlarda görülen en temel uzlaşmazlıkların içinde aramalıdır. Kimler arasındadır bu temel uzlaşmazlıklar? ‘Sınıflar’ arasında”¹⁹.

O halde Marksist ya da materyalist devlet görüşünün, ‘sınıf temelli’ olduğu söylenebilir: Devlet sınıf mücadelelerinin bir ürünü olarak ortaya çıkmıştır²⁰. Bir başka deyişle, devlet, “kökleri sınıfsal yapıda olan iktidarı kullanmanın aygıtıdır”²¹. Gerçekten de tarihsel materyalizmin Karl Marx’la birlikte kurucularından Friedrich Engels’e göre, devlet toplumsal gelişimin belli bir aşamasında, farklı iktisadi çıkarlara sahip toplumsal sınıfların çatışması içinde ortaya çıkmıştır²². Lenin ise *Devlet ve Devrim*’de “Devlet, sınıf karşıtlıklarının *giderilemezliğinin* bir ürünü ve ifadesidir” der ve devam eder: “Devlet, sınıf karşıtlığının giderilmesinin nesnel olarak mümkün olmadığı yerde, anda ve ölçüde ortaya çıkar. Tersinden söylersek, devletin varlığı, sınıf karşıtlıklarının giderilemez

¹⁸ TANİLLİ, Server, Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş, Say Kitap Pazarlama, İstanbul, 1982, s. 2. Kalın sözcükler olduğu gibi bırakılmıştır.

¹⁹ TANİLLİ, s. 3. Kalın sözcükler olduğu gibi bırakılmıştır.

²⁰ AKAD/VURAL DİNÇKOL/BULUT, s. 182.

²¹ GÜLALP, Haldun, Kapitalizm, Sınıflar ve Devlet, Belge Yayınları, İstanbul, 1993, s. 47.

²² ENGELS, Friedrich, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni (18. Baskı), (Çev. Kenan Somer), Sol Yayınları, Ankara, 2017, s. 198 vd. Poulantzas’ın Engels’in görüşüne yönelttiği bir eleştiri için bkz. POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 47 vd.

olduğunu kanıtlar”²³. Dahası, Marksist görüşe göre “toplumsal düzen’ bir sınıf egemenliği düzeniyse, bu düzenin korunması da ister istemez sınıf egemenliğinin korunması ve yeniden üretilmesi anlamına gelir”²⁴.

Marksist bir düşünür olarak Poulantzas’ın devlet kuramı, haliyle devletin Marksist/materyalist kavranışının bu temel düsturu üzerinde yükselir. Hatta Poulantzas’ın, - Marksist teori içinde bir dönem egemen olmuş olan ‘ekonomizm’e ve devleti egemen sınıfın sopasına indirgeyen yaklaşımlara karşıt olarak- modern devletin kavranışında sınıf mücadelesi olgusunun konumuna en çok önem veren Marksist teorisyenlerden biri olduğu söylenebilir. Bir başka deyişle, Poulantzas devlet kavrayışını verili bir onto-epistemolojik ilke olarak sınıfların karşıtlığı temasıyla sınırlı tutmamış, dinamik ve somut bir olgu olarak sınıfsal güç ilişkilerine ayrıcalık tanımıştır: “Poulantzas’ın kapitalist devlet üzerine tartışmalara en önemi katkısı devleti sınıf mücadelesiyle ilişkili olarak incelemesidir”²⁵. Bununla birlikte, Poulantzas’ın kapitalist devlet kavrayışı 60’ların sonundan 70’lerin sonuna kadar kimi değişimlere uğramıştır. Bu husus genellikle, Poulantzas’ın, “entelektüel bağlılığı”nın Sartre’dan sonra yöneldiği Althusserci Marksizmin etkisinden çıkmasıyla ilişkilendirilmektedir²⁶. Dolayısıyla *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*’dan *Devlet, İktidar, Sosyalizm*’e uzanan devlet kavrayışında, Poulantzas’ın analizinin nüanslar barındırdığını, kimi görüşlerinden vazgeçtiğini kimilerini ise farklı/yeni bir biçimde formüle ettiğini söylemek gerekir. Bu husus ise, Poulantzas’ın devlet kuramını tüm ayrıntılarıyla ortaya koymayı oldukça kapsamlı bir çalışmanın konusu haline getirmektedir²⁷. Bu ne-

²³ LENİN, Vladimir İlyiç, *Devlet ve Devrim*, (Çev. M. Halim Spatar & Celal Üster), Yordam Kitap, İstanbul, 2016, s. 19

²⁴ GÜLALP, s. 47.

²⁵ CARNOY, Martin, *Devlet ve Siyaset Teorisi*, (Çev. Simten Coşar, Aykut Örküp, Mete Pamir, Mehmet Yetiş), Dipnot Yayınları, Ankara, 2014, s. 129.

²⁶ Bkz. CARNOY, s. 129 vd. “Entelektüel bağlılık” ifadesi Martin’de geçmektedir. Bkz. MARTIN, “Giriş”, s. 15.

²⁷ Bu konuda bakınız JESSOP, Nicos Poulantzas. Ayrıca, Poulantzas’ın devlet kuramına dair çalışmaların da yer aldığı iki önemli derleme kitap için bkz. ARO-NOWITZ, Stanley/ BRATSIK, Peter (Ed.), *Paradigm Lost. State Theory Reconsidered*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2002 ve GALLAS, Alexander/ BRETTHAUER, Lars/ KANNANKULAM, John/ STÜTZLE, Ingo. (Ed.), *Reading*

denle, makalede, Poulantzas'ın devlet kuramını eksiksiz olarak açıklamayı amaçlamadığımızı vurgulamak gerekmektedir; makale daha ziyade, Poulantzas'ın kapitalist devlet kuramına giriş niteliğini taşıyan kısa bir çalışma olarak değerlendirilmelidir.

A. Devlet Tipi, Devlet Biçimi ve Rejim Biçimi Kavramları

Poulantzas'ın devlet kuramına ilişkin bir çalışmanın vurgulaması gereken en önemli hususlardan biri, onun kuramının bir genel devlet kuramı olmadığı, bu bağlamda tarihteki bütün devlet tiplerini açıklama amacı taşımadığıdır. Poulantzas daha ziyade, kapitalist devlet tipi ve biçimlerini incelemeyi hedeflemiştir. Bu bakımdan, Poulantzas'ın kapitalist devlet tipi, devlet biçimi ve rejim biçimi kavramları arasında yaptığı ayrımın değinmek önem arz eder. Bu ayrım, anayasa hukukundaki kimi temel ayrımların yerine geçebilecek görece kapsayıcı bir nitelik taşımaktadır.

Poulantzas, Marksist politik yaklaşımın, “belirli üretim tarzlarına denk düşen despotik, köleci, feodal, kapitalist gibi bazı ‘devlet tipleri’” ortaya koyduğunu söyler²⁸. Bu durumda kapitalist devlet tipi, kapitalist üretim tarzına denk düşen yönetim ve siyasal egemenlik sistemi/tarzını ifade etmektedir. Kapitalist devlet tipinin en önemli özelliklerinden biri, aşağıda ‘görelî özerklik’ başlığı altında da vurgulanacağı gibi, kapitalizm öncesi toplumların aksine egemen sınıfın üretim sürecinde ekonomi-dışı zor kullanmaması, bu yetkinin devlet aygıtına devredilmiş olmasıdır²⁹. Kapitalizm öncesi toplumlarda, ekonomi-dışı zor, üretim ilişkilerine yerleşiktir; bir başka deyişle, bir sömürü ilişkisinin

Poulantzas, Merlin Press, 2011. Poulantzas'ın devlet kuramını yakından inceleyen Türkçe yazılmış iki doktora tezi için ise bkz. UNSUR, Özge, Poulantzas'ın Devlet Teorisi: İlişkisel Bir Yaklaşımın Olanaklıklarını Sorgulamak, Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, 2021 ve BANK, Rasim Berker, Poulantzas'ın Kapitalist Devlet Kuramı, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, 2011.

²⁸ POULANTZAS, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, s. 162.

²⁹ OĞUZ, Şebnem, “Yeni Türkiye'nin Siyasal Rejimi”, ‘Yeni’ Türkiye: Kapitalizm, Devlet Sınıflar, TÖREN Tolga, KUTUN Melahat (Ed.), Sosyal Araştırmalar Vakfı, İstanbul, 2016, s. 89.

kurulabilmesi için, efendi ile ihtiyaçlarını karşılayan köle (ya da feodal bey ile doğrudan üretici olan serf) arasında halihazırda bir ekonomi-dışı zor ilişkisi kurulması zorunludur. Oysa kapitalist toplumlarda, işçi ile kapitalist (sermayedar) arasında görünürde böyle bir ekonomi-dışı zor ilişkisi (genel olarak) bulunmaz; işçi, daha ziyade piyasanın koşullarından dolayı, hukuki açıdan ise kendi rızasıyla çalışma ilişkisinin parçası haline gelir. Bu durum, kapitalizmde ekonomi ile politika arasında biçimsel bir ayrılığın varlığına işaret eder³⁰. Bununla birlikte, “rekabet halindeki tekil sermayedarların ve farklı sermaye kesimlerinin uzun erimli ortak çıkarları doğrultusunda politika üretme işlevini ise devlet üstlenir. Kapitalist devletin bu işlevi gerçekleştirmesi, egemen sınıfın farklı kesimlerinden görece özerk davranması ile mümkün olur”³¹.

Öte yandan Poulantzas’a göre bir devlet tipi, kendi içinde farklı devlet ve yönetim biçimlerine ayrılarak sınıflandırılabilir. Poulantzas; Marx, Engels ve Lenin’in ifadelerinde devlet ve yönetim biçimi ifadelerinin ‘Parlamenter Cumhuriyet’, ‘Anayasal Monarşi’ vb. karşılığında kullanıldığının altını çizmektedir³². Bu husus, tarihsel materyalist yaklaşımın önemli kavramları olan ‘üretim tarzı’ ve ‘toplumsal formasyon’ arasındaki bağlantıyla ilişkilendirilebilir. Buna göre üretim tarzı kavramı, (kavramın kapsayıcı ve karmaşık içeriği nedeniyle bir tanım geliştirmek oldukça zor olmakla birlikte) bir toplumdaki sömürü biçimini belirleyen toplumsal koşul ve ilişkilerin bütünlüğünü ifade eder³³. Bu doğrultuda, kapitalist üretim tarzı kavramı, toplumsal bir ekonomik ve siyasal egemenlik sistemi olarak kapitalizmin en temel hareket yasalarını çıkarsamayı mümkün kılar. Toplumsal formasyon kavramıyla ise, bir üretim tarzının saf biçimiyle gerçekte varolmadığı vurgulanır. Üretim tarzları, esas olarak toplumsal formasyonlarda hayat bulur ve bu neden-

³⁰ OĞUZ, s. 89.

³¹ OĞUZ, s. 89.

³² POULANTZAS, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, s. 168.

³³ ABÉLÈS, Marc, “Üretim Biçimi”, *Marksizm Sözlüğü*, (Çev. Volkan Yalçıntoklu), BENSUSSAN Gérard, LABICA Georges (Ed.), Yordam Kitap, İstanbul, 2016, s. 1024.

le dünya tarihi 'toplumsal formasyonlar' tarihi olarak karşımıza çıkar³⁴. Toplumsal formasyonlar birden fazla üretim tarzından meydana gelir. Bu üretim tarzları, ilgili toplumsal formasyonda, aralarından birinin egemenliği altında bir arada yaşar ve dönüşür. Bu bağlamda, her toplum, birden fazla üretim tarzının birinin egemenliği altındaki dinamik bir aradalığını ifade eder. Söz gelimi 19. Yüzyıl Fransa'sında kapitalist üretim tarzı egemen olmakla birlikte, feodal üretim tarzının kalıntıları yaşamaya devam etmiştir. Yine Antik Yunanistan'da köleci üretim tarzı egemendir; fakat bu, aslında kapitalist üretim tarzına özgü olan ücretli çalışmaya rastlanamayacağı anlamına gelmez. Bu bağlamda, toplumsal formasyon kavramı, gerçekte varolan bir toplumun belirli bir üretim tarzının genel yasalarına indirgenmesini de engellemektedir.

İşte devlet tipi ve devlet biçimi kavramları arasındaki ayrım, benzer bir nüansın altını çizmektedir. Bu ayrım, 'kapitalist devlet tipi'nin kapitalist devletin genel kuramını çıkarsamak bakımından elverişli olduğunu, gerçekte ise kapitalist devletin ancak bir kapitalist devlet biçiminde vücut bulduğunu ifade eder³⁵. Bu bağlamda devlet biçimi kavramı, "belirli bir devlet tipinin farklı tarihsel koşullarda aldığı biçimleri tanımlamak için kullanılır ve daha konjonktürel dönüşümleri tanımlamak üzere kullanılan rejim biçimleri kavramından farklı olarak kalıcı dönüşümleri işaret eder"³⁶. Bir devlet biçimi aynı zamanda sınıflar mücadelesince ve egemen sınıf fraksiyonlarının birliğini ifade eden iktidar bloğunun³⁷ karakteristiğine göre yapılanmaktadır. Poulantzas'a göre, "toplumsal bir formasyonun bir aşamasındaki devlet biçimi, bu iktidar bloğunun tipik bir konfigürasyonuna denk düşer: Devletin farklı biçimleriyle karakterize edilen bu çeşitli aşamalara, bu bloktaki değişiklikler damgasını vuracaktır"³⁸.

³⁴ ALTHUSSER, Louis, *History and Imperialism: Writings, 1963–1986*, (Trans. G. M. Goshgarian), Polity Press, Cambridge, 2020, s. 126, 133.

³⁵ MISIR, s. 83.

³⁶ OĞUZ, s. 89.

³⁷ İktidar bloğu kavramı için bkz. POULANTZAS, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, s. 280 vd., 347 vd.

³⁸ POULANTZAS, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, s. 172.

Poulantzas'a göre kapitalist devlet tipinin, olağan ve olağanüstü (istisnai) biçimleri bulunmaktadır. Kapitalizmin aşamalarına/dönemlerine göre biçimlenen liberal hukuk devleti (demokrasi) ve otoriter devletçilik (müdahaleci devletin 70'li yıllarla birlikte ortaya çıkan yeni biçimi), normal/olağan devlet biçimlerine denk düşerken; Bonapartizm, askeri diktatörlükler ve Faşizm olağanüstü/istisnai devlet biçimlerini ifade etmektedir. Poulantzas, kapitalist devlet tipinin tanımlayıcı genel niteliklerini demokratik kurumların varlığı ve hegemonik sınıf önderliği olarak tespit ettiği için, olağan ve olağanüstü devlet biçimleri ayrımını da bu doğrultuda şekillendirmektedir³⁹. Buna göre, olağan devletler burjuva sınıfının hegemonyasının istikrarlı ve korunaklı olduğu konjonktürlere tekabül ederken, olağanüstü devletler bir hegemonya krizine yanıt olarak belirmektedir⁴⁰.

Poulantzas, hukukun ve yasama-yürütme ilişkisinin, devlet biçimlerinin analizinde önemli bir ölçütü oluşturduğunu belirtir⁴¹. Yasama ve yürütme arasındaki ilişki ya da bunlardan birinin baskınlığı, hem devlet ve ekonomi arasındaki ilişkinin karakteristiğini hem de burjuva sınıfının meşruluk biçimini etkileyeceğinden devlet biçimini de etkilemektedir⁴². Fakat bu hususlar, kapitalizmin aşamalarından bağımsız düşünülemez. Kapitalist devletin olağan biçimlerinden liberal devlet/demokrasi, esas olarak kapitalizmin rekabetçi aşamasına denk düşer ve farklı toplumsal ve sınıfsal kesimlerin siyasal partiler yoluyla yasama organında temsil edildiği⁴³, yasama ile yürütme arasında görece bir dengenin bulunduğu devlet biçimini ifade eder. Hukuk burada sınırlayıcıdır ve bu durum, iktidar bloku içindeki güç dengesi ve sınıf mücadelesinin egemen sınıf lehine düzenlenmesi için bilhassa önemlidir⁴⁴. Dahası, hukuk sistemi, anayasanın işlevi dolayısıyla iktidar değişikliğine dair özgül değişim

³⁹ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 94.

⁴⁰ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 94.

⁴¹ POULANTZAS, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, s. 362.

⁴² POULANTZAS, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, s. 365.

⁴³ OĞUZ, s. 89.

⁴⁴ POULANTZAS, Faşizm ve Diktatörlük, s. 374.

kuralları öngörür⁴⁵. Bu nedenle de iktidar transferi anayasal sınırlar ve hukukun üstünlüğünün sınırları içinde gerçekleşir⁴⁶. Kapitalist devletin diğer olağan biçimlerinden otoriter devletçilik ise tekelci kapitalizmin 70'lerin sonuyla görünürleşen evresine denk düşmektedir⁴⁷. Otoriter devletçiliğin temel niteliği, yürütmenin yasama organına göre baskın hale gelmesi ve siyasi gücün tek bir merkezde yoğunlaşma eğilimi taşımasıdır⁴⁸. Burada yasama ve yürütme arasındaki görelî ayrılık ve denge belirsizleşmekte, hukukun işlevi ise devletin yeni ekonomik işlevleri bakımından değişime uğramaktadır⁴⁹. Yine, otoriter devletçilik, hak ve özgürlükler alanındaki ciddi bir daralmanın habercisidir. Ayrıca denilebilir ki otoriter devletçilik, uzun erimli organik krizlerin bir ürünü olarak devlet iktidarının kimi totaliter vasıflara sahip olmasını beraberinde getirmektedir⁵⁰. Fakat tüm bunlar otoriter devletçilikte demokrasinin bütünüyle ortadan kalktığı anlamına gelmez; otoriter devletçilik belirli bir düzeyde demokrasinin işlediği bir devlet biçimidir. Fakat söz konusu değişimler, modern devlet açısından kalıcı değişimler olarak karşımıza çıkar⁵¹.

Poulantzas'a göre olağanüstü/istisnai devlet biçimlerinin de bir dizi ortak niteliği bulunmaktadır⁵². Bir siyasal krizin ürünü olarak olağanüstü devlet biçimi, "bu devletin tekabül ettiği dönem ve bunalım bakımından, genel olarak üretici güçlerin sosyalizasyonu karşısında, sistemi uyarlamak amacıyla iktisada karakteristik bir şekilde müdahalede bulunur"⁵³. Burada devlet sisteminin tamamı, kendi hegemonyasını kurmaya çalışan bir sınıf ya da sınıf fraksiyonunun 'kol'u haline gelir⁵⁴. Öte yandan, Poulantzas olağanüstü devlet biçiminde hukuk kurallarının

⁴⁵ POULANTZAS, Faşizm ve Diktatörlük, s. 373.

⁴⁶ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 95.

⁴⁷ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 228.

⁴⁸ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 243 vd.

⁴⁹ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 244, 245.

⁵⁰ KANSU KARADAĞ, s. 177.

⁵¹ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 98.

⁵² POULANTZAS, Faşizm ve Diktatörlük, s. 364-384.

⁵³ POULANTZAS, Faşizm ve Diktatörlük, s. 364.

⁵⁴ POULANTZAS, Faşizm ve Diktatörlük, s. 367.

işlemediğini, yönetimde keyfiliğin egemen olduğunu belirtir⁵⁵. Burada hukuk artık sınır koymaz ve bu durum devlet iktidarı bakımından sınırsız bir uygulama alanının açılması demektir⁵⁶. Ayrıca, siyasal temsil tarzında önemli bir değişiklik meydana gelir. Kapitalist devletin olağan biçimlerinde geçerli olan, birden fazla siyasal partinin katıldığı serbest seçim ilkesi burada askıya alınır⁵⁷. Dolayısıyla, aynı zamanda ideolojik aygıtlar olan siyasal partiler işlevlerini yerine getiremezler ve devletin baskı aygıtlarının etkisi keskin bir biçimde güçlenir. O halde, son bölümde ele alınacak olan devlet aygıtları bakımından belirtmek gerekir ki olağanüstü devlet biçimlerinde devletin ideolojik aygıtları ile baskı aygıtları arasındaki ilişkide radikal bir değişim/yer değiştirme meydana gelmektedir⁵⁸.

Son olarak, kısaca Poulantzas'ın kullandığı şekliyle rejim biçimi kavramından söz edelim. Poulantzas rejim biçimi kavramını, "belirsiz bir terim" olarak nitelediği hükümet/yönetim biçimi kavramı yerine önermektedir⁵⁹. Marksist klasiklerde olmayan bu ayrım, aynı devlet biçimindeki farklı rejim biçimlerini ifade etmek için kullanılmaktadır: "Örneğin liberal devlet, hem anayasal monarşi -Büyük Britanya- hem de parlamenter demokrasi -Fransa- biçiminde görülebilir"⁶⁰. Fakat rejim biçimlerindeki bu farklılıklar, devlet biçimlerinde olduğu gibi kapitalizmin dönemselleşmesinden kaynaklanmaz. Poulantzas şöyle yazar:

"Bir devlet biçimindeki politik rejimlerin bölümlere ayrılması, ilk olarak politik düzeyin koordinatlarını, örneğin 'iktidar bloku' açısından, sınıfların ve sınıf fraksiyonlarının politik partiler tarafından 'politik sahnede' temsilinin somut durumuna ilişkin olan koordinatlarını saptar. Politik rejimler burada tipik bir aşamadaki devlet biçiminin çizdiği sınırlar içerisinde bulunan değişkenler olarak, partilerin rejimlerle olan ilişkileri ve somut işleyişleri de, iktidar bloğunun çizdiği sınırlar içerisinde,

⁵⁵ POULANTZAS, Faşizm ve Diktatörlük, s. 375.

⁵⁶ POULANTZAS, Faşizm ve Diktatörlük, s. 375.

⁵⁷ POULANTZAS, Faşizm ve Diktatörlük, s. 377.

⁵⁸ POULANTZAS, Faşizm ve Diktatörlük, s. 365 vd.

⁵⁹ POULANTZAS, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, s. 175.

⁶⁰ POULANTZAS, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, s. 175.

bu aşamadaki devlet biçimine denk düşen değişkenler olarak ortaya çıkar"⁶¹.

Görüldüğü gibi, Poulantzas kapitalist devleti hukuki, siyasal, ideolojik ve ekonomik ölçütler doğrultusunda ele almaktadır. Fakat Poulantzas kapitalist devletin hukuki, siyasal, ideolojik ve ekonomik işlevlerini mekanik bağıntılar biçiminde değil, organik bir bütünün parçaları olarak diyalektik bir ilişki içinde inceler⁶². Bununla birlikte, kapitalist devlet ile sınıflar arasındaki ilişkinin özgül boyutları Poulantzas için ayrıcalıklı konumdadır. Her ne kadar, olağanüstü devlet biçimlerinde bu ilişki istisnai bir biçimde yapılsa da Poulantzas'ın kapitalist devlet ve sınıflar arasındaki ilişkiyi oldukça etraflı bir biçimde ve indirgemeci bir yaklaşımdan mümkün olduğunca kaçınarak ele aldığını söylemek gerekir. İşte bu noktada, Poulantzas'ın devleti bir özneye (toplumun üzerinde duran kendinden menkul bir aktöre) ya da nesneye (egemen sınıfın elinde tuttuğu bir araca) indirgeyen yaklaşımlara ciddi bir eleştiri yönelttiği görülmektedir. Takip eden bölümde, ana hatlarıyla bu eleştiri incelenecektir.

B. Devletin Ele Alınışında Özne-Nesne İkiliğini Aşmak

Bu bölüme, kronolojik bir izlek oluşturma gereği duymadan, Poulantzas'ın geç döneminden bir örnekle başlayabiliriz. Poulantzas, (büyük olasılıkla) literatürde en az değinilen kitaplarından biri olan *Diktatörlüklerin Krizi'*nde (kitap Türkçeye, 12 Eylül koşullarından olsa gerek, *Portekiz, İspanya ve Yunanistan'da Geçiş Süreci* başlığıyla çevrilmiştir⁶³) şöyle yazar:

“Gerçekte devlet, hiçbir durumda bir özne ya da nesne değildir. Devlet doğası icabı daima bir ilişkidir, tıpkı ‘sermaye’nin olduğu gibi. Daha kesin bir deyişle, Devlet içerisinde özgül biçimde dışa vurulan, sınıflar arasındaki güçler dengesinin yoğunlaşmış halidir. Nasıl sermaye

⁶¹ POULANTZAS, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, s. 176.

⁶² BANK, Berker, “Poulantzas'ın Kapitalist Devlet Kuramı: Sivil Toplum ve Devlet Arasındaki İkiliğin Aşılması”, Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, 2012, s. 22.

⁶³ Bkz. ZARAKOLU, Ragıp, “Belge'nin öyküsü 3”, Evrensel Gazetesi, <https://www.evrensel.net/yazi/80736/belgenin-oykusu-3>. (Erişim tarihi: 27.01.2020).

daha başlangıçta sermaye ve ücretli emek çelişkisini kendi içinde taşırsa, sınıf çelişkileri de devletin ta içinden geçerler, çünkü devlet, kendi doğası bakımından bir sınıf devleti olduğu için, bu çelişkileri gene kendi içerisinde yeniden üretir. Bunun anlamı da sınıf çelişkilerinin daima, özgül bir şekilde, devletin içerisindeki iç çelişkiler olarak dışa vurması demektir ve bu bakımdan devlet çatlaklardan yoksun yekpare bir blok değildir, hiçbir zaman da olamaz. Elbette, devletin egemen sınıf ya da fraksiyonun çıkarlarını temsil etmesine ilişkin olarak devlet gücünün bir bölünmezliği vardır ama bunlar devletin çatlaksız, yekpare bir blok olduğu fikrini yaratmamalıdır”⁶⁴.

Görüldüğü gibi Poulantzas devletin, özne ya da nesne değil, bir ilişki olduğunu; sınıflar arasındaki güçler dengesinin yoğunlaşmasını ifade ettiğini; haliyle de devletin sınıf çelişkilerini barındırdığını ve yeniden üretilen bu çelişkilerin devletin iç çelişkileri olarak karşımıza çıktığını söylemektedir. Tam da bu nedenle devlet, bir sınıfın emri altındaki ya da toplumun üzerinde duran yekpare bir blok olarak değerlendirilemez. Poulantzas’ın bu tespitleri, onun devlet kuramının temel kabullerini anlamak açısından elverişli bir çıkış noktası teşkil eder.

Öncelikle, “Devlet özne ya da nesne değildir” demek ne anlama gelir? Bu, Poulantzas’ın çözümlerinin farklı veçheleriyle ilişkisi kurulabilecek bir tespit/önerme olmakla birlikte, Poulantzas tarafından, devletin Hegel’ci kavranışına ve araçsalci/araççı devlet görüşüne değinilerek açıklanmıştır. Poulantzas, devletin özne olarak ele alındığı Burjuva devlet görüşünün temelinde, devlet ve toplumsal sınıflar arasındaki ilişkinin bir “dışarılık” ilişkisi olarak kavranmasının yattığını belirtir⁶⁵. Bu görüş, devleti sivil toplumun üzerinde, ondan ayrı duran bir özne olarak kabul eder. Poulantzas, bu görüş benimsendiğinde, “devletin atomize olmuş bireyler karşısında genel iradeyi temsil eden ve kendi içinde akılcılık ögesi taşıyan bir ‘özne’” olarak düşünüldüğü Hegelci devlet anlayışına varıldığını yazar⁶⁶. Poulantzas’a göre, Marx’ın gençlik çalışmaları da bu görüşten nasibini almıştır: Marx’ın, devletin sınıf ha-

⁶⁴ POULANTZAS, Geçiş Süreci, s. 64. Pasajın ilk cümlesinin çevirisi değiştirildi.

⁶⁵ POULANTZAS, Geçiş Süreci, s. 63.

⁶⁶ POULANTZAS, Geçiş Süreci, s. 63.

kimiyetini vurguladığı erken çalışmalarında, devletin “toplumdan bağımsız ve onun üzerinde bir organizma” biçiminde nitelendiği fark edilebilir⁶⁷. Fakat bu durum kısa bir süre sonra değişmiş, böylece Hegel ve Marx'ın devlet kavrayışları arasında radikal bir kopuş gerçekleşmiştir. Nitekim *Hegel ve Marx* başlıklı yazısında Carl Schmitt dahi, Marx'ın Hegel'i, devleti tam da sivil toplumun üzerinde duran bağımsız bir şey olarak ele alması nedeniyle eleştirdiğinin altını çizmektedir⁶⁸.

Devletin nesne olarak kabul edildiği araçsal/araççı devlet kavrayışına göreyse, devlet “doğası icabı hâkim sınıfların istedikleri gibi kullandıkları basit bir araç ya da makinadır ve bu sınıfların çıkarlarını temsil etme ilişkisi tamamen bu hareketsiz (cansız) makinayı ele geçirmiş olmalarına bağlanmaktadır”⁶⁹. Gerçekten de bu devlet kavrayışı, devletin sınıf karakterini, tam da devletin kimin elinde olduğu sorusu bakımından inceler⁷⁰. Bu görüşün, belirli bir ölçüde *Komünist Manifesto*'daki şu ifadeden hareket ettiği söylenebilir: “Modern devlet iktidarı [Die moderne Staatsgewalt] bütün bir burjuva sınıfının kolektif işlerini [gemeinschaftlichen Geschäfte der ganzen Bourgeoisiklasse] yöneten bir komiteden başka bir şey değildir”⁷¹. Batı Marksizminin gelişim sürecinde araççı devlet görüşü, genel olarak devleti egemen sınıfın emri altına sokan tek yönlü ve ekonomist bir kavrayış olarak ele alınır. Fakat Marksist düşünür Tony Smith'in de belirttiği gibi, her ne kadar belirli açılardan tek yönlü ve indirgemeci bir yaklaşıma sahip olsalar da ‘ekonomist’ devlet teorilerinin hakkını bir noktada teslim etmek gerekir: “Tarih ve toplumbilim, sermaye sahiplerinin kendi çıkarlarını korumak adına devlet kurumlarını kolaylıkla yönlendirebildiğini birçok defa ispatlamış-

⁶⁷ POULANTZAS, Geçiş Süreci, s. 63.

⁶⁸ SCHMITT, Carl, “Hegel und Marx”, Marx-Engels-Jahrbuch, Akademia Verlag, Berlin, 2004, s. 220.

⁶⁹ POULANTZAS, Geçiş Süreci, s. 64.

⁷⁰ DAS, Raju J., “State Theories: A Critical Analysis”, Science & Society, Vol. 60, No. 1, 1996, s. 28.

⁷¹ MARX, Karl/ ENGELS, Friedrich, Marx-Engels-Werke, Band 4, Dietz Verlag, Berlin, 1977, s. 464. Kimi çevirilerde “modern devlet iktidarı” yerine “modern devletin yürütme organı” tabiri kullanılmaktadır. Doğru çeviri, Staatsgewalt kavramının karşılığı olan “devlet iktidarı”dır. Bununla birlikte söz konusu ifadeden, araçsal bir devlet görüşünün türetilip türetilmeyeceği sorunu bir başka tartışma konusudur.

tır"⁷². Nitekim bu nedenle, Ralph Miliband'a göre, devletin sınıf egemenliğinin aracı olduğu görüşü sorunlu bir argüman olmaktan öte üzerinde ciddiyle durulması gereken, dahası ampirik uğraşla tanıtlanabilecek bir görüştür⁷³. Gelgelelim Poulantzas, Miliband'ın yaklaşımının 'tekelci devlet kapitalizmi' yaklaşımıyla ortaklaştığını ve ileride değinilecek olan 'devletin görelî özerkliği'ni ortadan kaldırdığını ileri sürmüştür⁷⁴.

Poulantzas bu iki görüşün de yanlış olduğunu belirtmektedir. Zira ikisinde de devlet ve sınıflar, birbirlerinden bağımsız birimler olarak belirlemekte, "sınıfların devlet üzerindeki etkinliği" dışarıklı bir ilişki olarak düşünölmekte, devletin bazen bir kısmının bazen de tümünün ele geçirilmesi biçiminde tasavvur edilmektedir⁷⁵. Miliband ve Laclau'ya yanıt olarak kaleme aldığı yazısında, "bu dışsallık ilişkisinde" diye yazar Poulantzas, "devlet ve egemen sınıflar karşı karşıya duran iki varlık durumundadırlar"⁷⁶. Dahası, devletin egemen sınıfın bir aracı olarak düşünmek, yani devletin sınıflar karşısında bir özerkliğinin olmadığını kabul etmek, toplumsal bütünlüğün siyasal, hukuksal, ideolojik vs. düzeylerini ekonomik temele indirgeyen 'ekonomizm' için söylenebileceği gibi, özgül bir devlet kuramının gerekliliğini ortadan kaldırır⁷⁷. Bu nedenle Poulantzas, araççı devlet kavrayışının (dolayısıyla da 'tekelci devlet kapitalizmi' savının) eleştirisiyle özel olarak ilgilenmektedir⁷⁸.

Poulantzas'a göre, devlet bir (egemen) sınıfın ürünü, aracı ya da eklentisi değildir⁷⁹. Fakat bu, devletin bir sınıf karakterine ya da sınıfsal

⁷² SMITH, Tony, *Beyond Liberal Egalitarianism: Marx and Normative Social Theory in the Twenty-First Century*, Brill, Leiden, 2017, s. 183.

⁷³ THOMAS, Paul, *Yabancı Politik. Marksist Devlet Kuramına Yeniden Bakmak*, (Çev. İbrahim Yıldız), Dipnot Yayınları, Ankara, 2010, s. 210.

⁷⁴ BANK, Berker, "Kapitalist Devlet Üzerine Geliştirilen Kuramsal Tartışmalar: Poulantzas, Miliband ve Laclau", *Akdeniz İİBF Dergisi*, Cilt 12, Sayı 23, 2012, s. 6.

⁷⁵ POULANTZAS, *Geçiş Süreci*, s. 64.

⁷⁶ POULANTZAS/MILIBAND/LACLAU, s. 211.

⁷⁷ Bkz. POULANTZAS/MILIBAND/LACLAU, s. 62.

⁷⁸ JESSOP, Bob, *Devlet Teorisi: Kapitalist Devleti Yerine Oturtmak (Devlet Teorisi)*, (Çev. Ahmet Özcan), Epos Yayınları, Ankara, 2008, s. 49.

⁷⁹ POULANTZAS, *Devlet, İktidar, Sosyalizm*, s. 13.

doğaya⁸⁰ sahip olmadığı anlamına gelmez. Araççı devlet görüşünün sorunu, devleti egemen sınıfın aracına indirgediğinde devlet aygıtını da devlet iktidarına indirgemesidir⁸¹. Poulantzas, devlet aygıtı ve devlet iktidarı arasında Lenin'in yaptığı ayrımı takip eder. Devlet aygıtı, hem devletin (ekonomik, siyasal-hukuksal, ideolojik düzeylerin birliğini ifade eden) bir toplumsal formasyonun tümündeki yerini (yani devletin tüm bu düzeylerdeki fonksiyonunu) hem de “devlet personeli, yönetim, bürokrasi, ordu kadroları vb.” unsurları ifade eder⁸². Devlet iktidarı ise, “iktidarı elinde tutan toplumsal sınıfı ya da sınıf fraksiyonunu belirtir”⁸³. Bir diğer deyişle, devlet iktidarı, “Devlet'in, çıkarlarına uygun düştüğü belli sınıfların iktidarını” anlatır⁸⁴. Bu durumda devlet aygıtları, devlet iktidarının yoğunlaştığı merkezler olarak karşımıza çıkar⁸⁵. Belirtmek gerekir ki “Poulantzas'a göre, çeşitli toplumsal kurumların ve özellikle de devlet kurumlarının herhangi bir iktidarı yoktur. İktidar perspektifinden ele alındığında kurumlar sadece iktidarı elinde bulunduran toplumsal sınıflarla ilişkilendirilebilir”⁸⁶. Poulantzas hem *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*'da hem de *Devlet, İktidar, Sosyalizm*'de devlet aygıtının, devlet iktidarının aracı ya da organı olarak indirgenmemesi gerektiğini yazmıştır⁸⁷. Çünkü bu durumda, devletin içinden geçen sınıf ilişkileri ve çelişkilerinin karmaşık ve özgül etkileri kavranamaz hale gelecektir.

Poulantzas'a göre devlet, belirtildiği gibi, ne toplumun üstünde duran bir özne ne de egemen sınıfın emrinde olan bir nesnedir. Poulantzas'a göre devlet, aynı Marx'ın sermaye için söylediği gibi, bir 'ilişki' olarak kavranmalıdır. Bu ise, “daha belirgin olarak, mücadele eden sınıf-

⁸⁰ Poulantzas “nature de classe” ifadesini kullanmaktadır. Bkz. POULANTZAS, Nicos, *L'Etat, le pouvoir, le socialisme, Les prairies ordinaires*, Paris, 2013, s. 42.

⁸¹ POULANTZAS, *Devlet, İktidar, Sosyalizm*, s. 12.

⁸² POULANTZAS, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, s. 131.

⁸³ POULANTZAS, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, s. 131.

⁸⁴ POULANTZAS/MILIBAND/LACLAU, s. 205.

⁸⁵ BANK, Poulantzas'ın Kapitalist Devlet Kuramı, s. 156.

⁸⁶ DEMİR, Gökhan/GÖYMEN Ali Yalçın, “Yapısalcılıktan İlişkiselliğe Poulantzas'ın Devlet Kuramı”, *Alternatif Politika*, Cilt 9, Sayı 1, 2017, s. 49.

⁸⁷ POULANTZAS, *Devlet, İktidar, Sosyalizm*, s. 12; POULANTZAS, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, s. 132.

ların arasındaki iktidar ilişkisinin bir şekillenmesi” biçiminde düşünülebilir⁸⁸. Poulantzas’ın kavrayışı iki temel boyuta sahiptir:

“İlk olarak, sınıflar, devletin dışında ve devletten bağımsız varolan ve devleti pasif bir araç olarak kullanma yeteneğine sahip, basit ekonomik güçler olarak görülmemelidir. Çünkü sınıf ya da sınıfsal bir fraksiyonun politik etkisi kısmen devletin kurumsal yapısına ve devlet iktidarının etkilerine bağlıdır. İkinci olarak, sınıf mücadelesi sivil toplumla sınırlı değildir, fakat devlet aracının tam kalbinde yeniden üretilmektedir. Poulantzas, devletin sermaye birikiminin kesintisiz sürmesi için toplumsal bütünleşmenin sağlanmasında nesnel bir işlevi olduğunu da savunmaktadır”⁸⁹.

Poulantzas, sınıf mücadelesinin aynı zamanda iktidar ilişkileri alanına ait olduğunu söyler ve bu alanın yalnızca ekonomik iktidar ilişkileriyle sınırlanamayacağını belirtir⁹⁰. Bununla birlikte, toplumsal sınıflar arasındaki mücadeleye ilişkin iktidar alanı, yalnızca devlete de indirgenemez⁹¹. Poulantzas şöyle yazar:

“En başta, siyasi iktidarla kesişmelerine rağmen ve devletle olan ilişkilerinin bir dışarılık ilişkisi olmasından ötürü, üretim ilişkileri içindeki erklerin durumu budur. Ama dahası da var: Kapitalist devletin, özellikle de halihazırdaki biçimiyle ve ayrıca bu devletin her türlü sıkta geniş bir tarzda düşünülme zorunda oluşu yüzünden, çeşitli erk biçimlerini giderek daha büyük ölçüde kendisinde yoğunlaştırdığı doğrudur”⁹².

Özetle Poulantzas, bir toplumdaki iktidar ilişkilerinin yalnızca siyasi iktidar alanıyla sınırlanamayacağını, üretim ilişkilerinin kendinde bir iktidar alanı olduğunu, bu alandaki iktidar ilişkilerinin siyasi iktidar ilişkileriyle kesiştiğini, fakat üretim ilişkilerinin devletle bir bakımdan da dışarılık ilişkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Pek kuşkusuz bu

⁸⁸ POULANTZAS/MILIBAND/LACLAU, s. 209.

⁸⁹ JESSOP, Devlet Teorisi, s. 49.

⁹⁰ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 40.

⁹¹ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 41.

⁹² POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 41.

kavrayış, ekonomik düzeyle siyasi düzey arasında belirli bir ayrılık bulunduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayım ise, Poulantzas'ın devlet kuramının, üretim tarzlarının ekonomik ve siyasal kerteleri arasında görelî bir ayırım bulunduğunu belirten Althusserci Marksizmin 'bütünlük' yorumuna ve epistemolojik varsayımlarına dayandığını gösterir⁹³. Hatta, Althusserci yaklaşımın, Poulantzas'ın devlet kuramıyla siyasal düzeye uygulandığı rahatlıkla söylenebilir⁹⁴. "Kapitalist devletin" diye yazar Poulantzas, "üretim ilişkilerinden ve bu ilişkilerin kurduğu ayrılığı, bu devletin örgütsel çatısının temelidir"⁹⁵. Şimdi bu ayrılığa ya da özerkliğe daha yakından bakalım.

C. Görelî Özerklik

Althusser'e göre Marx'ın düşüncesinde bütünlük, "içinde birbirlerinden farklı ve görece özerk düzey ve kertelerin özgül belirlenimlere göre eklemlendikleri ve nihai kerte de ekonomik düzey ya da kerte tarafından belirlenen, belirli bir karmaşıklık tipinde yapılanmış bir tümlüğün birliğidir (unity of a structured whole)"⁹⁶. Gerçekten de "insan toplumları" diye yazar Althusser *Marx İçin*'de, "kendilerini tümlükler olarak sunarlar; bunların birliği karmaşıklığın belirli bir özgül türünden oluşur ve Engels'in izinden giderek çok şematik olarak üçe indirgeyebileceğimiz kerteleri için içine sokar: Ekonomi, politika, ideoloji"⁹⁷. Althusserci Marksizmin bu yapısal bütünlük anlayışı, toplumsal olguların tümünün ekonomiye indirgenmesini reddeder ve ekonomi-dışı unsurların kapitalist üretimin yansımalarına indirgenemeyeceğini, aksine ekonomik ve ekonomi-dışı alanların birbirlerinin yeniden üretim koşullarını

⁹³ GÜLALP, s. 49; TÜRK, Duygu/ KARAHANOGULLARI, Yiğit, "A Critical Evaluation of Poulantzas's Theory of the State", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Vol. 19, No. 3, s. 200.

⁹⁴ Bkz. ANDERSON, Perry, Marksizm'de Tartışmalar. Tarih Yazımı, Ütopya, Stratejiler Üzerine, (Çev. Ahmet Özdemir), Göçebe Yayınları, İstanbul, 1998, s. 102.

⁹⁵ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 28.

⁹⁶ ALTHUSSER, Louis, "The Object of Capital", Reading Capital, (Trans. Ben Brewster, David Fernbach), Verso, London, 2016, s. 244.

⁹⁷ ALTHUSSER, Louis, Marx İçin, (Çev. Işık Ergüden), İthaki Yayınları, İstanbul, 2015, s. 282.

karşılıklı olarak belirlediğini iddia eder⁹⁸. Çünkü burada, ekonomik kertenin nihai belirleyiciliği, her şeyin ekonomiye indirgenebileceğini değil, bu kertelerden hangisinin baskın olacağını belirleyen nihai mercin ekonomik kerte olduğunu ifade etmektedir. Bir başka deyişle, “ekonominin son kerte de belirleyiciliği, bir üretim [tarzının] matrisini belirlemesi anlamına gelir”⁹⁹. Söz gelimi, pre-kapitalist üretim tarzlarında ekonomik kertyi oluşturan üretim ilişkilerinin karakteri nedeniyle, ekonominin kendisi egemen değildir. Bu ancak, kapitalist üretim tarzının ortaya çıkmasıyla, yani üretim ilişkilerinde muazzam bir dönüşümün yaşanmasıyla mümkün olmuştur. O halde bir üretim tarzının kavranışı zorunlu olarak, bu farklı düzeylerden oluşan bütünlüğün, bir başka deyişle o üretim tarzına ait olan düzeylerin birlikte varoluşunun nasıl belirlendiğini kavramayı gerektirmektedir.

Poulantzas’a göre bir üretim tarzındaki ekonomik, siyasal, ideolojik düzeylerin belirlenmelerini ve aralarındaki ilişkiyi üretim ilişkileri belirler¹⁰⁰. Poulantzas, kapitalizm öncesi üretim tarzlarındaki üretim ilişkilerinin devlet ve ekonominin biraradallığına neden olduğunu vurgulamaktadır. Çünkü bu üretim tarzlarında sömüren ve sömürülen arasındaki ilişki (köle-sahip, lord-serf) siyasal zor kullanma gücünü içermektedir. Söz gelimi, feodalizmde lord, doğrudan üreticilerin, bir başka deyişle toprağa bağlı köylülerin ürettiği artık ürüne, onlar üzerindeki siyasal-hukuksal-askeri tahakkümü sayesinde el koymaktadır. Burada toprağa bağlı köylü, üretim araçlarının (toprağın, toprağın işlenmesi için gerekli araç-gerecin vs.) zilyedi olarak karşımıza çıkar. Artık-ürüne ise, kılıcı o elinde tuttuğu için, lord el koyar. Oysa kapitalist üretim tarzında, doğrudan üretici, yani ücretli işçi, üretim araçlarından koparılmıştır.

⁹⁸ BURAWOY, Michael, Üretim Siyaseti: Kapitalizm ve Sosyalizmde Fabrika Rejimleri, (Çev. Çağdaş Gümüşoluk), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2015, s. 98-9, 143. dn.

⁹⁹ AKBAŞ, s. 55.

¹⁰⁰ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 19. Bununla birlikte, her ne kadar konudan sapmamak adına ayrıca değinilmemişse de Althusserci Marksizm ve Poulantzas’ın üretim ilişkileri kavrayışının esaslı bir eleştirisi için bkz. CLARKE, Simon, “Marksizm, Sosyoloji ve Poulantzas’ın Devlet Kuramı”, Devlet Tartışmaları: Marksist Bir Devlet Kuramına Doğru, (Çev. İbrahim Yıldız), CLARKE Simon (Ed.), Ütopya Yayınevi, Ankara, 2004.

Kapitalizmde doğrudan üretici, hayatta kalmak için bir ücret karşılığı çalışmak zorundadır. Bu, ücretli işçinin emek gücünün, kâr elde etmek için satılan diğer ürünler gibi, piyasada bir 'meta' olarak belirdiği anlamına gelir. Dolayısıyla, sermaye sahibi olan kapitalist, ücretli işçiyi çalıştırmak ve onun ürettiği artık-ürüne el koymak (artı-değer elde etmek için) için ayrıca bir siyasal, hukuksal veya askeri tahakküme gerek duymaz. Emek gücünün tarihsel süreç içinde yaygın olarak metalaşması sayesinde, ücretli işçi sermayedarın karşısına bir 'meta' olarak çıkmak zorunda kalır ve böylece sömürü ilişkisi kurulmuş olur. Bir başka deyişle, kapitalist üretim tarzında sömürülen ücretli işçi, üretim araçlarından halihazırda yoksun olduğu için ve hukuksal açıdan kendi rızasıyla bu sömürü ilişkisinin bir parçası olur. Bu durum pek kuşkusuz bir zorlama biçimidir, fakat daha ziyade piyasa zoru ya da ekonomik zor biçiminde anlaşılmaktadır. İşte "emek gücünün kendisini de bir mal haline getiren ve emek fazlasını artı-değere dönüştüren, kapitalist üretim ilişkilerinin bu belirli yapısı", devletin ve ekonomik alanın görece ayrılmasına olanak tanır¹⁰¹. Siyasal düzeyin kurumsal ve maddi çatısının, ekonomiden ayrı olarak oluşmasının temel nedeni Poulantzas'a göre bu olgudur¹⁰².

Şimdi, siyasal düzey eğer ekonomik düzeyden görece olarak özerkse, bu durumda kapitalist devlet de bir 'görelî özerkliğe' sahip olmalıdır¹⁰³. Dahası, kapitalist devletin bu görelî özerkliği, devletin, bir toplumdaki egemen sınıflardan da özerk olduğu anlamına gelir¹⁰⁴. İşte bu nedenle devlet basitçe, bir egemen sınıfın aracına indirgenemez. Böylece, yukarıda alıntıladığımız, "çünkü sınıf ya da sınıfsal bir fraksiyonun politik etkisi devletin kurumsal yapısına ve devlet iktidarının etkilerine bağlıdır" cümlesi anlam kazanmaktadır. Devletin görelî özerkliği, devletin bir sınıfın aracı olmadığına, aksine, sınıfsal güç ilişkilerinin maddi olarak yoğunlaştığı, sınıf mücadelesinin yeniden üretildiği stratejik bir

¹⁰¹ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 19.

¹⁰² POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 53-4.

¹⁰³ GÜLALP, s. 49.

¹⁰⁴ GÜLALP, s. 50.

alan ve süreç olduğuna işaret eder¹⁰⁵. Devlet egemen sınıflardan dahi görelî olarak özerk olduğuna göre, sınıf mücadelesi ve devlet ilişkisi tek yönlü bir ilişki olarak değil, devletin kurumsal yapısının ve devlet aygıtının içinde görelî özerklik doğrultusunda devinen sınıf ilişkilerinin karmaşık etkisine bağlı bir biçimde değerlendirilmelidir. Bir başka deyişle, devlet sınıfların dışında bir varlık olduğu için görece özerk değildir; aksine bu durum, sınıf mücadelesi ilişkili iktidar ilişkilerinin aynı zamanda devletin içinde cereyan etmesinden kaynaklanmaktadır.

“Nitekim bu özerklik” der Poulantzas, “iktidardaki blokun fraksiyonları karşısında devletin özerkliği değildir, devletin onların dışında kalma yeğînlîğinin işlevi de değildir, devletin *çinde* cereyan eden şeyin sonucudur. Bu özerklik, somut bir biçimde, o sınıf ve fraksiyonlarından her birinin, devletin içindeki özgül mevcudiyetleri aracılığıyla ve bunun sonucu olan çelişkiler marifetiyle, devlet politikası içinde almayı başardıkları çeşitli çelişik önlemlerde kendini gösterir (...)”¹⁰⁶.

Bu husus pek tabî ki, sınıf mücadelelerinin yalnızca devlet içinde gerçekleştiği manasını taşımaz. Sınıf mücadelesi devletin dışına taşan bir olgu olmakla birlikte, sınıf mücadelelerinden doğan iktidar ilişkileri devlet aygıtı içinde yoğunlaşmaktadır¹⁰⁷. Çünkü devlet “siyasi iktidarın merkezi icra yeri”dir ve siyasi iktidar alanındaki dönüşüm, diğer iktidar alanlarındaki, söz gelimi ekonomik iktidar alanındaki ilişkileri ve süreçleri koşullandırma kapasitesine sahiptir¹⁰⁸. Bu durumda, devletin basitçe bir sınıfın ya da sınıf fraksiyonunun aracı olamayacağını, çünkü sınıflar ve sınıf fraksiyonları arasındaki mücadelenin (devlet politikasının oluşumu bakımından devlet aygıtının içinde pozisyon elde etme mücadelesinin) devlet içinde de gerçekleştiğini vurgulamak gerekir. Bir başka deyişle, devletin aynı zamanda sınıf mücadelesinin gerçekleştiği bir alan olması, onun görelî bir özerkliğe sahip olduğuna ve -her ne kadar üretim ilişki-

¹⁰⁵ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 151; YILDIRIM, Kansu, “Karl Marx ve Marksist Devlet Teorisinin Varyantları”, Monthly Review (Türkiye), Sayı 7, 2018, s. 134.

¹⁰⁶ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 150.

¹⁰⁷ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 49.

¹⁰⁸ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 50.

lerinde yerleşik olan tahakküm ilişkileri devletin dışına taşan ilişkiler olsa da- devletin ekonomik alandaki değişimleri koşullama kapasitesinin bulunduğuna işaret etmektedir.

D. Kapitalist Devletin Temel Fonksiyonları ve Baskı-İdeoloji Çifti

Devletin ekonomik alan/düzey üzerindeki kurucu etkisi, modern devletin kapitalist sınıfın genel hakimiyeti bakımından belirleyici bir rolü üstlendiği gerçeğiyle doğrudan ilgilidir. Bu ise, kapitalist devletin sermaye birikiminin kesintisiz bir biçimde sürmesini, daha geniş anlamda, kapitalist üretim tarzının yeniden üretimini sağlama alma işleviyle ilişkilidir. Poulantzas, üretim ve yerleşik mülkiyet-sahiplik ilişkilerinin sınıf iktidarları biçimi altında kendilerini gösterdiklerini ifade etmiştir¹⁰⁹. Dahası, sınıf iktidarları ile bunları meşrulaştıran siyasal ve ideolojik ilişkiler arasında organik bir bağ bulunmaktadır. Poulantzas, *Devlet, İktidar, Sosyalizm*'de bunların sınıf iktidarlarına, dolayısıyla da üretim ilişkilerine sonradan ve dışarıdan eklenmediklerini ileri sürer: "Siyasi ve ideolojik [ilişkiler], bundan böyle üretim ilişkilerinin oluşumu içinde var oldukları içindir ki bu ilişkilerin yeniden-üretiminde başat bir rol oynarlar ve üretim ve sömürü süreci, bir yandan da siyasal ve ideolojik hakimiyet/tabiyet [ilişkilerinin] yeniden-üretim sürecidir"¹¹⁰. Dolayısıyla, her ne kadar ekonomik kerte ile siyasal kerte arasında görece bir ayrılığın bulunduğu ve siyasal kertenin bu sayede kurumsal-maddi bir çatıya sahip olduğunu söylese de Poulantzas'ın düşüncesinde bu husus, üretim ilişkileriyle siyasal iktidar ilişkilerinin birbirlerinden koparılacak ilişkiler olduğu anlamına gelmemektedir.

Poulantzas, devletin en geniş anlamıyla, sınıflara bölünmüş bir toplumdaki 'birliği sağlama'/'tutunum' (cohesion) işleviyle tanımlanabileceğini belirtir¹¹¹. Bu, Poulantzas'ın daha ziyade *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar* kitabında vurguladığı bir noktadır¹¹². Poulantzas, devletin,

¹⁰⁹ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 29.

¹¹⁰ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 29. Çevirideki "münasebet" sözcüğü "ilişkiler" olarak değiştirilmiştir.

¹¹¹ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 61.

¹¹² POULANTZAS, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, s. 45 vd.

bir toplumsal formasyonun kerteleri ya da düzeyleri arasındaki tutunum yönünde özel bir fonksiyonu olduğunu belirtir¹¹³. Bu bağlamda devlet, yalnızca siyasal kerteğe ait değildir; daha ziyade toplumsal bütünlüğü oluşturan bu kertelerin biraradalığına dönük bir düzenleme ve örgütlenme etkisi olarak işlev görür. Böylece, kapitalist devletin, kapitalist bir toplumsal formasyondaki baskın üretim tarzının sürekliliğini/yeniden üretimini, yani sermaye birikiminin hukuksal ve siyasal koşullarını sağladığı söylenebilir¹¹⁴. Poulantzas'ın bu vurgusu, sermayenin kendi yeniden üretim koşullarını garanti etme kapasitesine sahip olmasından ötürü¹¹⁵, sermaye birikiminin yalnızca piyasa güçleri eliyle sürdürülemeyeceğinin kavranması bakımından oldukça önem taşımaktadır. Nitekim Jessop'un sermaye ilişkisinin ancak ekonomi-dışı mekanizmalarla tamamlanabilir ve yeniden-üretilebilir olmasını, *sermaye ilişkisinin kurucu tamamlanmamışlığı (constitutive incompleteness of capital relation)* olarak ifade etmesi tam olarak bununla ilgilidir¹¹⁶. Devletin sermaye birikiminin koşullarını sağlama alma işlevi, sermaye ilişkisinin mevcudiyeti bakımından belirleyici bir öneme sahiptir:

“Siyaset alanı, her daim sermayenin yeniden üretimini sağlayacak düzenlemeler getirmese, yani piyasalara giriş çıkış kontrol edilmese, borçluların borçlarını ödemeleri için icra iflas düzenlemesi olmasa, hukuk önünde eşitlik dahil pek çok ilke ve nesnel kanunlar uygulanmasa, işgücü piyasaları denetim altına alınmasa, gümrük mevzuatı olmasa, kısaca kapitalist devletin sermaye birikimini sağlayıcı müdahaleleri olmasa sermaye ilişkisi mevcut olmayacaktır”¹¹⁷.

Belirtmek gerekir ki devletin bu işlevi, kapitalizmin dönemlerine göre kuşkusuz farklı biçimlerde gerçekleşir. Dolayısıyla rekabetçi kapitalizm ve tekelleri kapitalizmin farklı aşamalarında, devletin sermayenin değerlendirilmesini ve sermaye birikiminin yeniden-üretimini hem garanti-

¹¹³ POULANTZAS, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, s. 46.

¹¹⁴ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 61.

¹¹⁵ Bkz. ÖZDEMİR *et al.*, s. 298, 299.

¹¹⁶ Bkz. JESSOP, Bob, Kapitalist Devletin Geleceği, (Çev. Ahmet Özcan), Epos Yayınları, Ankara, 2009, s. 52.

¹¹⁷ ÖZDEMİR *et al.*, s. 299.

ye alma hem de düzenleme işlevi farklı nitelikler taşıyacaktı. Söz geli mi, Poulantzas tekelci kapitalizmin 70'li yıllardaki evresini göz önüne aldığında, devletin bu işlevlerini sermaye ilişkisinin uluslararasılaşma sıyla, dolayısıyla da ulus-devletin uluslararasılaşmasıyla ilişkilendirerek açıklar¹¹⁸. Bu aşamada devlet, daha önceki dönemlerden farklı olarak; finansal merkezleşme, tekelci sermayenin tekelci olmayan sermaye üzerindeki egemenliği, geleneksel küçük burjuvazinin etkinliğinin zayıflatılması gibi dönüşümler bakımından önemli işlevler üstlenmiştir¹¹⁹.

Yine, Jessop'un da altını çizdiği gibi Poulantzas, hukuksal-siyasal kertenin ya da düzeyin, sınıf mücadelesi bakımından oldukça önemli bir yeri olduğunu belirtmiştir¹²⁰. Bunun nedeni, kapitalizmde üretimin faillerinin piyasada doğrudan karşıt sınıf mensupları, sömürülen ve sömüren olarak değil, bağımsız hukuk özneleri olarak belirmeleridir. Bu durumda, ilgili failer üretim ilişkilerini doğrudan sınıf ilişkileri olarak değil kendi aralarındaki rekabet ilişkileri olarak deneyimlerler¹²¹. Poulantzas bu durumun, kapitalist üretim tarzının 'yalıtıcı etkisi'nden kaynaklandığını belirtir¹²². Dahası, bu yalıtıcı etki, politik alandaki sınıf mücadelesi bakımından da geçerlidir¹²³. Hukuk ve hukuksal-siyasal ideolojiye göre, kamusal alan, ortak biçimde yalıtılmış eşit bireysel özneler olan yurttaşlardan oluştuğu için hem sınıfsal eşitsizlik ve mücadele hem de sınıf mücadelesinin politik karakteri siyasal düzeyde gizlenmiş olur¹²⁴.

¹¹⁸ POULANTZAS, Nicos, *Classes in Contemporary Capitalism*, (Trans. David Fernbach), New Left Books, London, 1976, s. 70 vd., 165 vd.

¹¹⁹ POULANTZAS, *Classes in Contemporary Capitalism*, s. 166.

¹²⁰ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 63.

¹²¹ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 63.

¹²² POULANTZAS, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, s. 147.

¹²³ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 63.

¹²⁴ POULANTZAS, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, s. 150, 151. Poulantzas'ın düşüncesinde öznelerin hukuksal kuruluşuna ilişkin kısa bir metin için bkz. KACHATURIAN, Rafael, "Poulantzas and the Juridical Constitution of the Subject", *Legal Form*, <https://legalform.blog/2017/10/29/poulantzas-and-the-juridical-constitution-of-the-subject-rafael-khachaturian/>. (Erişim tarihi: 19.01.2021).

Bu 'strateji' ve 'maske'¹²⁵ dolayısıyla, egemen sınıfın kendi ortak çıkarlarını kamusal çıkar olarak sunması mümkün hale gelir. Devlet sınıf mücadelesi bakımından, egemenlik altında olan sınıfların siyasal olarak dağınık, egemen sınıflarınca örgütlü kalmalarını sağlar¹²⁶. Poulantzas şöyle yazar:

"(...) Devletin hukuki-politik üstyapısının, bu gözlemlerden hareketle kesin olarak açıklığa kavuşturabileceğimiz çifte fonksiyonu vardır. 1) Özellikle normatif hukuki sistem, hukuki realite görünümüyle sınıflara dağılmış üretim faillerini hukuki-politik öznelere dönüştürerek ekonomik toplumsal ilişkilerdeki yalıtıcı etkiye katkıda bulunur. 2) Bu yalıtıcı etkiyi ortaya çıkaran ekonomik toplumsal ilişkilerle olan bağında, halk-ulus denilen bu politik gövdede kurulmuş olan yalıtılmış ilişkiler ünitesini temsil etme fonksiyonunu yüklenir. Yani bir başka ifadeyle devlet, büyük ölçüde kendi etkisiyle oluşan -çünkü burada ideolojinin tek bir rolü vardır- bir yalıtım ünitesini temsil eder"¹²⁷.

Kapitalist devletin, kapitalist üretim tarzını ve sermaye birikiminin genel koşullarını sağlama alma işlevi, devletin, "üretim ilişkilerinin ve toplumsal sınıfların sınırlarının belirlenmesinde ve yeniden-üretilmelerinde kurucu bir role" sahip olduğu anlamına gelmektedir¹²⁸. Bu rolün yerine getirilmesi içinse devletin baskı ve ideolojik aygıtları önemli işlevler üstlenirler. Poulantzas'a göre devletin bu role sahip olması, kendisini örgütlenmiş fiziki baskının/şiddetin uygulanışında sınırlamamasıyla doğrudan ilişkilidir¹²⁹. Bir başka deyişle, Max Weber'in 'meşru şiddet tekeli' olarak adlandırdığı olgu, bu bakımdan belirleyici bir etki doğurur. Devlet, bedenler üzerinde oluşturduğu tehditle, cezalandırma tehdidiyle siyasal iktidarı ayakta tutar. Bu, bedenlerin salt biyolojik değil siyasal kurumlar olduğu anlamına gelir¹³⁰. Bedenler üye-

¹²⁵ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım/ MUMCUOĞLU, Maksut/ SAYGILI, Abdurrahman/ ZABUNOĞLU, Gökçe, Devletin Genel Kuramı Dersleri (Cilt 1), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 95.

¹²⁶ KACHATURIAN.

¹²⁷ POULANTZAS, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, s. 152.

¹²⁸ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 31.

¹²⁹ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 31.

¹³⁰ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 32.

rindeki bu zorlayıcı etki ise, Poulantzas'a göre iki şekilde ortaya çıkar: (1) Bedensel zorlamayı süreklileştiren ve maddileştiren polis, ordu, hapishane gibi kurumlar aracılığıyla; (2) "her devlet tarafından bedenleri şekillendirerek, onlara boyun eğdirerek, onları kalıplayarak ve onları kurumların ve aygıtların içine sıkıştırarak uygulanan hem kurumsallaştırıcı hem de yönetici *bedensel bir düzenin* kuruluşu aracılığıyla"¹³¹. Devletin bedenler üzerindeki bu zorlayıcı etkisi, sınıf egemenliğinin yeniden üretiminde ve sınıf mücadelesinin düzenlenmesinde daima kurucu bir konuma sahip olmuştur. Devlet, bu tekel sayesinde maksimum sermaye birikiminin yaşamsal mekanizması haline gelir¹³². Gerek Marx'ın 'ilk birikim' olarak adlandırdığı süreçte gerekse de günümüzde, sömürü (dolayısıyla da üretim) ilişkilerinin belirli bir düzeydeki yönetimi devletin zorlayıcı gücü eliyle yürütülmüştür.

Poulantzas, Antonio Gramsci ve Althusser'i takip ederek¹³³, devletin baskı aygıtlarının yanına, egemen ideolojinin örgütlenmesinde devletin oynadığı özgül rolün de eklenmesi gerektiğini vurgular. Çünkü, "devlet, siyasi hakimiyeti, öncelikle yalnızca baskı, güç ya da 'çıplak' zor aracılığıyla kutsayıp yeniden üretmez; aynı zamanda bunları meşrulaştıran ve hakimiyet altına alınmış bazı sınıf ve fraksiyonların siyasi iktidar karşısındaki konsensüsünü örgütlemeye katkıda bulunan ideolojiye de doğrudan çağrıda bulunur"¹³⁴. Bu durum, ideolojinin -her ne kadar sınıf ideolojisine indirgenemese de- sınıfsal bir karaktere sahip olduğunu anlamına gelmektedir. Fakat ideoloji de devlet aygıtlarında maddileşmektedir. Poulantzas'a göre kilise, okul, resmi enformasyon aygıtları

¹³¹ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 32.

¹³² WALLERSTEIN, Immanuel, Tarihsel Kapitalizm, (Çev. Necmiye Alpay), Metis Yayınları, İstanbul, 2009, s. 48.

¹³³ Bkz. GRAMSCI, Antonio, Selections From the Prison Notebooks, HOARE Quintin, NOWELL-SMITH Geoffrey (Ed. & Trans.), International Publishers, New York, 1971; ALTHUSSER, Louis, İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, (Çev. Yusuf Alp, Mahmut Özışık), İletişim Yayınları, İstanbul, 1994. Belirtmek gerekir ki "Gramsci'nin hegemonya kuramı, sınıfsal egemenlik ilişkilerinin açıklanmasında yalnızca zorlama süreçlerine ağırlık veren yaklaşımların ötesine geçmeyi amaçlar". Bkz. YETİŞ, Mehmet, "Gramsci ve Devletin İki Görünümü", Mülkiye Dergisi, Cilt 33, Sayı 264, 2009, s. 141.

¹³⁴ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 31 vd.

(radyo, televizyon vs.), kültürel aygıtlar gibi ideolojik aygıtların rolü, “egemen ideolojiyi geliştirmek, aşlamak ve yeniden üretmektir; bu da toplumsal işbölümünün, toplumsal sınıfların ve sınıf egemenliğinin oluşumu ve yeniden üretimi içinde önem taşıyan bir olgudur”¹³⁵. Toplumsal bütünün faileri olarak bireyler, politik ve ekonomik süreçlere dahil oldukları gibi; dini, etiği, eğitimi, estetiği, felsefeyi vs. ilgilendiren süreçlere de dahil olurlar¹³⁶. Dolayısıyla sınıf bağlantılı egemen ideolojinin hakimiyetinin yeniden üretiminde dar anlamıyla politik ve ekonomik süreçlerin ve düzeylerin yanı sıra ideolojik süreçlerin ve düzeyin de özgül konumu ve rolünün göz önüne alınması gerekmektedir. İnsanların sömürücü ve baskıcı bir sistemin içinde kalmalarını sağlayan unsur, daha doğrusu toplumsal sistemin bu sömürücü ve baskıcı gerçekliğini gizleyen faktör, söz konusu ideolojik etkidir¹³⁷. Dahası gerek özel gerek kamusal ideolojik aygıtlar bir toplumsal formasyondaki hegemonik sınıfın, ahlaki ve entelektüel egemenliğinin kuruluşu ve yeniden üretimi bakımından da olmazsa olmazdır¹³⁸.

Bütün bunlara Poulantzas, devletin baskı-ideoloji çiftine indirgenmemesi gerektiğini ekler. Devleti, baskı ve ideolojik aygıt ve işlevlere bölerek ele almanın riski ilk olarak, ekonomik devlet aygıtının bilhassa belirleyici olan konumunun küçümsenmesi ya da küçültülmesidir¹³⁹. İkincisiyse, devlet aygıtlarını katı bir ayırım doğrultusunda ikiye bölme riskidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, devlet biçimlerinin ve rejim biçimlerinin (kapitalizmin aşamaları ve konjonktürel dönüşümleri nedeniyle ortaya çıkan) farklılıkları doğrultusunda, devletin baskı ve ideolojik aygıtları arasındaki ilişkiler değişebilir, yeniden yapılanabilir ve hatta “bazı aygıtlar bir küreden ötekine kayabilir”¹⁴⁰. Bu bağlamda Poulantzas, askeri diktatörlüklerde ordunun, burjuvazinin siyasi partisi gibi hareket

¹³⁵ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 31.

¹³⁶ BRIDGES, Amy Beth, “Nicos Poulantzas and the Marxist Theory of the State”, *Politics & Society*, Vol. 4, No. 2, 1974, s. 181.

¹³⁷ BRIDGES, s. 185.

¹³⁸ JESSOP, Nicos Poulantzas, s. 200.

¹³⁹ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 37.

¹⁴⁰ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 37.

etmesinden dolayı “ideolojik-örgütleyici bir aygıt” haline geldiğini vurgulamaktadır¹⁴¹. Yine, devletin baskı aygıtları olan adliye, hapishane gibi kurumların aynı zamanda ideolojik işlevlere sahip olduğu da düşünüldüğünde, bu iki kategori arasında katı bir ayırım yapılamayacağı görülmektedir¹⁴².

SONUÇ

Marksizm ve devlet ilişkisine dair altı en çok çizilen tespit, tahmin edileceği üzere, Marksist bir devlet teorisinin mevcut olmadığıdır. Bu tespite Poulantzas da katılmaktadır. Fakat Poulantzas, Marksizmin klasik metinlerinde genel bir devlet kuramının bulunmadığını söylerken, bunun, kurucuların böyle bir şeyi geliştirmeyi becerememelerinden değil böyle bir kuramın mümkün olmamasından kaynaklandığını da belirtir¹⁴³. Devletin genel bir kuramı olduğu varsayımında, “devletin kendisi, epistemolojik olarak değiştirilemez sınırlara, ekonominin zamansız sınırları dışında kalan, dışlanma aracılığıyla kendisine tanınmış sınırlara sahipmiş gibi kabul edilmektedir”¹⁴⁴. Bir başka deyişle, bir genel devlet kuramı, devleti gerçeklikteki dinamik ve değişken bağıntılarından kopararak kavramaktadır. Poulantzas’a göreyse, kapitalist devlet kuramı, “devlet konusundaki genel önermelerden çıkarsanamaz”¹⁴⁵. Kapitalist devlet, ancak bu devletin oluşumu ve yeniden-üretimi doğrultusunda, dolayısıyla da “sınıf mücadelesinin mekanları olan çeşitli toplumsal [formasyonlar] içinde” kavrandığında bilimsel bir statüye sahip olabilecektir¹⁴⁶.

İşte bu nedenle Poulantzas'ın kapitalist devlet kuramı, devleti, ne toplumun üstünde duran, ondan bağımsız, kendinden menkul bir özne olarak ne de bir sınıfın emri altındaki araç olarak kavramaktadır. Bunun yerine Poulantzas, devletin bir toplumsal formasyondaki güçler dengesinin yoğunlaşmasını ve maddileşmesini ifade ettiğini ileri sürmektedir.

¹⁴¹ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 38.

¹⁴² POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 38.

¹⁴³ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 21.

¹⁴⁴ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 17.

¹⁴⁵ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 23.

¹⁴⁶ POULANTZAS, Devlet, İktidar, Sosyalizm, s. 27.

Nitekim kapitalist devlet tipi ile kapitalist devlet biçimleri ve rejim biçimleri arasındaki ayırım da bu özgün açıdan önem kazanmaktadır. Görüldüğü gibi bu yaklaşımda güç ilişkileri, bir başka deyişle üretim ilişkilerinde köklenen, ama aynı zamanda siyasi, hukuki ve ideolojik düzeyde mevcut olan sınıf iktidarı ilişkileri öne çıkartılmaktadır. Bunun nedeni ise, siyasal egemenlik/hakimiyet ve sınıf egemenliği/mücadelesi olguları arasında karmaşık ve indirgenemez bir ilişkinin bulunmasıdır. Poulantzas'ın kapitalist devletin kuramının, bu ilişkiyi neşter altına yatırdığı söylenebilir. Kapitalist devlet tartışmalarına müdahalesiyle Poulantzas, içinde yaşamakta olduğumuz siyasal alanın sınıfsal ve ekonomik bağintılarına dair önemli bakış açıları geliştirerek, kapitalist devlet tipini (daha doğrusu kapitalist devlet tipinin 'somut'la ilişkisi nedeniyle oldukça karmaşıklaşan dünyasını) anlama uğraşına değerli bir katkıda bulunmuştur. Bu nedenle, devlete dair düşünceleri Marksist teori içinde birden fazla kez tartışma konusu yapılan Poulantzas'ın kavrayışının, kapitalist devletin bugün daha da karmaşıklaşan ve önem kazanan konumunu incelemeyi göze alanlar için "yol gösterici" olduğu pekâlâ söylenebilir¹⁴⁷.

¹⁴⁷ DEMİR/GÖYMEN, s. 57.

KAYNAKLAR

- ABÉLÈS, Marc, "Üretim Biçimi", Marksizm Sözlüğü, (Çev. Volkan Yalçintoklu), BENSUSSAN Gérard, LABICA Georges (Ed.), Yordam Kitap, İstanbul, 2016.
- AKAD, Mehmet/ VURAL DİNÇKOL, Bihterin/ BULUT, Nihat, Genel Kamu Hukuku (12. Baskı), Der Yayınları, İstanbul, 2017.
- AKBAŞ, Kasım, Avukatlık Mesleğinin Ekonomi Politikası. Avukatların Sınıfsal Konumlarındaki Değişim: İstanbul Örneği, NotaBene Yayınları, Ankara, 2011.
- ALTHUSSER, Louis, "The Object of Capital", Reading Capital, (Trans. Ben Brewster, David Fernbach), Verso, London, 2016.
- ALTHUSSER, Louis, History and Imperialism: Writings, 1963–1986, (Trans. G. M. Goshgarian), Polity Press, Cambridge, 2020.
- ALTHUSSER, Louis, İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları, (Çev. Yusuf Alp, Mahmut Özışık), İletişim Yayınları, İstanbul, 1994.
- ALTHUSSER, Louis, Marx İçin, (Çev. Işık Ergüden), İthaki Yayınları, İstanbul, 2015.
- ANDERSON, Perry, Marksizm'de Tartışmalar. Tarih Yazımı, Ütopyalar, Stratejiler Üzerine, (Çev. Ahmet Özdemir), Göçebe Yayınları, İstanbul, 1998.
- ARONOWITZ, Stanley/ BRATSI, Peter (Ed.), Paradigm Lost. State Theory Reconsidered, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2002.
- BANK, Berker, "Kapitalist Devlet Üzerine Geliştirilen Kuramsal Tartışmalar: Poulantzas, Miliband ve Laclau", Akdeniz İİBF Dergisi, Cilt 12, Sayı 23, 2012, ss. 1-28.
- BANK, Berker, "Poulantzas'ın Kapitalist Devlet Kuramı: Sivil Toplum ve Devlet Arasındaki İkililiğin Aşılması", Yakın Doğu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, 2012, ss. 21-52.
- BANK, Rasim Berker, Poulantzas'ın Kapitalist Devlet Kuramı, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı, 2011.
- BARROW, Clyde W., "The Miliband-Poulantzas Debate: An Intellectual History", Paradigm Lost. State Theory Reconsidered, ARO-

- NOWITZ Stanley, BRATSI Peter (Ed.), University of Minnesota Press, Minneapolis, 2002, ss. 3-52.
- BRIDGES, Amy Beth, "Nicos Poulantzas and the Marxist Theory of the State", *Politics & Society*, Vol. 4, No. 2, 1974, ss. 161-190.
- BUCKEL, Sonja, "Güç İlişkilerinin Hukuki Yoğunlaşması: Nicos Poulantzas ve Hukuk", (Çev. Toros Güneş Esgün), *Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi*, YELKENCİ Taner (Ed.), NotaBene Yayınları, Ankara, 2013.
- BURAWOY, Michael, *Üretim Siyaseti: Kapitalizm ve Sosyalizmde Fabrika Rejimleri*, (Çev. Çağdaş Gümüöuluk), Nota Bene Yayınları, Ankara, 2015.
- CARNOY, Martin, *Devlet ve Siyaset Teorisi*, (Çev. Simten Coşar, Aykut Örküp, Mete Pamir, Mehmet Yetiş), Dipnot Yayınları, Ankara, 2014.
- CLARKE, Simon, "Marksizm, Sosyoloji ve Poulantzas'ın Devlet Kuramı", *Devlet Tartışmaları: Marksist Bir Devlet Kuramına Doğru*, (Çev. İbrahim Yıldız), CLARKE Simon (Ed.), Ütopya Yayınevi, Ankara, 2004.
- DAS, Raju J., "State Theories: A Critical Analysis", *Science & Society*, Vol. 60, No. 1, 1996, ss. 27-57.
- DEMİR, Gökhan/ GÖYMEN Ali Yalçın, "Yapısalcılıktan İlişkiselliğe Poulantzas'ın Devlet Kuramı", *Alternatif Politika*, Cilt 9, Sayı 1, 2017, ss. 35-60.
- ENGELS, Friedrich, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni* (18. Baskı), (Çev. Kenan Somer), Sol Yayınları, Ankara, 2017.
- GALLAS, Alexander/ BRETTHAUER, Lars/ KANNANKULAM, John/ STÜTZLE, Ingo. (Ed.), *Reading Poulantzas*, Merlin Press, 2011.
- GRAMSCI, Antonio, *Selections From the Prison Notebooks*, HOARE Quintin, NOWELL-SMITH Geoffrey (Ed. & Trans.), International Publishers, New York, 1971.
- GÜLALP, Haldun, *Kapitalizm, Sınıflar ve Devlet*, Belge Yayınları, İstanbul, 1993.
- JESSOP, Bob, "Nicos Poulantzas", *Routledge Handbook of Marxism and Post-Marxism*, CALLINICOS Alex, KOUVELAKIS Stathis,

- PRADELLA Lucia (Ed.), Routledge, New York, 2021, ss. 285-292.
- JESSOP, Bob, "Poulantzas'ın Özgünlüğü, Mirası ve Güncelliği", (Çev. Betül Yazar), Hegemonya, Post-Fordizm ve Küreselleşme Ekseninde Kapitalist Devlet, YARAR Betül, ÖZKAZANÇ Alev (Ed.), İletişim Yayınları, İstanbul, 2005.
- JESSOP, Bob, Devlet Teorisi: Kapitalist Devleti Yerine Oturtmak, (Çev. Ahmet Özcan), Epos Yayınları, Ankara, 2008.
- JESSOP, Bob, Kapitalist Devletin Geleceği, (Çev. Ahmet Özcan), Epos Yayınları, Ankara, 2009.
- JESSOP, Bob, Nicos Poulantzas. Marxist Theory and Political Strategy, New York, 1985.
- KACHATURIAN, Rafael, "Poulantzas and the Juridical Constitution of the Subject", Legal Form, <https://legalform.blog/2017/10/29/poulantzas-and-the-juridical-constitution-of-the-subject-rafael-khachaturian/>. (Erişim tarihi: 19.01.2021).
- KANSU KARADAĞ, Akasya, Güçler Ayrılığı ve Hegemonya: Kuramsal Bir Tartışma, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020.
- LENİN, Vladimir İlyiç, Devlet ve Devrim, (Çev. M. Halim Spatar & Celal Üster), Yordam Kitap, İstanbul, 2016.
- MARTIN, James, "Giriş", (Çev. Akın Sarı, Selime Güzelsarı), Poulantzas Kitabı. Seçme Yazılar, MARTIN James (Haz.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2013.
- MARTIN, James, "Ontology and Law in the Early Poulantzas", History of European Ideas, Vol. 35, No. 4, 2009, ss. 465-474.
- MARX, Karl/ ENGELS, Friedrich, Marx-Engels-Werke, Band 4, Dietz Verlag, Berlin, 1977.
- MILIBAND, Ralph/ POULANTZAS, Nicos/ LACLAU, Ernesto, Kapitalist Devlet Sorunu, (Çev. Yasemin Berkman), Birikim Yayınları, İstanbul, 1977.
- MISIR, Mustafa Bayram, Kapitalist Devlet: Sermayenin Tarihsel Hareketinin Siyasal Biçimi, Edebi Şeyler, 2020.

- OĞUZ, Şebnem, "Yeni Türkiye'nin Siyasal Rejimi", 'Yeni' Türkiye: Kapitalizm, Devlet Sınıflar, TÖREN Tolga, KUTUN Melahat (Ed.), Sosyal Araştırmalar Vakfı, İstanbul, 2016.
- ÖZDEMİR, Ali Murat/ SAYGILI, Abdurrahman/ ZABUNOĞLU Hamdi Gökçe/ DEMİRLİ, Aynur/ AYKUT, Ebubekir/ TÜRKOĞLU KARACOVA, Ezgi Nur/ UĞURLU, Göksu/ ŞAHİN, Ozan Giray, Genel Kamu Hukuku. Kuramsal Yaklaşım, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara, 2019.
- POULANTZAS, Nicos, "Çağdaş Devlet ve Hukukun Marksist İncelemesi ve 'Alternatif' Sorunu", (Çev. Akın Sarı, Selime Güzelsarı), Poulantzas Kitabı. Seçme Yazılar, MARTIN James (Haz.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2013, ss. 41-72.
- POULANTZAS, Nicos, "Sartre'in Diyalektik Aklın Eleştirisi ve Hukuk", (Çev. Akın Sarı, Selime Güzelsarı), Poulantzas Kitabı. Seçme Yazılar, MARTIN James (Haz.), Dipnot Yayınları, Ankara, 2013, ss. 73-108.
- POULANTZAS, Nicos, *Classes in Contemporary Capitalism*, (Trans. David Fernbach), New Left Books, London, 1976.
- POULANTZAS, Nicos, *Devlet, İktidar, Sosyalizm*, (Çev. Turhan Ilgaz), Epos Yayınları, Ankara, 2006.
- POULANTZAS, Nicos, *Faşizm ve Diktatörlük* (4. Baskı), (Çev. Ahmet İnsel), İletişim Yayınları, İstanbul, 2019.
- POULANTZAS, Nicos, *L'Etat, le pouvoir, le socialisme, Les prairies ordinaires*, Paris, 2013.
- POULANTZAS, Nicos, *Portekiz, İspanya ve Yunanistan'da Geçiş Süreci*, (Çev. B. Yılmaz), Belge Yayınları, İstanbul, 1981.
- POULANTZAS, Nicos, *Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar*, (Çev. Şule Ünsaldı), Epos Yayınları, Ankara, 2014.
- SCHMITT, Carl, "Hegel und Marx", *Marx-Engels-Jahrbuch*, Akademie Verlag, Berlin, 2004.
- SMITH, Tony, *Beyond Liberal Egalitarianism: Marx and Normative Social Theory in the Twenty-First Century*, Brill, Leiden, 2017.
- TANİLLİ, Server, *Devlet ve Demokrasi: Anayasa Hukukuna Giriş*, Say Kitap, İstanbul, 1982.

- THOMAS, Paul, Yabancı Politik. Marksist Devlet Kuramına Yeniden Bakmak, (Çev. İbrahim Yıldız), Dipnot Yayınları, Ankara, 2010.
- TÜRK, Duygu/ KARAHANOGULLARI, Yiğit, "A Critical Evaluation of Poulantzas's Theory of the State", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Vol. 19, No. 3, ss. 197-214.
- WALLERSTEIN, Immanuel, Tarihsel Kapitalizm, (Çev. Necmiye Alpay), Metis Yayınları, İstanbul, 2009.
- YETİŞ, Mehmet, "Gramsci ve Devletin İki Görünümü", Mülkiye Dergisi, Cilt 33, Sayı 264, 2009, ss. 129-153.
- YILDIRIM, Kansu, "Karl Marx ve Marksist Devlet Teorisinin Varyantları", Monthly Review (Türkiye), Sayı 7, 2018.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım/ MUMCUOĞLU, Maksut/ SAYGILI, Abdurrahman/ ZABUNOĞLU, Gökçe, Devletin Genel Kuramı Dersleri (Cilt 1), Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ZARAKOLU, Ragıp, "Belge'nin öyküsü 3", Evrensel Gazetesi, <https://www.evrensel.net/yazi/80736/belgenin-oykusu-3>. (Erişim tarihi: 27.01.2020).



6502 SAYILI KANUN KAPSAMINDA TÜKETİCİ KREDİ SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI

Arş. Gör. Esra GÜLTEKİN*

Öz

Mevcut piyasa ve toplumsal şartlar içerisinde tüketiciler, krediye daha çok ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyacı karşılamak amacıyla akdedilen tüketici kredi sözleşmelerinin sayısı ve çeşitleri de gün geçtikçe artmaktadır. Bu tip sözleşmelere ilişkin mülga Kanun'da ayrıntılı düzenlemeler yer almazken; 6502 sayılı Kanun, tüketici kredisine olan ihtiyacı ve sözleşmelerin nicelik olarak artışını da gözetecek ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. Çalışmamızda, bu düzenlemeler kapsamında, tüketici kredi sözleşmesinin hukuki niteliği ve şekli belirlendikten sonra bu sözleşmenin tarafları olan kredi alan (tüketici) ile kredi verenin hak ve borçları, uygulamalarıyla beraber ortaya koyulmuştur. Tarafların hak ve borçlarına ilişkin ayrıntıların tespitiyle, kanun koyucunun amacına da hizmet edilerek tüketicinin kredi sözleşmesiyle girdiği ağır yük altında kendini daha bilinçli şekilde korumasına katkı sağlanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Tüketici Kredi Sözleşmesi • Tüketici • Kredi Veren • Kredi • Hak ve Borçlar

* Arş. Gör., Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Ress. Asst., Fatih Sultan Mehmet Vakıf University Faculty of Law Department of Civil Law, Istanbul, Turkey.

✉ egultekin@fsm.edu.tr • ORCID 0000-0001-5690-4162

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: GÜLTEKİN Esra, "6502 Sayılı Kanun Kapsamında Tüketici Kredi Sözleşmelerinde Tarafların Hak ve Borçları", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3079-3120.

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

THE RIGHTS AND OBLIGATIONS OF THE PARTIES IN CONSUMER CREDIT AGREEMENTS UNDER LAW NO 6502

Abstract

In the current market and social conditions, consumers need more credits. The number and types of consumer credit agreements signed to meet this need are increasing day by day. While there were no detailed regulations in the former Consumer Protection Law regarding such contracts, Law No. 6502 has introduced detailed regulations, taking into account the need for consumer credits and the increase in the number of contracts. Within the scope of these regulations, after determining the legal nature and form of the consumer credit agreement, the rights and obligations of credit recipient and lender, who are the parties to this agreement, are revealed together with their practices. With the determination of the details of the rights and obligations of the parties, it will serve the purpose of the legislator and contribute to the consumer to protect himself more consciously under the heavy burden he has entered with the credit agreement.

Key Words

Consumer Credit Agreement • Consumer • Lender • Credit • Rights and Obligations

GİRİŞ

Toplumdaki iktisadi birikimin eşit dağılmaması, sosyal tabakalar içerisinde, her kesiminin tüketim çemberine aktif katılmasına engel olmaktadır. Ancak içinde yaşadığımız çağ, üretimin çok fazla olmasına oranla tüketime de aynı şekilde artmasını beklemektedir. Böylece sürekli tüketimle sürekli üretim desteklenecek, geliştirilmiş iktisadi yapılanma korunmuş olacaktır. Bu amaçtan hareketle, sistem, finansal piyasalara istenilen düzeyde katılamayan kesimin de katılmasını sağlamak için zaman içinde çeşitli araçlar üretmiştir. Üretilen bu araçların en yaygın kullanılanlarından biri, kredilerdir¹.

¹ AKİPEK Şebnem, "Tüketici Kredileri", Milli Şerh, (Ed. Hakan TOKBAŞ, Özlem TÜZÜNER), İstanbul, Aristo, 2016, s. 482; DERYAL Yahya, Tüketici Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008, s. 153; YETİM Sedat, Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 69, 1997, s. 44.

Tüketicilerin, kredi sistemine dâhil olarak, aslında mevcut olmayan paralarıyla ileriye dönük borçlanmaları² geçmişten bu yana artarak devam etmektedir. Bu durumda içinden çıkılmaz bir borç sarmalının ortasında kalan tüketici, karşısında, kendileriyle asla rekabet etme ihtimali olmayan kredi kuruluşlarını bulmaktadır. Sisteme hâkimiyetleri ve muhataplarının teknik finans hakkındaki bilgisizlikleri dolayısıyla, kredi kuruluşları, kurdukları sistemlerde kendilerini aşırı derecede kayırcı düzenlemeler yapabilmektedir³. Çoğunlukla genel işlem koşullarına yer verilen bu gibi sözleşmelerde⁴, irade özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğündeki tarafların eşitliği ilkelerine aykırı⁵ durumlar söz konusu olduğunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen haksız şart hükümlerine başvurulabilmektedir. Ancak ilgili sözleşmede bu şekilde genel işlem koşuluna yer verilmese bile, kredi alan ve kredi verenin içinde buldukları şartlar arasındaki dengesizliği gidermek ve kredi alanın aşırı istismarını engellemek için tüketici kredileriyle ilgili özel ve ayrıntılı düzenlemeler yapmak gerekmiştir. Bu ihtiyacı gidermeyi hedefleyen kanun koyucu, gündelik hayatta tüketicinin en sık başvurduğu işlemlerden biri olan tüketici kredileriyle ilgili 6502 sayılı Kanun'da, 4077 sayılı mülga Kanun'a⁶ nispetle daha ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır⁷. 4077 sayılı mülga

-
- ² BAYKAN Renan, "Türkiye'de Tüketici Kredileri", Tüketici Kredilerinde Yeni Gelişmeler, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2004-55, s. 56; CEYLAN Ebru, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Kredisini ve Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Kişisel Teminatlarla İlgili Değerlendirmeler" (Teminat), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.17, 2021, s. 94; DERYAL, s. 153; YETİM, s. 60.
- ³ ZEVKLİLER Aydın/ÖZEL Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, Seçkin, 2016, s. 228; AKİPEK, Milli Şerh, s. 485; DERYAL, s. 157; CEYLAN, Teminat, s. 94; YETİM, s. 43.
- ⁴ AKİPEK Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisini, Ankara, Seçkin, 1999, s. 241; BAYKAN, S. 56.
- ⁵ AKİPEK Şebnem, AYDOĞDU Murat, "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar", Milli Şerh, (Ed. TOKBAŞ Hakan, TÜZÜNER Özlem), İstanbul, Aristo, 2016, s.128; BAYKAN Renan, Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri (Mevzuat), 2. Baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2005-41, s. 206; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 119.
- ⁶ RG, S. 22221 T. 08.03.1995.
- ⁷ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 119; AKİPEK, Milli Şerh, s. 483; BAYSAL Başak, "Tüketici Kredisini (TKHK m. 22-31)", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Derleyen Murat İNCEOĞLU), İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 275; YÜCE BİLGİN, Melek, "Tüketicinin

Kanun'da tüketici kredisi konusu, sadece 10. maddede "Tüketici Kredisi" başlığı ile düzenlenmişken; 6502 sayılı Kanun, "Tüketici Kredisi Sözleşmeleri"ni on madde halinde ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. Değişen ve gelişen piyasa şartları, tüketicinin korunmasının çeşitlendirilmesini de kaçınılmaz kılmaktadır; fakat 4077 sayılı mülga Kanun ve daha sonra 40822 sayılı Kanun ile yapılan eklemeler bu anlamda yetersiz kalmıştır⁸. Bu yetersizlikler, güncel AB yönergelerine uygun biçimde 6502 sayılı Kanun ile giderilmeye çalışılmıştır⁹. Bu iki düzenleme arasındaki temel fark, 4077 sayılı Kanun'da yalnızca "nakit para ödücü" tüketici kredisi olarak kabul edilmişken¹⁰; 6502 sayılı Kanun'da "ödeme erteleme veya benzeri finansman şekilleri" de tüketici kredisinin konusu kabul edilmiştir¹¹. Kredisinin kapsamını genişleten bir yaklaşımla yapılan bu düzenlemelerle, kredi verenin kanunu dolanmasının önüne geçilerek tüketicinin daha kapsamlı korunması da sağlanmıştır¹². Kanun koyucu, bu düzenlemelerde hukuk politikası tercihleri yaparak tüketici lehine düzenlemeler getirmiş ve taraflar arası eşitsizliği bu şekilde azaltmaya çalışmıştır.

Bu çalışmada ise tüketici kredi sözleşmesinin mahiyeti ele alınacağı gibi, bu sözleşmeyi akdeden tarafların hak ve borçları 6502 sayılı Kanun ve Yönetmelik kapsamında açıklanmaya çalışılacaktır.

Korunması Hakkında Kanunda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tüketici Kredileri", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI S. 2 (2014) – C.XII S.1 (2015), s. 405.

- ⁸ ÖZSUNAY, Ergun, "AB Hukukunda Tüketici Kredileri", Tüketici Kredilerinde Yeni Gelişmeler, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2004-55, s. 23.
- ⁹ ATAMER M. Yeşim, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 7; BAYSAL, s. 274; EKER Ece Ayça, Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 10.
- ¹⁰ ÖZTEK Selçuk, "Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar", Bankacılar Dergisi, S. 67, 2008, s. 6; CEYLAN, Ebru, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri- I -" (Tüketici-1), TBB Dergisi, Sayı 79, 2008, s. 44; DERYAL, s. 154; YETİM, s. 59; BAYKAN, Mevzuat, s. 388.
- ¹¹ ZEVLİLER/ÖZEL, s. 229; YÜCE, s. 406; ATAMER, s. 25.
- ¹² EKER, s. 11.

TÜKETİCİ KREDİSİ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

A. TANIMI ve TARAFLARI

Tüketici kredi sözleşmesi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)¹³'ün dördüncü kısmının ikinci bölümünde ele alınmıştır. Kanun'un 22. maddesinde tüketici kredi sözleşmesinin tanımına yer verilmiştir. Kanun'un yaptığı tanıma göre "*Tüketici kredisi sözleşmesi, kredi verenin tüketiciye faiz veya benzeri bir menfaat karşılığında ödemenin ertelenmesi, ödünç veya benzeri finansman şekilleri aracılığıyla kredi verdiği veya kredi vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeyi ifade eder*". TKHK'na kaynaklık eden 2008/48/EC sayılı AB Yönergesi'nin tanımı da aynı yöndedir. AB Yönerge'sinin 3/c maddesine göre; "*Kredi sözleşmesi, tüketicinin tedariki boyunca söz konusu hizmetlerin veya malların bedelini taksitle ödediği sürekli hizmet veya aynı şekilde mal tedariki ile ilgili bir hüküm içeren sözleşmeler hariçinde, bir kredi verenin vadeli ödeme, borç veya benzeri bir finansal istikraz formunda bir tüketici kredisi vermesine aracılık eden bir sözleşmedir*"¹⁴.

Tüketici kredi sözleşmesi, farklı işlemlere yönelerek birçok şekilde yapılabilir. İçinde bulunulan dönemin ihtiyaçlarına göre artan tüketici kredisi türleri, farklı kıstaslara göre değişik şekillerde tasnif edilebilir. Bu kapsamda tüketici kredileri; konusuna göre nakdi-gayri nakdi, teminatlı-teminatsız, döviz kredileri-dövize endeksli krediler olarak ayrılabilir gibi süre bakımından da belirli süreli ve belirsiz süreli krediler olarak sınıflandırılabilir¹⁵. Tahsis esasına göre tüketici kredisi türleri de üç ana grupta toplanabilir¹⁶: serbest tüketici kredileri, ön tahsisli kredili satış (taksitle satış, bağlı kredi, finansal kiralama, tedarik kredisi), satış sonrası tahsisli krediler (kredi kartları, taksitli kartlar, cari hesap şeklinde işleyen krediler).

¹³ RG, S. 28835 T. 28.11.2013.

¹⁴ TOKBAŞ Hakan, Tüketici Hukuku ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri (Türkçe Metinleri), İstanbul, Aristo, 2015, s. 216.

¹⁵ YILMAZ Abdülhamit, Belirli Süreli Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 55 vd; EKER, s. 47 vd.

¹⁶ BAYKAN, S. 56.

Yapılan tanımlara göre tüketici kredi sözleşmesinin tarafları kredi veren kuruluş ve kredi alan tüketicidir. TKHK'un Tanımlar başlıklı 3. maddesinin k bendinde tüketici, "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlandığından kredi alan tüketici de ticari veya mesleki olmayan amaçlarla kredi aldığı müddetçe gerçek veya tüzel kişi olabilecektir. Tüketici kredi sözleşmesi bakımından da tüketim amaçlı kredi alan kişi, bu sözleşmenin tarafı sıfatına sahiptir. Kanun'un 3. maddesinin ğ bendinde yapılan "kredi veren" tanımına göre ise kredi veren, mevzuata göre yetkili gerçek veya tüzel kişi olabilecektir. Düzenleme, kredi veren kuruluşu, eski düzenlemedeki gibi banka veya finansman kuruluşu şeklinde tüzel kişi¹⁷ olarak sınırlamamış, AB Yönergesi ile uyumlu olarak, kredi vermeye yetkili herkesi bu kapsama dâhil etmiştir¹⁸. Ancak kredi veren tarafın bu sınırlamanın dışına çıkarılmış olmasının hiçbir kıstasa tabi olmadığı anlamına gelmeyeceğinin altı çizilmiştir. Buna göre kredi veren eğer gerçek kişiyse, kredi verme işini ticari işletmesi veya faaliyeti kapsamında gerçekleştiriyor olması gerekir; aksi halde bu kişinin tüketici kredi sözleşmesinde kredi veren taraf olamayacağı belirtilmektedir¹⁹.

Bu sözleşmede kredi veren, tüketiciye kredi vermekte veya kredi vermeyi taahhüt etmektedir. Ancak sözleşme kapsamında edimler tek tip değildir; hem kredi verenin hem de tüketicinin edimleri çeşitli şekillerde belirlenebilmektedir²⁰. Kredi veren, sözleşme konusu krediyi, birden çok finansman aracıyla yapabilecektir ki bunların başında ödemenin ertelenmesi, tüketiciye ödünç verilmesi, tüketicinin borcunun

¹⁷ CEYLAN Ebru, Kredi Kartını Kullanan Tüketicinin Hukuki Durumu (Kredi Kartı), İstanbul, Beta, 2010, s. 12; AKİPEK, Milli Şerh, s. 489; BAYKAN, Mevzuat, s. 388.

¹⁸ AKİPEK, Milli Şerh, s. 489; İNAL Tamer, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014, s. 320; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 230.

¹⁹ GÜMÜŞ Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, İstanbul, Vedat, 2014, s. 178; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 230; ; EKER, s. 17.

²⁰ ÇINAR Ömer, "Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Hükümleri", (Ed. TOKBAŞ Hakan, KURŞUN Ali Suphi), Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, İstanbul, Aristo, 2017, s. 37.

taksitlendirilmesi²¹ gelmektedir. Ödemenin ertelenmesi şeklinde verilecek kredide, erteleme anlaşmasının henüz ilişkinin başında veya ödemenin vadesi geldiğinde kararlaştırılmış olması da sözleşmenin tüketici kredi sözleşmesi olarak nitelenmesi bakımından bir farkı olmayacaktır²². Bunun yanında tüketiciye nakdi bir tutarın ödenmesini de kredi veren borçlanabilir. Ancak bunlar sınırlı yollar olmayıp, Kanun'un lafzında da belirtildiği gibi bunlara benzer yollarla da tüketiciye kredi verilmesi mümkün olmaktadır²³. Kredi verenin bu sözleşmeyi yapmaktaki menfaatini ise tüketiciden alacağı faiz, masraf, komisyon, vade farkı veya benzeri başka bir araç sağlayacaktır. Burada belirtilen faiz, anapara faizini kast ederken; benzeri menfaat ise komisyon, vade farkı ve benzer isimlerle alınan ödemelerin yanında yapılan gerçek masraf tutarını önemli ölçüde aşan masraf ödemelerini de kapsar²⁴. Eğer kredi veren, bu sözleşme ile hiçbir menfaat sağlamayacaksa, artık özel korumayı gerektiren tüketici kredi sözleşmesinden değil²⁵; faizsiz ödünç sözleşmesinden bahsetmek gerekecektir²⁶. Kanun'un tanımında belirtilen kredinin, ödemenin ertelenmesi işlevini haiz olması aranmaktadır.

Kredi tanımı yalnızca TKHK'da değil; bankacılık hukukunda da yer almaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda²⁷ 48. maddede krediler, nakdi ve gayri nakdi krediler şeklinde birlikte düzenlenmiştir²⁸. Ancak bu

²¹ YÜCE, s. 408; OZANOĞLU Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 1999, s. 169, yazar taksitle satım sözleşmesinin en klasik tüketici kredisi türü olduğunu belirtir.

²² ZEVKLİLER/ ÖZEL, s. 231.

²³ CEYLAN Ebru, 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, İstanbul, Leges, 2015, s. 41; AKİPEK, Milli Şerh, s. 489.

²⁴ GÜMÜŞ, s. 179.

²⁵ ATAMER, s. 18.

²⁶ YÜCE, s. 407; KARAKOCALI Ahmet/KURŞUN Ali Suphi, Tüketici Hukuku, İstanbul, Aristo, 2015, s. 99.

²⁷ RG, S. 25983 T. 19.10.2005.

²⁸ "Krediler Madde 48 — Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarrantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayri nakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayri nakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon

kredilerin tüketici kredi sözleşmesi kapsamında kredi niteliğinde olması için ödemenin ertelenmesini, ödünç veya benzeri finansman sağlaması gerekir ki Bankacılık Kanunu'ndaki kredilerin hepsi bu özelliği taşımaz. Gayri nakdi kredilerin, banka teminat mektubu örneğinde olduğu gibi, üçüncü kişilere karşı teminat işlevi ön planda olduğundan; bu kredi türü, tüketici kredisi için aranan işlevleri yerine getiremeyecektir²⁹. Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği³⁰, Kapsam'a ilişkin 2. maddesinin 5. bendinde³¹ tüketici kredi sözleşmesinin sınırlarını daha net çizmiştir. Kanunda gayri nakdi kredilere ilişkin açık hüküm bulunmamasına rağmen Yönetmelik, gayri nakdi kredileri, tüketici kredi sözleşmesinin dışında tutmuştur. Bu düzenleme, tüketici kredi sözleşmesi yapmakla, tüketicinin elde etmek istediği ödemenin ötelenmesi amacına uygun olacaktır. Ancak gayri nakdi kredi, tüketicinin borcunun ötelenmesini veya taksitlendirmesini ya da avans şeklinde kullanmasını sağlıyorsa, bu da nakdi kredi şekline dönüşerek tüketici kredi sözleşmesi olarak değerlendirilecektir³².

TKHK m. 22'de, tüketici kredilerini düzenlerken kredi kartı sözleşmelerine de ayrıca yer vermiştir. Kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi sayılıp sayılmayacağı mülga 4077 sayılı Kanun döneminde

sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır. Birinci fıkrada belirtilenlere ilâve olarak, kalkınma ve yatırım bankalarının finansal kiralama yöntemiyle sağladığı finansmanlar ile katılım bankalarının taşınır ve taşınmaz mal ve hizmet bedellerinin ödenmesi suretiyle veya kâr ve zarar ortaklığı yatırımları, taşınmaz, ekipman veya emtia temini veya finansal kiralama, mal karşılığı vesaikin finansmanı, ortak yatırımlar veya benzer yöntemlerle sağladıkları finansmanlar da bu Kanun uygulamasında kredi sayılır”.

²⁹ BAYSAL, s. 283; BAYKAN, Mevzuat, s. 382.

³⁰ RG, S. 29363 T. 22.05.2015.

³¹ “(5) Bu Yönetmelik hükümleri, aşağıda sayılan sözleşmeler hakkında uygulanmaz:

a) Konut finansmanı sözleşmeleri.

b) Kredinin otuz gün içerisinde geri ödenmesini gerektiren kredili mevduat hesabı sözleşmeleri ile çek, teminat mektubu gibi gayrinakdi kredi sözleşmeleri.”

³² YILDIRIM AKKAYAN Ayça, “Kredi Kartı Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisi Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 73- 1, 2016, s. 265.

tartışmalıydı³³. Bu tartışmalar, hem Kanun'da açık hüküm bulunmaması hem de tüketici kredisi tanımının belli sınırlar içinde yapılmasından kaynaklanıyordu. 2003 tarihinde 4822 sayılı Kanun ile yapılan önemli değişikliklerde kredi kartı sözleşmelerine ilişkin de bir düzenleme eklendi. Tüketici kredilerini düzenleyen 10. maddeye eklenen 10/A maddesinde "*Kredi kartı ile mal veya hizmet alımı sonucu nakdi krediye dönüşen veya kredi kartı ile nakit çekim suretiyle kullanılan krediler de 10 uncu madde hükümlerine tabidir.*" hükmüne yer vermek suretiyle kredi kartlarını tüketici kredisi olarak tanımıştır. Bu değişiklikten sonra doktrinde de kredi kartı sözleşmelerinin tüketici kredisi niteliğine sahip olduğu yönünde görüşler belirtilmiştir³⁴. Bu sayede kredi kartlarına ilişkin tartışma da sona ermiştir³⁵. Ayrıca bankacılık hukukunun da güncel düzenlemeleri kapsamında kredi kartlarını kredi kapsamında değerlendirdiği sonucuna varılabilecektir³⁶. Bu kapsamda bir değerlendirme yapıldığında, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu³⁷ m. 50/V hükmünde de "*... kredi kartı verilmesi suretiyle kullanılacak krediler...*" ifadesiyle, kredi kartlarının kredi kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Bununla birlikte 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu³⁸ bu konuda açık bir düzenleme yapmamakla beraber; gerek genel düzenleme sistematığı gerekse kanunlaşma sürecindeki gelişmeler, kredi kartlarının gerçek kişiler bakımından tüketici kredisine ilişkin hükümlere tabi olacağı sonucuna ulaştırmaktadır³⁹.

6502 sayılı Kanun'un kredi kartı sözleşmelerine ilişkin düzenlemesi incelendiğinde ise kredi kartı sözleşmelerine ilişkin açık bir ifadeye yer verilmesine rağmen her türlü kredi kartı sözleşmesinin doğrudan tüketici

³³ Tartışmaların ayrıntıları için bakınız; CEYLAN, Kredi Kartı, s. 33 vd; BUHUR Oğuzhan, Hukuki Yönleriyle Kredi Kartı, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2021, s. 22.

³⁴ Görüş bildiren yazarlar için bakınız; CEYLAN, Kredi Kartı, s. 33, BAYKAN, Mevzuat, s. 405; AKİPEK, s. 187.

³⁵ CEYLAN, Kredi Kartı, s. 32; BUHUR, s. 28.

³⁶ CEYLAN, Kredi Kartı, s. 37.

³⁷ RG, S. 25983 T.19.10.2005.

³⁸ RG, S. 26095 T.23.02.2006.

³⁹ TBB Kredi Kartları Çalışma Grubu, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu Değerlendirme Toplantısı Bankacılık Dergisi S. 56, 2006, s. 95; CEYLAN, Kredi Kartı, s. 36.

kredisi kabul edilmediği anlaşılmaktadır⁴⁰. Kanun koyucu 22. maddenin ikinci fıkrasında, kredi kartı sözleşmesinin tüketici kredi sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için bazı ek şartlar aramıştır⁴¹. Düzenlemeye göre, tüketicinin ödemesinin en az üç ay ertelenmesi veya benzer şekilde taksitle ödenmesi imkânının sağlanması hallerinde tüketici kredi sözleşmesi olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu şartları sağlamayan bir kredi kartı tüketici kredisi değil; yalnızca bir ödeme aracı olacaktır⁴². Bu noktada önemli olan, tüketicinin bu imkânı kullanarak en az üç ay sonra ödeme yapıp faiz ödemesi değildir. Tüketici ödemelerini geciktirmeksizin yaparak hiç faiz ödemeyebilir. Ancak önemli olan, tüketici kullanmasa bile kendisine bu imkânın verilmiş olmasıdır⁴³. Yine aynı bakış açısıyla, tüketiciye en az üç ay ödeme erteleme imkânı veren, kullanımındaki diğer kartlar da kredi kartlarına ilişkin bu düzenlemeye tabi olacaktır⁴⁴. Buna karşın, kredi kartı kullanımında birden fazla taksitle bölünüyor olsa bile bu bölünme belli bir menfaat karşılığında yapılmıyorsa, yani tek çekim fiyatı ile taksitli fiyatı arasında fark yoksa yapılan işlem tüketici kredisi olarak değerlendirilemeyecektir⁴⁵.

B. TÜKETİCİ KREDİ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tüketici kredi sözleşmesinin hukuki niteliği, 4077 sayılı Kanun öncesinde, 4077 sayılı Kanun döneminde ve 4822 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler döneminde tartışmalıydı⁴⁶. Bu dönemlerde önce sözleşmenin Kanun tarafından hiç düzenlenmemiş olmasından hareketle, sözleşmenin atipik bir sözleşme olduğu sonucu çıkarılıyordu⁴⁷. 4077 sayılı

⁴⁰ BUHUR, s. 30; GÜMÜŞ, s. 179; AKİPEK, Milli Şerh, s. 491; CEYLAN, Teminat, s. 101.

⁴¹ ZEVLİLER/ÖZEL, s. 236; YILDIRIM, s. 267; AKİPEK, Milli Şerh, s. 491.

⁴² AKİPEK, Milli Şerh, s. 491; AYDOĞDU Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet, 2015, s. 239; ATAMER, s. 27.

⁴³ AKİPEK, Milli Şerh, s. 491; BAYSAL, s. 287; EKER, s. 13.

⁴⁴ BAYSAL, s. 287; EKER, s. 13.

⁴⁵ ÇABRİ Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, Adalet, 2016, s. 379; GÜMÜŞ, s. 181.

⁴⁶ Tartışmalara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bakınız, GEZDER Ümit, Tüketici Kredi Sözleşmeleri, İstanbul, Beta, 1998, s. 67; ASLAN İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa, Ekin, 2013, s. 200; KARA İlhan, Tüketici Hukuku, Ankara, Engin, 2012, s. 577; AKİPEK, s. 213; EKER, s. 44.

⁴⁷ AKİPEK, s. 213.

Kanun'da yapılan tüketici kredi düzenlemesinin, sözleşmenin asli edimlerini hüküm altına almamış olması dolayısıyla sözleşmenin yine atipik bir sözleşme olduğu sonucuna varan görüşler olduğu gibi uygulamadaki birçok soruna çözümler getiren düzenlemesi dolayısıyla tipik sözleşme olduğu çıkarımı da yapıyordu. 4077 sayılı Kanun'da, 4822 sayılı Kanun ile 2003 yılında yapılan değişiklikle tüketici kredi sözleşmesi tanımı sonrası, bu sözleşmenin isimli sözleşme niteliğine sahip olmasıyla ilgili bir şüphe kalmamıştır⁴⁸.

6502 sayılı TKHK bakımından, tüketici kredi sözleşmelerinin isimsiz sözleşme olma iddiası bulunmamaktadır. Zira Kanun 22 ila 31. maddeler arasında ayrıntılı bir şekilde tüketici kredi sözleşmelerini, tarafların hak ve borçlarını düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre tüketici kredi sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴⁹. Kredi verenin borcu; nakdi bir tutarın ödenmesi, ödemenin ertelenmesi veya taksitlendirilmesi olabileceği gibi kredi kartı sözleşmesi söz konusu ise bu sözleşmede ödemenin üç aydan fazla ertelenmesi ya da taksitlendirilmesidir. Tüketicinin borcu ise, kredi verenin borcuna karşılık, kredi verene faiz veya benzeri bir menfaat ödemesidir. Kanun'da hem bağlı krediler hem de bağlı kredi niteliğinde olmayan sözleşmeler asli edim yükümlülükleri ile düzenlenmiştir. Bu bakımdan hem bağlı hem de diğer tüketici kredi sözleşmeleri isimli sözleşme niteliğindedir⁵⁰.

C. TÜKETİCİ KREDİ SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ

TKHK m. 22/3 hükmü⁵¹, tüketici kredi sözleşmelerinin geçerliliğini yazılı şekilde yapılmış olması şartına bağlamıştır. Belirtilen bu şekil, sözleşme açısından geçerlilik şeklidir⁵². Yazılı şekle uyulmaksızın yapılan tüketici kredi sözleşmesi batıl olacaktır. Düzenleme, şekle aykırılığın yaptırımını geçersizlik olarak düzenlemekle birlikte, bu geçersizliği ileri sürme

⁴⁸ AKİPEK, s. 214.

⁴⁹ AKİPEK, Milli Şerh, s. 486; ÖZTEK, s. 8; CEYLAN, Tüketici-1, s. 49; EKER, s. 42.

⁵⁰ ÇINAR, s. 41; EKER, s. 42.

⁵¹ "Tüketici kredisi sözleşmesi yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmaz. Geçerli bir sözleşme yapmamış olan kredi veren, sonradan sözleşmenin geçersizliğini tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri süremez."

⁵² ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 242; AKİPEK, Milli Şerh, s. 496; ÖZTEK, s. 10; YÜCE, s. 409.

bakımından kredi verene ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. Kredi veren, yazılı yapmayarak geçersiz akdettiği tüketici kredi sözleşmesinin geçersizliğini, sonradan tüketici aleyhine ileri süremeyecektir. 4077 sayılı Kanun'da sözleşmenin belirtilen şekilde yapılmaması halinde yaptırımının ne olacağı belirtilmediğinden doktrinde tartışmalı sonuçlar ortaya çıkmaktaydı⁵³. 6502 sayılı Kanun'da şekle aykırılık hali yaptırımıyla birlikte düzenlendiğinden bu tartışmalara son vermiştir. Maddenin gerekçesinde de sözleşmenin yazılı olarak düzenlenmesinin kredi verenin yükümlülüğünde olduğu belirtilmiş, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kredi verenin de geçersizliği ileri sürme hakkı olmadığına altı çizilmiştir⁵⁴.

Bu düzenlemenin, tek taraflı bağlamazlık (esnek hükümsüzlük) hükmü olduğu ileri sürülmüştür⁵⁵. Bazı yazarlar ise tek taraflı geçersizlik olduğunu ileri sürmüşlerdir; yani geçersizlik sadece tüketici tarafından ileri sürülebilecek, kredi veren tarafından ileri sürülemeyecektir⁵⁶. Doktrinde bir görüş de bu geçersizliğin butlan olmakla beraber, aslında kendine özgü (sui generis) bir geçersizlik olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür⁵⁷. Bir diğer görüşte ise bu hüküm kapsamında yalnızca kredi veren tarafından değil; tüketici tarafından ileri sürülmesinin de hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabileceği belirtilmiştir⁵⁸.

Geçersizliğin kredi veren tarafından ileri sürülememesi hükmü, her ne kadar uygulamada sıkça rastlanan, kredi verenlerin geçersizlik iddialarına açık bir yasak getirmek istenmişse de aslında bu düzenleme olmasaydı da aynı yaptırım, TMK'nın ikinci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen, hakkın kötüye kullanılması yasağı uyarınca da elde edilebilecekti⁵⁹. Zira kredi veren, uzmanlığı gereği, tüketici kredi sözleşmesini yazılı şekilde yapması gerektiğini bilmesine rağmen bu şekle uygun

⁵³ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 242; ÖZTEK, s. 10; EKER, s. 70.

⁵⁴ (çevrimiçi, et.19.08.2021) <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>

⁵⁵ BAYSAL, s. 290; AYDOĞDU, s. 240; tartışmalar için bkz. ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 243.

⁵⁶ ÇABRİ, s. 394; KARAKOCALI/KURŞUN, s. 102.

⁵⁷ İNAL, s. 739.

⁵⁸ YÜCE, s. 409.

⁵⁹ ÇABRİ, s. 394; GÜMÜŞ, s. 183; ATAMER, s. 92.

yapmayarak daha sonra da bu geçersizliği tüketici aleyhine ileri sürmek suretiyle Kanun'un şekil şartı getirmekle korumaya çalıştığı menfaatin dışında, açıkça hakkını kötüye kullanmış olacaktır⁶⁰. Dolayısıyla kredi verenin bu iddiası TMK m. 2/2 uyarınca geçerli bir iddia olarak kabul edilmeyecektir⁶¹.

Kanun'un 31. maddesi, sözleşmenin zorunlu içeriğinin Yönetmelik'çe belirleneceğine işaret etmiştir; fakat Kanun'da düzenlenmesi gereken bu unsurların Yönetmelik'in belirlemesine bırakılması, isabetli bulunmamıştır⁶². Yönetmelik'in 10. maddesi de şekle ilişkin yazılılık şartını belirtmekle beraber, zorunlu içeriği de düzenlemiştir. Zorunlu içeriğin belirtildiği bu düzenlemeye göre *"tüketici kredisi sözleşmesinin; en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bir örneğinin, kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur"*.

Tüketici kredi sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmamasının yaptırımını geçersizlik olarak belirlenmiş olmasına rağmen; sözleşmenin zorunlu içeriğine uyulmamış olmasının yaptırımını düzenlenmemiştir. Bu düzenleme, doktrinde zorunlu içeriğe uymamanın da kesin hükümsüzlük yaptırımına uğrayacağı ve devamındaki *"tüketici aleyhine ileri sürülemez"* ifadesinin de TMK m. 2/2'ye göre hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği şeklinde yorumlanmıştır⁶³. Ancak bu durumda, TKHK'un ikinci kısmında yer alan *"Temel İlkeler"* başlığındaki 4. madde⁶⁴ düzenlemesine başvurmak da sözleşmeyi ayakta tutmak bakımından işlevsel

⁶⁰ OĞUZMAN M. Kemal *"Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suiistimali"*, İstanbul Barosu Dergisi, C. XXIX S. 6, 1995, s. 256; AKYOL Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2006, s. 24.

⁶¹ AKİPEK, Milli Şerh, s. 497.

⁶² GÜMÜŞ, s. 182, yazar, Kanun'la düzenlenmesi gereken bu hususa ilişkin, Yönetmelik'e yapılan atfın ağır bir yetki gaspına yol açtığını belirtmektedir; aynı yönde AKİPEK, Milli Şerh, s. 484; YÜCE, s. 410.

⁶³ AKİPEK, Milli Şerh, s. 497.

⁶⁴ *"...Sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması durumunda, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhâl giderilir"*.

olacaktır⁶⁵. Bu hükme göre, zorunlu içeriğe uyulmamış olması halinde doğrudan sözleşmenin geçersizliği sonucuna ulaşılmayacaktır. Zorunlu içeriğin yok veya eksik olması halinde, eksikliği sözleşmeyi düzenleyen derhal giderecektir. Yani tüketici kredi sözleşmesinde sözleşmeyi düzenleyen sıfatıyla kredi veren, Yönetmelik'te belirtilen zorunlu içerikteki eksikliği derhal tamamlayacaktır.

I. TÜKETİCİ KREDİSİNİN HÜKÜMLERİ

A. KREDİ VERENİN BORÇLARI

TKHK m. 22'de, tüketici kredi sözleşmesinin tanımı yapılırken tarafların asli edimleri de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, kredi veren, nakdi ödeme veya tüketicinin ödemesinin ertelenmesi, ödemenin taksitlendirilmesi ya da benzer finansman araçlarıyla kredi vermeyi borçlanmaktadır. Bunlar kredi verenin asli borçları olmakla birlikte, kredi verene Kanun başka bazı borçları da yüklemiştir. Bunların en başında, tüketiciyi koruma niteliği dolayısıyla, sözleşmeden önce ve sözleşme esnasında tüketicinin bilgilendirilmesi borcu gelmektedir⁶⁶.

1. SÖZLEŞME ÖNCESİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü, TKHK m. 23⁶⁷'te düzenlenmiş, ön bilgilendirmenin ayrıntıları, Kanun'un 31. maddesinin yönlendirmesiyle, Yönetmelik'in ikinci bölümünde ayrıca ele alınmıştır. Buna göre, sözleşmenin tam olarak kurulmasından önceki süreçten başlayarak kredi verenin borçları başlatılmıştır. Kanun, bu yükümlülüğün hem kredi verene hem de kredi almada aracı olan kişiye ait olduğunu belirtmiştir. Buna göre, kredi verenin ön bilgilendirme yükümlülüğü, kredi veren veya aracının, kredinin şartlarını tüketiciye bildirmeleri ile yerine getirilmiş olacaktır. Bilgilendirmenin gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için, kredinin şartlarının yazılı olduğu form, tüketiciye verilmelidir. Kanun, tüketiciye verilecek bu formun süresi olarak makul süreyi

⁶⁵ BAYSAL, s. 290; EKER, s. 74.

⁶⁶ CEYLAN Ebru, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri – II" (Tüketici-2), TBB Dergisi, Sayı 80, 2009, s. 127.

⁶⁷ "Kredi verenin ve varsa kredi aracısının, tüketiciye, teklif ettikleri kredi sözleşmesinin koşullarını içeren sözleşme öncesi bilgi formunu, sözleşmenin kurulmasından makul bir süre önce vermesi zorunludur."

öngörmüştür. Tüketicie verilecek bu form, kredi veren için bağlayıcı nitelikte olacaktır; yani kredi veren bu formda beyan ettiği hususları tek taraflı değiştiremeyecektir⁶⁸.

Ön bilgilendirmenin amacı, taraflar arasındaki bilgi asimetrisini gidermek⁶⁹ ve böylece aydınlatılmış tüketicinin kredi sözleşmesi akdetmesidir⁷⁰. TKHK'un 23. maddesinin gerekçesinde⁷¹, ön bilgilendirmenin, tüketicilere tanınan son kez düşünme ve araştırma süresi olduğu belirtilmiştir. Gerekçeye göre, bu süreçte tüketici, kredi sözleşmesinin şartları hakkında bilgi sahibi olabilecek ve kararlarını daha bilinçli verebilecektir. Bu sayede tüketicinin, sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında sözleşmenin tarafını ve içeriğini belirleme hakkı korumaya alınmış olur⁷².

Yönetmelik'in 5. maddesi, ön bilgilendirmenin şeklini hükme bağlamıştır. Buna göre, ön bilgilendirme aracı olan *"bilgi formlarının; en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bir örneğinin kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi zorunludur"*.

Yönetmelik, ön bilgilendirmenin zorunlu içeriğine dair düzenlemesini, belirli süreli tüketici kredisi ve belirsiz süreli tüketici kredisi için ikiye ayırarak yapmıştır. Belirli süreli tüketici kredisindeki ön bilgilendirmeye ilişkin zorunlu içerik 6. maddede düzenlenmişken; belirsiz süreli kredi sözleşmelerine ilişkin düzenleme 7. maddede ele alınmıştır. Bu maddelerde tüketicinin bu sözleşmeyi akdederse sonuç olarak nasıl bir borç altına gireceğini, hak ve borçlarını öğrenmesi amaçlanmıştır⁷³.

⁶⁸ ÇABRİ, s. 404; EKER, s. 85.

⁶⁹ BAYSAL, s. 291.

⁷⁰ AKİPEK, Milli Şerh, s. 499; BAYSAL, s. 295; CEYLAN, Tüketici-2, s. 127.

⁷¹ (çevrimiçi, et. 19.08.2021) <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>.

⁷² AKİPEK, Milli Şerh, s. 500; "...tüm tüketici sözleşmelerinin kurulması öncesinde ve kurulması sırasında tüketicinin bilgilendirilmesi yükümlülüğünün düzenlendiği bütün hallerde amaç, taraflar arasındaki dengesiz durumu gidermek ve tüketicinin de bilgilendirilmiş bir şekilde sözleşme kurmasına imkân tanımaktır. Zaten Tüketicinin Korunması hakkındaki Kanunun varlık nedeni muazzam örgütlülüğe sahip banka ve sigorta gibi dev kurumlarla imzalanan sözleşmelerde birey olarak zayıf konumdaki tüketiciyi korumaktır..."(13. HD., E. 2014/27392 K. 2015/26413 T. 7.9.2015) (çevrimiçi, www.lexpera.com.tr., et. 19.08.2021)

⁷³ "...Sözleşmenin imzalandığı tarihte tüketiciye kredi açarken kendi alacağını, menfaatleri doğrultusunda adi kefalet ya da maaştan ödeme taahhüdüyle teminat altına

Özellikle faiz oranlarının temsili örnekler üzerinden anlatılması düzenlenmesi ile bu konuda uzmanlığı olmayan tüketici için de gerekli aydınlatmanın sağlanmış olması amaçlanmıştır. Bu maddeler sayesinde tüketici, aldığı krediyi ne kadar farkla geri ödeyeceğini net bir şekilde bilebilecek duruma gelebilecektir⁷⁴.

Ön bilgilendirmenin süresi için Kanun'da öngörülen "makul süre"den ne anlaşılması gerektiği tartışılabilir⁷⁵. Kanun'da, m.40'ta ön ödemeli konut satış sözleşmesi ve m.50'de devre tatil ve uzun süreli tatil hizmeti sözleşmeleri için, ön bilgilendirmenin "en az bir gün önce" yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Bir görüş, tüketici kredi sözleşmeleri için de bu bir günlük sürenin uygulanabileceğini ileri sürmüşlerdir⁷⁶. Fakat tüketici kredi sözleşmesi için bu şekilde açık bir düzenleme yapılmadığına göre, bunun kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğu kabul edilerek, makul süreyi doğrudan sözleşmeden en az bir gün önce olarak anlamamak gerekmektedir⁷⁷. Bir başka görüş ise, burada amacın diğer kredi imkânlarıyla kıyaslanması olduğundan bu teklifin diğerleriyle mukayese edilmesi için 3-4 günlük sürenin makul süre olabileceğini belirtmiştir⁷⁸. Bir başka görüşün savunduğu gibi her somut duruma göre makul süre değerlendirmesinin yapılması gerekir⁷⁹. Makul süreyi, ön bilgilendirmenin amacıyla birlikte değerlendirerek, tüketicinin yeterince düşünmesine, kıyas yapmasına ve bilinçli bir şekilde karar vermesine yetecek kadar

alırken, tüketicinin ölümü halinde eş ve çocuklarını koruyacak şekilde kredi borcunun sigortalıması konusunda bilgilendirme yapmaması hukuken korunamaz. Banka kredi hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün yapıldığını ispat etmek zorundadır. Olayda davalı bankanın 15.09.2010 tarihli bilgilendirme formu adlı içeriği doldurulmamış olan belge ile bilgilendirmeyi yapmadığı açıktır. Bu nedenle tüketiciyi sigorta konusunda bilgilendirmediği için bankanın az da olsa kusurlu olduğu kabul edilmelidir." (13. HD., E. 2015/31586 K. 2016/22675 T. 1.12.2016) (çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, et. 19.08.2021)

⁷⁴ AKİPEK, Milli Şerh, s. 500; BAYSAL, s. 296; CEYLAN, Tüketici-2, s. 127 ATAMER, s. 60.

⁷⁵ BAYSAL, s. 296; EKER, s. 83.

⁷⁶ AYDOĞDU, s. 244.

⁷⁷ BAYSAL, s. 296.

⁷⁸ ATAMER, s. 71.

⁷⁹ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 244; BAYSAL, s. 297.

takdir etmek gerekir⁸⁰. Sürenin makul olup olmadığının tespitinde, makul, orta zekâlı bir tüketici esas alınacaktır⁸¹.

Ön bilgilendirmenin yapılmamış olması halinde yaptırımının ne olacağı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak TKHK m. 4'teki genel hükümden hareketle, bu durumda eksikliğin giderilmesi ile sözleşme ayakta tutulabilecektir. Dolayısıyla tüketiciye bilgilendirme formunu iletmeyen kredi veren, ön bilgilendirme formunu vererek yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktır⁸². Buna karşın doktrinde, ön bilgilendirmenin tüketici açısından önemi dolayısıyla, bu konudaki eksikliğin yalnızca tüketici tarafından ileri sürülebilecek bir kesin hükümsüzlük yaptırımı olması gerektiği de ileri sürülmüştür⁸³. Ayrıca Kanun, bu konuda idari para cezası yaptırımı da öngörmüştür. TKHK m. 77'ye göre, 23. maddede belirtilen ön bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kredi verene karşı, 200 Türk Lirası idari para cezasına hükmedilir. Fakat idari para cezası yaptırımına başvurulmuş olmasının, TBK kapsamında borca aykırılık ve sözleşmenin geçersizliği hükümlerine başvurmayı engellemeyeceği de göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁴.

Diğer taraftan ön bilgilendirme yapılmış olması, tarafları kredi sözleşmesi yapmaya zorlamaz. Bu manada ön bilgilendirme yükümlülüğü, tüketici kredi sözleşmesinden bağımsızdır⁸⁵. Zaten böyle bir mecburiyet, ön bilgilendirmenin amacına aykırıdır. Ön bilgilendirme ile tüketici, düşünme ve karar verme imkânına kavuşmuştur. Bu süreçten sonra, kredi sözleşmesinin kendisi için uygun olmadığına karar verirse sözleşme yapmayacaktır.

Yönetmelik, ön bilgilendirmeye ilişkin bir de muafiyet hükmü getirmiştir. Yönetmelik'in 8. maddesine göre, mal veya hizmet sağlayıcısı, yardımcı kişi sıfatıyla kredi aracısı olarak hareket ediyorsa, sözleşme

⁸⁰ AKİPEK, Milli Şerh, s. 500; CEYLAN, Teminat, s. 115; ATAMER, s. 71; YILMAZ, s. 93; EKER, s. 83.

⁸¹ ÇABRİ, s. 403; BAYSAL, s. 293; YILMAZ, s. 93; EKER, s. 83.

⁸² BAYSAL, s. 297

⁸³ ÇABRİ, s. 404; EKER, s. 87.

⁸⁴ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 244.

⁸⁵ BAYSAL, s. 299.

öncesi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Her ne kadar bu nitelikteki kredi aracısının bilgilendirme yükümlülüğü olmasa da kredi verenin ön bilgilendirme yükümlülüğü bu durumda da devam edecektir. Kredi aracı gibi hareket eden satıcı veya sağlayıcının bu yükümlülükten muaf tutulmasının nedeni, kredi sözleşmesinin tarafı kabul edilmemesi, sadece kredi teklifinde bulunabilme yetkisine sahip olmasıdır⁸⁶.

2. SÖZLEŞMENİN ZORUNLU İÇERİĞİ HAKKINDA BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Kredi verenin sözleşme öncesi dönem için ön bilgilendirme yükümlülüğünün yanında sözleşmenin kurulmasında da bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük TKHK'da açıkça düzenlenmemiş, m.31 atfıyla Yönetmelik'in düzenlemesine bırakılmıştır. Yönetmelik'in üçüncü bölümünde m.10 ve devamında, sözleşmenin şekli, belirli ve belirsiz süreli tüketici kredi sözleşmelerinin zorunlu içeriği ve sözleşmede değişiklik yapılması hususları yer almıştır. 10. maddede belirtilen şekil kuralları Kanun'un 4. maddesi ve Yönetmelik'in ön bilgilendirme için belirlediği şekil şartlarıyla aynıdır.

Belirli ve belirsiz süreli kredi sözleşmelerinin zorunlu içerikleri de yine, ön bilgilendirmedeki zorunlu içerikle paralel olarak, tüketicinin akdettiği sözleşme ile geri ödemek zorunda olduğu faiz, sözleşmeden doğan hakları, ödemeye ilişkin esaslar, taksitler, temerrüt, teminatlar ve benzer hususlara ilişkindir. Kredi veren, zorunlu içerik kapsamında sayılan bu bilgilere ilişkin tüketiciyi aydınlatma yükümlülüğü altındadır.

Kredi verenin, sözleşmeyi belirtilen şekilde yapmaması durumunda Kanun'un 4. maddesi uyarınca eksikliği giderilerek sözleşme ayakta tutulabilecektir. Ancak şekle aykırılık, tüketiciyi aldatmak maksadıyla yapılmışsa, bu durumda Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen haksız şart hükmü uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına başvurulacaktır⁸⁷. Aldatma kastı gibi ağır bir ihlal yoksa eksikliklerin giderilmesiyle sözleşmenin geçerliliği devam ettirilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, eksikliğin neye ilişkin olduğudur. Eğer eksiklik, sözleşmenin

⁸⁶ KARAKOCALI/KURŞUN, s. 101.

⁸⁷ BAYSAL, s. 300; ÇINAR, s.51.

esaslı unsurlarına ilişkin ise zaten sözleşme kurulmamış olacaktır. Bu aşamada tüketici kredi sözleşmesi de TBK kapsamında sözleşmeler hukukuna tabi olduğu için TBK m. 2/1 uyarınca, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı unsurları üzerinde anlaşmış olmaları gerekir. Dolayısıyla eksiklik, tüketici kredi sözleşmesinin esaslı unsurlarında ise artık eksikliklerin giderilerek sözleşmenin ayakta tutulacağı ileri sürülemez⁸⁸.

Yönetmelik, 13. maddede⁸⁹, sözleşmede değişiklik yapılması halini düzenlemiştir. Bu maddede de belirli ve belirsiz tüketici kredi sözleşmelerini ayırarak bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, belirli süreli kredi sözleşmelerinin şartları, tüketici aleyhine değiştirilemeyecektir. Bu maddenin getirdiği yasak, nisbi emredici hüküm niteliğindedir⁹⁰. Belirsiz süreli kredi sözleşmelerde ise değişikliğin mümkün olduğu kabul edilmekle beraber değişikliğin yalnızca faize ilişkin⁹¹ mi yoksa bütün hususlara ilişkin mi olduğu; yalnız faize ilişkinse sadece faizin artırımını halinde mi yoksa hem artırımını hem azaltılmasını halinde mi bu hükme başvurulacağı tartışmalıdır⁹². Bu alanlar net olmasa da Gerekçe⁹³ de, sözleşmede

⁸⁸ BAYSAL, s. 301.

⁸⁹ "(1) Belirli süreli kredi sözleşmesinin şartları, tüketici aleyhine değiştirilemez.

(2) Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde akdi faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra varsa yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez.

(3) Belirsiz süreli kredi sözleşmesinde yer alan akdi faiz oranı dışında diğer sözleşme şartlarında değişiklik yapılması halinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce tüketiciye, yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile bildirilmesi zorunludur. Tüketici, bu değişikliği kabul etmeyerek 25 inci maddede yer alan fesih hakkını kullanabilir".

⁹⁰ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 250; AKİPEK, Milli Şerh, s. 514; EKER, s. 113.

⁹¹ Akipek, her ne kadar madde başlığının "sözleşmede değişiklik yapılması" şeklinde olsa da içeriğin yalnızca faiz oranındaki değişikliğe ilişkin olduğunu vurgulayarak hükmün yalnızca faiz oranlarındaki değişikliğe uygulanması gerektiğini belirtmiştir, AKİPEK, Milli Şerh, s. 514; aynı yönde EKER, s. 115.

⁹² ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 250-251; EKER, s. 115.

⁹³ (çevrimiçi, et. 19.08.2021) <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>.

değişiklik yapılması sürecinde her zaman hakkın kötüye kullanılması ya-
sağının geçerli olduğu vurgulanmıştır.

Sözleşmede yapılacak değişikliğin, Yönetmelik'te belirtilen usule ve belirtilen sürelerde tüketiciye bildirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin kurulmasında aranan bilgilendirme yükümlülüğü, sözleşmede değişiklik yapılması halinde de kredi verenin yükümlülüğüdür. Taraflar kendi ara-
larında anlaşsalar bile zayıf taraf olan tüketicinin korunması için her du-
rumda madde metninde belirtilen şekilde bildirim yapılması gerekir⁹⁴. Tüketici kredi sözleşmesinde kredi verene tanınan bu hakkın, Yönetme-
lik'le verilmesinin Kanun'a aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁹⁵. Zira Ka-
nun'un 26. maddesinde⁹⁶, değişiklik yalnızca belirsiz süreli kredi sözleş-
meleri için ve akdi faizle sınırlı olarak kabul edilmiştir. Kanun'un bu da-
raltmasına karşı Yönetmelik'le diğer hususlarda da değişiklik yapılabile-
ceğinin belirtilmesi, Kanun'a aykırı olacağından, değişikliğin yalnızca
akdi faize ilişkin olarak ve belirtilen süre ve esaslara uygun yapılması ge-
rekecektir.

3. KREDİYİ VERME BORCU

Tüketici kredi sözleşmelerinde kredi verenin asli edim yükümü
kredi sağlamadır⁹⁷. Tüketici kredi sözleşmesinin tanımında ifade edildiği
gibi kredi veren, krediyi birçok yolla verebilir. Ödünç şeklinde nakdi ola-
rak verebileceği gibi tüketicinin ödemesini erteleyerek de kredi sağlaya-
bilecektir. Bu kapsamda kredi kartı sözleşmelerinde, ödemenin üç aydan

⁹⁴ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 251.

⁹⁵ AKİPEK, Milli Şerh, s. 484; ÇINAR, s. 54.

⁹⁶ "(1) Belirli süreli kredi sözleşmesinin şartları, tüketici aleyhine değiştirilemez.

(2) Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde, bu de-
ğişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri sak-
layıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının
yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine
ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük
olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun
tamamını ödediği ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez".

⁹⁷ AKİPEK, s. 275; ÖZTEK, s. 12; CEYLAN, Tüketici-2, s. 129; KARAKOCALI/KUR-
ŞUN, s. 104.

daha uzun süre ertelenmesi halinde de kredi veren, kredi borcunu ifa etmiş olacaktır.

Kredinin kime verileceğinin tespitinde, kredi sözleşmesinin bağlı kredi olup olmamasına göre bir ayrıma gitmek gerekecektir. Eğer sözleşme kredi veren ile tüketici arasında kuruluyorsa kredi verme borcu, tüketiciye ifa edilecektir. Eğer bağlı kredi söz konusu ise veya kredinin üçüncü kişiye ifa edileceği belirlenmişse, kredi satıcı veya sağlayıcıya ifa edilecektir⁹⁸.

Genel hükümlere göre taraflar, sözleşmede kararlaştırılan edimin ifası için belli bir tarih belirleyebilirler. Eğer bir tarih belirlenmişse kredi borcu bu tarihte muaccel olacaktır; tarih belirlenmemişse de kredi sözleşmesinin kurulduğu tarihte borç muaccel olacaktır (TBK m. 90). Kredi borcunun ifa edilmesinde de genel hükümlere göre borcun niteliği dikkate alınarak önce kredi verenin borcunu ifa etmesi gerektiği sonucuna varılabilecektir (TBK m. 97)⁹⁹. Yine genel hükümler kapsamında, kredinin Türk Lirası mı yoksa yabancı para mı olacağı belirlenebilecektir. Bu kapsamda TBK m. 99'daki Türk Lirası ile ödeme seçenekleri de mevcuttur. TBK m.89 uyarınca konusu para olan borçların alacaklının ödeme yerinde yapılması düzenlenmiştir. Ancak kredi sözleşmesinin niteliği gereği, sürekli kredi sözleşmesi yapan kredi kuruluşlarının her sözleşmede alacaklının yerleşim yerine gitmesi beklenemeyeceğinden ilgili banka veya kredi kuruluşunda ifa kabul edilmelidir¹⁰⁰. Zaten uygulamada da kredi kuruluşları, tüketici veya tüketicinin belirttiği kişi adına açılan hesaba krediyi yatırmakla borcunu ifa etmektedir.

4. KREDİ VERENİN BAĞLI KREDİLER KAPSAMINDA AYIP VE ZAPTA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

Tüketici kredi sözleşmeleri kapsamında ayıp ve zapt sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemeler yapılmamıştır. TKHK'un üçüncü

⁹⁸ ZEVLİLER/ÖZEL, s. 258; ÇINAR, s. 46; BAYKAN, Mevzuat, s. 396; AKİPEK, s. 277; ÖZTEK, s. 12.

⁹⁹ ÇINAR, s. 46.

¹⁰⁰ ÇINAR, s. 47.

kısımında ayıplı mal ve hizmetler ele alınmıştır ki bu hükümler, genel hüküm olmakla, Kanun kapsamındaki bütün sözleşme ilişkileri için geçerlidir.

Tüketici kredi sözleşmelerinin konusunun nakdi olması halinde, para edimi söz konusu olacağı için ayıptan bahsedilemeyecektir¹⁰¹. Kredi sözleşmeleri açısından ayıp, bağlı kredi olması halinde önem arz etmektedir¹⁰². Bağlı kredi, Kanun'un 30. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre bağlı kredi, tüketicinin yapacağı bir mal veya hizmetin tedarikine ilişkin sözleşmenin finansmanı olması için yapıyorsa ve bu iki sözleşme objektif açıdan ekonomik birlik oluşturuyorsa söz konusu olacaktır¹⁰³. Buradan da anlaşılacağı üzere bağlı krediler için birleşik sözleşme şeklinde iki ayrı sözleşmenin bulunması gerekmektedir¹⁰⁴. Bunlardan ilki tüketici ile satıcı arasında yapılan satış sözleşmesi; diğeri, satış sözleşmesinin finansmanını sağlamaya yönelik kredi sözleşmesidir¹⁰⁵. Bu iki sözleşmenin varlığı ve geçerliliği, diğerrinin varlığı ve geçerliliğinin akdi temelini teşkil etmektedir¹⁰⁶. Bu tip bir bağlı tüketici kredisinde, tüketici, kredi verenden aldığı krediyi, kendisine verilen talimat

¹⁰¹ ÇINAR, s. 47.

¹⁰² AKİPEK, s. 285.

¹⁰³ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 258; AKİPEK, s. 285; ATAMER, s. 154; *“Davacı, davalılardan müteahhit şirket İnşaat Ltd Şti den aldığı bağımsız bölümün tamamlanmaması nedeniyle gereken imalat bedeli, manevi tazminat, gecikme cezası ve sözleşmesel tazminatın tahsilini istemiş, davalı banka ise kredinin bağlı kredi olmadığı ve sorumluluğunun olmadığını savunmuştur. Mahkemece kredinin bağlı kredi olduğundan bahisle davanın her iki davalı yönünden kabulüne karar verilmiştir. 4077 Sayılı Yasanın 10/5 maddesi uyarınca, kredi veren kuruluşun verdiği kredinin bağlı kredi sayılabilmesi için, kredi verenin tüketici kredisini belirli marka, bir mal veya hizmet satın alması ya da belirli bir satıcı veya sağlayıcı ile yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi gerekir. Bu koşulları taşımayan tüketici kredisinin bağlı kredi olarak kabulü olanaksızdır. Davacının konut satın almada kullanmak üzere davalı bankadan kredi kullandığı sabittir. Davacı ile davalı arasında yapılan kredi sözleşmesinde satın alınacak malın herhangi bir özelliği belirtilmediği gibi, satıcı ismi de belirtilmemiştir. Davalılar arasında bir sözleşme olmadığı gibi, broşürlerde de davalı bankanın adı hiç geçmemiştir. Öyle olunca bankanın davacıya kullandırdığı kredinin bağlı kredi niteliğinde olmadığı anlaşılmaktadır. “(13. HD., E. 2015/29827 K. 2015/30307 T. 19.10.2015) (çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, et. 19.08.2021)*

¹⁰⁴ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 258; YILDIRIM, s. 268; BAYKAN, s. 58.

¹⁰⁵ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 258; YILDIRIM, s. 261;

¹⁰⁶ ÇABRİ, s. 465; GÜMÜŞ, s. 208; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 261.

doğrultusunda kullanmak zorundadır; yani kredi verene hesap vermek zorunda kalmaktadır¹⁰⁷.

Bağlı kredinin hukuksal mantığı (ratio legis); satıcı-sağlayıcının, tüketiciyi, çoğu kere arasında anlaşma bulunan belli bir kredi verenden kredi almaya yönlendirmesi halinde, mal veya hizmet sağlamaya yönelik sözleşme ile kredi sözleşmesi arasında bağlantı kurarak tüketiciyi korumaktır¹⁰⁸.

Ekonomik birliğin belirlenmesi, Kanun'un ikinci fıkrasında bentler halinde sayılmıştır. Buna göre ekonomik birlik;

“a) Satıcı veya sağlayıcının tüketici için krediyi finanse ettiği,

b) Üçüncü bir tarafça finanse edilmesi durumunda, kredi verenin kredi sözleşmesinin imzalanması veya hazırlanması ile ilgili olarak satıcı veya sağlayıcının hizmetlerinden yararlandığı,

c) Belirli bir mal veya hizmetin verilmesinin kredi sözleşmesinde açıkça belirtildiği,

durumlarından en az birinin varlığı hâlinde kabul edilir.”

Görüldüğü gibi ekonomik birliği oluşturan sözleşmelerden birinin konusu mal veya hizmet olacağı için bu durumda mal veya hizmetin ayıplı olması, ihtimal dâhilindedir. TKHK m.30/4¹⁰⁹'e göre, mal veya hizmet, hiç veya gereği gibi ifa edilmezse tüketicinin, ayıp hükümleri kapsamında dönme veya bedelde indirim seçimlik haklarını kullanmasından, satıcı veya sağlayıcı ile kredi veren, tüketiciye karşı müteselsilen sorumludur¹¹⁰. Tüketici, bedelde indirim hakkını kullanırsa, tüketici kredisinde indirim gidileceği gibi bağlı kredide de aynı oranda indirim yapılacak ve yeni bir ödeme planı tanzim edilecektir. Dönme halinde o güne kadar yapılan ödemelerin iadesinde de satıcı veya sağlayıcı ile kredi veren

¹⁰⁷ AKİPEK, Milli Şerh, s. 534.

¹⁰⁸ ÖZTEK Selçuk, s. 8; KARAKOCALI/KURŞUN, s. 111.

¹⁰⁹ GÜMÜŞ, s. 211, yazara göre madde yalnızca ayıplı ifa halinde uygulanacak bir hüküm olmayıp temerrüt dahil bütün sözleşme ihlalleri durumunda uygulanabilecektir.

¹¹⁰ NOMER Haluk Nami, ENGİN Baki İlkey, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I: Satış Sözleşmesi, I. Fasikül, 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2015, s. 24; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 256; AKİPEK, s. 295.

müteselsilen sorumlu olacaktır. Kanun'un 30. maddesi, bağlı kredilerde, kredi vereni, satıcı veya sağlayıcı ile birlikte sorumlu tutmakla birlikte kredi verenin sorumluluğunu sınırsız olarak belirlememiştir. Kredi verenin sorumluluğu, bir yıl ve kullanılan kredi miktarı ile sınırlı tutulmuştur. Kanun'da ayıba ilişkin düzenleme dönme ve bedelde indirimle bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla tüketici, sahip olduğu malın ayıpsız benzeriyle değişimi veya malın onarımı haklarını kredi verene ileri süremeyecektir¹¹¹. Ayıpsız benzeriyle değişim ve onarım hakları esasen birer aynen ifa yaptırımları olduğundan bu talebin kredi verene yöneltmesi isabetli değildir; dolayısıyla bu taleplerin muhatabı doğrudan satıcı veya sağlayıcı olacaktır¹¹².

Kanun koyucu benzer bir ilişkiyi son fıkrada ele alarak bu hususta ayrı bir düzenleme yapmıştır. Buna göre, kredi veren ile satıcı veya sağlayıcı arasında belirli bir malın veya hizmetin tedarikine ilişkin bir sözleşme yoksa; kredi veren, tüketicinin belirlediği mal veya hizmetin bedelini ödeyerek bir kredi sağlıyorsa burada bağlı kredi olmayacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde, kredi verenin ayıptan doğan sorumluluğu bulunmayacaktır.

B. KREDİ VERENİN HAKLARI

1. KREDİYİ VE FAİZİ TALEP ETME HAKKI

Tüketici kredi sözleşmesinin tam iki taraflı sözleşme olması ve taraf edimlerinin birbirinin karşılığı olması dolayısıyla tüketicinin borçları içinde düzenlenen her husus aslında kredi verenin haklarını oluşturmaktadır. Bunların içinde öncelikle devreye girecek olan, kredi verenin, kredinin iadesini ve krediye bağlı olarak belirledikleri faizi ve tüketicinin sorumlu olduğu masrafları talep etme hakkıdır. Bu hususlar, tüketicinin borçları başlığında ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹¹¹ ALTOP Atilla, "Bankaların Düzenledikleri Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Akdi Faiz, Erken Ödeme, Temerrüt, Sözleşmede Değişiklik Yapılması, Sigorta Yaptırılması, Bağlı Krediler ve Sözleşmenin Feshi", Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler, (Ed. AKSOY Hüseyin Can), Ankara, Yetkin, 2016, s. 432; ÇINAR, s. 49; CEYLAN, s. 48.

¹¹² BAYSAL, s. 325; ÇABRİ, s. 471; AKİPEK, s. 296; EKER, s. 64.

2. BORCUN TAMAMININ İFASINI TALEP HAKKI

TKHK 28. maddesi¹¹³, “Temerrüt” başlığı ile düzenlenmiştir. Ancak içerikte, borcun tamamının muaccel olması ve kredi verenin tamamına ilişkin talep hakkı düzenlenmiştir. Bu başlık altında, kredi verenin hakkı kapsamında, muacceliyete bağlı borcun tamamını talep edebilme hakkı ele alınacak, temerrüt durumu tüketicinin borçları kısmına bırakılacaktır. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki Kanun’un 28. maddesindeki bu düzenleme, hükmün lafzı dolayısıyla yalnızca belirli süreli kredi sözleşmelerinde uygulanabilecektir.

Muacceliyet kaydı, tüketicinin kredi taksitlerini ödemede temerrüde düşmesi halinde, henüz vadeleri gelmemiş olsa bile, müaccel olan bütün taksitlerin muaccel olacağına ilişkin sözleşmeye eklenmiş kayıttır¹¹⁴. Tüketicinin geç ödemeyi alışkanlık haline getirmesinin önüne geçmek amacıyla düzenlenen muacceliyet kaydı¹¹⁵, tüketici bakımından ağır sonuçlar doğuracağından tüketiciyi korumak için kanun koyucu tarafından bazı sınırlamalara tabi tutulmuş ve bu şartların bir arada bulunması halini aramıştır¹¹⁶.

Kanun’un getirdiği bu sınırlamalar kapsamında, kredi verenin borcun tamamını talep edebilmesi için öncelikle borcun tamamını talep edebilme hakkını açıkça saklı tutmuş olması gerekmektedir. Ayrıca, bu hakkı kullanabilmek için, kredi veren kendi borçlarının tamamını ifa etmiş olmalıdır. Buna ek olarak, tüketicinin de en az birbirini izleyen iki taksitini ödemekte temerrüde düşmüş olması gerekir. Bu şartların yerine gelmesi halinde kredi verenin, tüketiciye en az otuz gün süre vererek

¹¹³ “(1) Belirli süreli kredi sözleşmelerinde tüketicinin taksitleri ödemede temerrüde düşmesi durumunda, kredi veren, borcun tamamının ifasını talep etme hakkını saklı tutmuşsa, bu hak ancak kredi verenin bütün edimlerini ifa etmiş olması, tüketicinin de birbirini izleyen en az iki taksiti ödemede temerrüde düşmesi hâlinde kullanılabilir. Kredi verenin bu hakkı kullanabilmesi için tüketiciye en az otuz gün süre vererek muacceliyet uyarısında bulunması zorunludur.

(2) Muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmaz”.

¹¹⁴ BAYSAL, s. 318; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 254.

¹¹⁵ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 254; AKİPEK, Milli Şerh, s. 524

¹¹⁶ AKİPEK, Milli Şerh, s. 524; GÜMÜŞ, s. 202; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 254.

borcun tamamının muaccel olacağı uyarısında bulunmalıdır¹¹⁷. Verilen otuz günün sonunda başka bir ihbara gerek kalmaksızın tüketicinin bütün borcu muaccel olacaktır¹¹⁸. Eğer bu süre içinde tüketici, ödemediği taksitleri temerrüt faizi ile birlikte öderse kalan taksitlerin hepsi muaccel olmayacaktır.

28. maddenin son fıkrası uyarınca, muaccel kılınan taksitlerin hesaplanmasında faiz, komisyon ve benzeri masraflar dikkate alınmayacaktır. Yani muaccel kılınan taksitlere ilişkin faiz ve masraf istenemeyecektir. Kanun koyucunun bu düzenlemesi, zayıf taraf olan tüketici lehine olmakla birlikte, tercih edilen hukuk politikası kapsamında menfaatler dengesini korumaya yöneliktir¹¹⁹.

C. KREDİ ALANIN (TÜKETİCİNİN) BORÇLARI

1. KREDİYİ KABUL BORCU

Tüketici kredi sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte, her iki taraf, birbirinin sebep ve karşılığı olacak şekilde edimlerin ifasını borçlanacaktır¹²⁰. Kredi verenin kredi verme borcuna karşılık tüketici de öncelikle bu krediyi kabul etme borcu altındadır.

¹¹⁷ "...davalının kullanmış olduğu tüketici kredisinin birbirini izleyen üç taksidinin ödememesi üzerine, davacı tarafça 6502 sayılı Yasanın 28. maddesi gözetilerek, ödenmeyen taksit tutarları belirtmek suretiyle bu miktarın 30 gün içinde ödenmesinin talep edilmesi gerekirken, borcun tamamının muaccel hale geldiği ileri sürülerek borcun tamamının 30 gün içinde ödenmesinin ihtar edilmiş olması karşısında, yasal şartları taşımayan ihtarın geçersiz olduğu, bu kabule göre sadece takip tarihi itibarıyla ödenmeyen taksitler yönünden icra takibine geçilebileceği, mahkemece bu yönde düzenlenen bilirkişi raporu esas alınarak yapılan hesaba göre karar verilmiş olmasında istinaf talebinde bulunanın sıfatı da dikkate alındığında bir isabetsizlik bulunmadığından, davacının istinaf talebinin esastan reddine karar verilmiştir." (Ankara BAM, 3. HD., E. 2017/141 K. 2017/183 T. 2.3.2017) (çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, et. 19.08.2021)

¹¹⁸ BAYSAL, s. 312.

¹¹⁹ BAYSAL, s. 320.

¹²⁰ OĞUZMAN M. Kemal, ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, Vedat, 2020, s. 264; EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, Yetkin, 2020, s. 211.

Kredi borcunun kabulü, ödünç şeklinde verilecek nakdi krediler bakımından önem arz etmektedir¹²¹. Kredi vermenin, borcun ertelenmesi, taksitlendirilmesi gibi gayri nakdi hallerinde tüketicinin kabulünü gerektirecek bir ifa mevcut olmadığından, bu hallerde tüketicinin krediyi kabul borcu olmayacaktır. Kredi veren tarafından tüketiciye ödünç verilecek nakdi krediler bakımından kredinin tüketici tarafından kabulü gerekir. Bu kabul, faizin işlemeye başlaması bakımından önemlidir. Faizli ödünç sözleşmeleri açısından, faizin işlemeye başlaması için sadece kredi sözleşmesinin kurulmuş olması yetmez; kredinin de tüketiciye verilmiş olması yani kredinin kabul edilmiş olması gerekmektedir¹²².

2. KREDİYİ İADE BORCU

Tüketici kredi sözleşmelerinde tüketicinin en önemli borcu, aldığı krediyi iade etmektir¹²³. Yönetmelik'te, sözleşmenin zorunlu içeriğini düzenleyen 11 ve 12. maddelerde, tüketicinin ödeme planının sözleşmenin başında, kendisine verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Tüketici buna göre kredi verenden ödünç kapsamında aldığı nakdi bedeli, kararlaştırılan süre ve şekilde iade edecektir. Eğer sözleşmede ödeme planı verilmişse, zorunlu içeriğe ilişkin eksiklik giderilmekle birlikte 77. maddedeki idari para cezası uygulanacaktır.

Kredinin iadesinin gerçekleşme zamanına ilişkin, taraflar bir süre belirlemiş olabilecekleri gibi iadeyi kredi verenin ihbarına da bağlanmış olabilir. Eğer iade için belli bir vade ön görülmüşse vadenin gelmesiyle birlikte tüketicinin iade borcu muaccel olacaktır. Kredi verenin ihbarına bağlanmış bir iade borcu varsa, tüketicinin iade borcu, kredi verenin ihbarıyla birlikte muaccel olacaktır. İade borcu, ihbar gibi kredi verenin talebine de bağlanmış olabilir ki bu durumda da kredi verenin talebiyle iade borcu doğacaktır. Eğer hiçbir süre belirlenmemişse, bu durumda tüketim ödünç sözleşmesinde ödünçün iade zamanını düzenleyen TBK m. 392 kıyasen uygulanabilecektir¹²⁴. Maddeye göre, iade borcu en erken,

¹²¹ ÇINAR, s. 55.

¹²² ÇINAR, s. 56.

¹²³ ÖZTEK, s. 12; ÇINAR, s. 56.

¹²⁴ ÖLEKLİ Neşe, Banka Kredi Açma Sözleşmelerindeki Muacceliyet Şartları (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 73.

kredi verenin iade talebinden itibaren altı hafta sonra muaccel olacaktır. Nakdi olmayan kredilerde ise tüketici, üç aydan fazla süreyle ertelenen ödemeleri veya taksitleri, kredi verenin elde edeceği menfaatlerle birlikte kararlaştırılan vadede iade edecektir¹²⁵.

Tüketici, iade borcunu, Kanun'un 27. maddesi uyarınca, vadesinden önce de ifa edebilir. Bu durumda kredi veren, erken ödemeyi kabul etmekle birlikte gerekli faiz ve maliyet indirimlerini de yapmak zorundadır. Ayrıca tüketicinin temerrüdüne ilişkin hususlar da taraflarca belirlenmişse bu hükümler uygulanacaktır; aksi halde TBK kapsamında genel hükümlere gidilecektir. Kanun'un 28. Maddesi her ne kadar "temerrüt" başlığını taşısa da içerik itibariyle muacceliyet kayıtlarına ilişkin olup temerrüt halini düzenlememiştir. Dolayısıyla temerrüt halinde taraflar arasındaki sözleşmeye; sözleşmede hüküm yoksa temerrüde ilişkin genel hükümlere başvurulacaktır; ancak tüketici kredilerine özgü düzenlemeye göre taksitlerden birinde temerrüde düşülmesi halinde diğer taksitlerin de muaccel olması isteniyorsa m. 28'e başvurulabilecektir¹²⁶. Yönetmelik'in "temerrüt ve geç ödeme" başlıklı 18. maddesinin¹²⁷ ilk fıkrası da Kanun'un muacceliyete ilişkin hükmünü tekrarlamıştır. Ancak sonraki fıkralarda temerrüt halindeki faize ilişkin düzenleme yapılmıştır. Yönetmelik'in bu düzenlemesine göre, temerrüt halinde tüketiciden, belirlenen akdi faiz oranının %30 fazlasından daha yüksek bir oranda temerrüt faizi alınmaz. Aksi halde kredi veren, aldığı fazlaya ilişkin kısmı faiziyle

¹²⁵ ÇINAR, s. 57.

¹²⁶ YÜCE, s. 420.

¹²⁷ "(2) Temerrüt veya geç ödeme durumunda tüketiciden sözleşmede yer alan akdi faiz oranının yüzde otuz fazlasından daha yüksek bir oranda gecikme faizi tahsil edilemez. Aksi halde, kredi veren, fazla tahsil ettiği tutar ile fazla tahsil edilen tutarın tahsil edildiği tarihle fiilen tüketiciye geri ödendiği tarih arasındaki süre için sözleşmede yer alan akdi faiz oranının yüzde otuz fazlası üzerinden hesaplanacak faizi tüketiciye ödemekle yükümlüdür.

(3) Kredi veren, tüketicinin temerrüde düşmesi ya da geç ödemede bulunması durumunda, geç ödenen tutar içinde yer alan anapara tutarı üzerinden gecikme faiz oranı ile geç ödenen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz ve bu faiz üzerinden hesaplanacak vergi, harç ve benzeri yasal yükümlülükler toplamını tüketiciden talep edebilir. Tüketiciden talep edilebilecek gecikme faizi hesaplanırken tüketicinin ödemeyi yaptığı tarih esas alınır. Bu süre hiçbir şekilde tüketici aleyhine olacak şekilde değiştirilemez. Gecikme faizi hesaplanırken Ek-5'te yer alan hususlar esas alınır".

birlikte tüketiciye iade edecektir. Kredi veren, yine temerrüt halinde ana-para üzerinden gecikme faizi de talep edebilecektir.

3. FAİZ VE BENZER MENFAATLERİ ÖDEME BORCU

Tüketici kredi sözleşmelerinin zorunlu unsurlarından biri, TKHK m. 22 düzenlemesinde belirtilen, tüketicinin kredi verene faiz veya benzeri bir menfaat ödemesidir. Kanun, 25.¹²⁸ ve 26.¹²⁹ maddelerde faizle ilgili özel düzenleme yapmıştır. Düzenlemede belirli ve belirsiz süreli kredi sözleşmeleri ayrı ayrı ele alınmıştır. Buna göre, belirli süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranı sabittir, tüketici aleyhine değiştirilemez. Hükmün, nisbi emredici niteliği gereği belirli süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranının tüketici lehine değiştirilebileceği sonucuna varılabilecektir¹³⁰. Ancak tüketici aleyhine faiz oranının değiştirilmesi yasağı, TBK m.138 kapsamında uyarlamanın talep edilmesine engel değildir. Uyarlama değerlendirmesinde, en fazla kredi verenin risk eşiğinin daha yüksek olduğu söylenebilir; ama uyarlama talep edilmesinin önüne geçilemez¹³¹.

¹²⁸ "(1) Belirli süreli tüketici kredisi sözleşmelerinde faiz oranı sabit olarak belirlenir. Sözleşmenin kurulduğu tarihte belirlenen bu oran tüketici aleyhine değiştirilemez.

(2) Tüketici kredisi sözleşmelerinde, akdî faiz, efektif yıllık faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması durumunda, kredi tutarı faizsiz olarak sözleşme süresinin sonuna kadar kullanılır. Efektif faiz oranı, olduğundan düşük gösterilmişse, kredinin toplam maliyetinin hesaplanmasında esas alınacak akdî faiz oranı, düşük gösterilen efektif faiz oranına uyacak şekilde yeniden belirlenir. Bu hâllerde ödeme planı, yapılan değişikliklere göre yeniden düzenlenir".

¹²⁹ "(1) Belirli süreli kredi sözleşmesinin şartları, tüketici aleyhine değiştirilemez.

(2) Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faiz oranında değişiklik yapılması hâlinde, bu değişikliğin yürürlüğe girmesinden otuz gün önce, tüketiciye kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla yazılı olarak bildirilmesi zorunludur. Bu bildirimde, yeni faiz oranının yürürlüğe girmesinden sonra yapılacak ödemelerin tutarı, sayısı ile aralıklarının değişmesine ilişkin ayrıntılara yer verilir. Faiz oranının artırılması hâlinde, yeni faiz oranı geriye dönük olarak uygulanamaz. Tüketici, bildirim tarihinden itibaren en geç altmış gün içinde borcun tamamını ödemiş ve kredi kullanmaya son verdiği takdirde faiz artışından etkilenmez".

¹³⁰ AKİPEK, Milli Şerh, s. 511; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 248; BAYSAL, s. 312; ÇINAR, s. 59; KARAKOCALI/KURŞUN, s. 102; GÜMÜŞ, s. 191; ALTOP, s. 412; YÜCE, s. 413; ATAMER, s. 135.

¹³¹ BAYSAL, s. 312; ATAMER, s. 135.

Belirsiz süreli kredi sözleşmelerinde faizin değiştirilmesi mümkündür¹³². Burada kanun koyucu, ileride doğacak risklerin taraflar açısından öngörülemeyen olması ihtimaline karşı değişiklik yapma imkânı tanımıştır¹³³. Ancak yapılacak değişikliklerin 26. madde hükmüne uygun yapılması gerekir¹³⁴. Maddede bu değişikliklerin belli şartlar altında yapılması aranmıştır. Bu şartlar değerlendirildiğinde kanun koyucunun, faize ilişkin değişikliğin otuz gün öncesinde tüketiciye bildirmiş olmasını aradığı görülmektedir. Kredi veren, değişikliği kâğıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu bildirimle beraber, tüketicinin tâbi olacağı yeni ödeme planının da kendisine beyan edilmiş olması gerekir. Faiz oranındaki değişiklik, geriye etkili olmayacağı¹³⁵ gibi tüketicinin altmış gün içinde borcunu ödeyerek kredi borcuna son vermesi halinde de uygulanamayacaktır. Gümüş'e göre, tüketici altmış gün içinde krediyi kapatmasa bile, kredi verenin yeni ve aşırı faiz oranı, genel işlem şartları bağlamında içerik denetimine tabi tutulabilecek ve gerekli indirim sağlanabilecektir. Yazar, aksi halde kredi verenin, tüketicinin yeni ve yüksek faiz oranını kabul etmek veya sözleşmeyi feshetmek zorunda bırakılmasının kelepçeleme sözleşmesi teşkil edeceğini ve bunun TBK m. 27 kapsamında kısmi butlana tabi olacağını belirtmiştir¹³⁶.

Tüketici, kendisine yapılması gereken bu bildirim yapılmaması halinde, yeni faiz oranına tabi olmayacaktır. Ancak faiz oranının yükseltilmesi değil de düşürülmesi söz konusu ise, durum tüketicinin lehine olduğundan, bildirim yapılmamış olsa bile tüketicinin bu değişiklikten yararlanabileceği ileri sürülmektedir¹³⁷.

25. maddenin ikinci fıkrasında akdi faiz, efektif faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması hali ve efektif faiz oranının düşük gösterilmesi hüküm altına alınmıştır. Aslında bu hüküm, bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesine, 4. madde dışında yaptırım

¹³² AKİPEK, Milli Şerh, s. 515; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 248; ATAMER, s. 147; EKER, s. 28.

¹³³ AKİPEK, Milli Şerh, s. 515.

¹³⁴ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 248.

¹³⁵ ÇABRİ, s. 396; ALTOP, s. 421.

¹³⁶ GÜMÜŞ, s. 197.

¹³⁷ AKİPEK, Milli Şerh, s. 515; ÇINAR, s. 59.

öngören bir düzenlemedir¹³⁸. Maddedeki ilk düzenleme, sözleşmenin başında bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında beyan edilmesi gereken akdi faiz, efektif faiz veya kredinin toplam maliyetinin yer almaması halidir. Diğer düzenlenen husus ise, kredinin yıllık toplam maliyetine ilişkin olarak belirlenen efektif faizin, olduğundan düşük gösterilmesi halidir ki bu da tüketicinin toplam maliyeti görmesi açısından önemli olduğundan yine bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında tutulmuştur¹³⁹.

İlk durum için, yani sözleşmede akdi faiz, efektif faiz veya kredinin toplam maliyetinin belirtilmemiş olması halinde, kredi, sözleşmenin sonuna kadar faizsiz olarak kullanılacaktır. Yani taraflar arasındaki faize ilişkin sözleşme kesin hükümsüz hale gelecek; sözleşme ivazsız yapılmış kabul edilecektir¹⁴⁰. "Sıfır faiz cezası" olarak da adlandırılan bu durumun tipik bir medeni hukuk cezası olduğu ifade edilmektedir¹⁴¹. Bu hükme ilişkin Kanun'un gerekçesinde "*Kredi verenlerin, sözleşmenin zorunlu içeriğine uymamasının yaptırımını kredilerini faizsiz kullanırmak zorunda kalmalarıdır. Böylece, yukarıda belirtilen ve sözleşmede yer alması zorunlu kılınan esaslı unsurların eksiksiz biçimde sözleşme kurulurken tüketiciye bildirilmesi sağlanacaktır*"¹⁴².

Efektif faiz oranının olduğundan daha düşük gösterilmesi hali de maddede ele alınan bir diğer konudur. Efektif faiz oranı da bilgilendirme yükümlülüğü kapsamındadır. Akdi faiz; masraf, komisyon vb. masrafları içermediğinden efektif faize göre daha düşüktür¹⁴³. Gerekçede belirtildiği üzere¹⁴⁴, kredi verenler, müşteri çekmek için efektif faiz oranını düşük gösterme eğilimindedir. Bu durumda tüketiciye bildirilen efektif faiz oranı esas alınır ve akdi faiz de düşük gösterilen efektif faize uyarlanarak hesaplanır.

¹³⁸ BAYSAL, s. 301.

¹³⁹ KARAKOCALI/KURŞUN, s. 107.

¹⁴⁰ ÇABRİ, s. 427; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 249; GÜMÜŞ, s. 193; YÜCE, s. 413; EKER, s. 73.

¹⁴¹ BAYSAL, s. 302; ATAMER, s. 109.

¹⁴² <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>.

¹⁴³ AKİPEK, Milli Şerh, s. 512; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 249; ÇINAR, s. 59.

¹⁴⁴ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>.

D. KREDİ ALANIN (TÜKETİCİNİN) HAKLARI

1. CAYMA HAKKI

TKHK m. 24 ile tüketiciye tanınan önemli bir hak olan cayma hakkı, mülga 4077 sayılı TKHK'da yer almıyordu. 6502 sayılı yeni TKHK'un getirdiği bu değişiklik, tüketicinin korunması bakımından olumlu bir gelişme olarak kabul edilmektedir¹⁴⁵. Cayma hakkı tanınmasının amacı, tüketicinin, maruz kaldığı yoğun reklam faaliyetleri ve saldırgan pazarlama teknikleri sonucu yeterince düşünmeden akdettiği sözleşmelerde, bu etkinin dışına çıkarak sağlıklı karar verebilmesini sağlamaktır¹⁴⁶. Cayma hakkı sayesinde, sözleşmelerde aranan irade uyuşmasındaki iradenin yönlendirilmemiş olması hedeflenmektedir. Böylece cayma hakkı, sözleşmenin güçlü tarafının etkisi altında sözleşmeyi akdeden tüketicinin, daha sonra şartları değerlendirdiğinde aslında bu sözleşmenin kendisine uygun olmadığı sonucuna vararak sözleşmeyi sona erdirebilmesini sağlar¹⁴⁷. Asıl amaç tüketicinin korunması olmakla beraber Gerekçe^{148'}de belirtildiği üzere bu hakkın kullanılması, esasında kredi verenin de lehinedir. Zira ödeme gücü olmayan tüketicinin cayma hakkını kullanmasıyla kredi veren de riskli bir müşteriyle yapacağı bir işlemi sonlandırmış ve riski azaltmış olacaktır.

Tüketicinin bu hakkını kullanabilmesi için öncelikle bu haktan haberdar olması gerekmektedir ve bu yükümlülük de kredi verene aittir¹⁴⁹. Dolayısıyla cayma hakkı da bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında tutulmuştur. Hem ön bilgilendirme yükümlülüğünde hem de sözleşmenin zorunlu içeriğinde, cayma hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi verilmesi aranmıştır¹⁵⁰.

¹⁴⁵ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 245; AKİPEK, Milli Şerh, s. 504.

¹⁴⁶ BAYSAL, s. 304; GÜMÜŞ, s. 185; ATAMER, s. 96.

¹⁴⁷ AKİPEK, Milli Şerh, s. 504; CEYLAN, s. 43; YÜCE, s. 417; ATAMER, s. 96.

¹⁴⁸ <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>.

¹⁴⁹ AKİPEK, Milli Şerh, s. 505; ATAMER, s. 100.

¹⁵⁰ "Cayma hakkının kullanılma şartları, süresi ve usulüne ilişkin bilgi ile bu hakkın kullanılması durumunda anapara ile bu paranın faizini ödeme yükümlülüğü ve hesaplanma şekline dair bilgiler de dâhil olmak üzere cayma hakkının kullanılmasına ilişkin diğer şartlar".

Cayma hakkının kullanımına ilişkin düzenleme TKHK m.24¹⁵¹'te yapılmıştır. Hükme göre tüketici, herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin, on dört gün içinde cayma hakkını kullanabilir. Kanun'da belirtilen on dört günlük sürenin ne zamandan itibaren başlayacağı belirsizdir¹⁵². Ancak Yönetmelik'in 24. maddesi, bu belirsizliği gidermiştir. Maddeye göre, "*cayma hakkı süresi, sözleşmenin kurulduğu tarihte başlar. Ancak sözleşmenin bir örneğinin yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verildiği tarihin sözleşmenin kurulduğu tarihten daha sonra olması durumunda, bu süre, tüketicinin sözleşmenin bir örneğini aldığı tarihten itibaren başlar*". Kanun'un amacı düşünüldüğünde, Yönetmelik'te de düzenlendiği şekilde, cayma hakkının süresinin başlatılmasında, yalnızca sözleşmenin kurulması yetmeyeceği; tüketicinin bilgilendirilmesi esas hedef olduğundan eğer bilgilendirme sözleşmenin kurulmasından sonraya kaldıysa cayma hakkının süresinin bilgilendirmeden itibaren başlatılması gerektiği sonucuna varılacaktır¹⁵³. Cayma hakkının kullanımına dair bir üst süre belirtilmediğinden, cayma hakkına ilişkin bilgilendirme yapılmamışsa, tüketici de kredi sözleşmesinin sonuna kadar cayma hakkını kullanabilecektir¹⁵⁴. Ancak bu durumda da tüketicinin TMK m.2/2 kapsamında hakkını kötüye kullanması teşkil etmeyecek şekilde cayma hakkını

¹⁵¹ "(1) Tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ve cezai şart ödemeksizin tüketici kredisi sözleşmesinden cayma hakkına sahiptir.

(2) Kredi veren, cayma hakkı olduğu konusunda tüketicinin bilgilendirildiğini ispat etmekle yükümlüdür. Cayma hakkının kullanıldığına dair bildirim cayma hakkı süresi içinde kredi verene yöneltilmiş olması yeterlidir.

(3) Cayma hakkını kullanan tüketicinin krediden faydalandığı hâllerde, tüketici, anaparayı ve kredinin kullanıldığı tarihten anaparanın geri ödendiği tarihe kadar olan sürede tahakkuk eden faizi en geç cayma bildirimini kredi verene göndermesinden sonra otuz gün içinde geri öder. Bu süre içinde ödeme yapılmaması hâlinde tüketici kredisinden cayılmamış sayılır. Faiz, akdî faiz oranına göre hesaplanır. Tüketiciden, hesaplanan akdî faiz ve bir kamu kurum veya kuruluşuna veya üçüncü kişilere ödenmiş olan masraflar dışında herhangi bir bedel talep edilemez".

¹⁵² ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 245.

¹⁵³ AKİPEK, Milli Şerh, s. 506; KARAKOCALI/KURŞUN, s. 103; GÜMÜŞ, s. 186; AYDOĞDU, s. 245; YÜCE, s. 417; ATAMER, s. 100; EKER, s. 93; KÜÇÜKAYDIN Emine Aslı, Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 94.

¹⁵⁴ BAYSAL, s. 308.

kullanması beklenecektir¹⁵⁵. Mesela sözleşme tamamen ifa edildikten sonra tüketicinin cayma hakkını kullanması bu anlamda mümkün olmayacaktır¹⁵⁶.

Yönetmelik'in 24. maddesine göre, cayma hakkına ilişkin tüketicinin bilgilendirildiğini ispat yükü, kredi verendedir. Doktrinde cayma hakkının, bozucu yenilik doğuran bir hak¹⁵⁷ olmakla birlikte yöneltilmiş olmasını yeterli gören bir görüş mevcuttur¹⁵⁸. Bu görüşe göre, bildirim kredi verene ulaşmaması riskini kredi veren taşımaktadır¹⁵⁹. Bir diğer değerlendirilmeye göre ise her ne kadar cayma hakkının yöneltilmiş olması hakkın kullanılması bakımından yeterliyse de caymanın hüküm ve sonuçları, caymanın kredi verene varması anında doğacaktır¹⁶⁰. Doktrindeki bir başka görüş de cayma hakkının varması gereken bir irade beyanı şeklinde karşı tarafa iletilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁶¹.

Cayma hakkının kullanımı, Kanun tarafından bir şekle bağlanmamıştır. Ancak Yönetmelik, yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile yöneltilmiş olmasını aramıştır. Bu düzenleme ile Yönetmelik, Kanun'un getirmediği bir şekil şartı getirmiştir. Bu düzenlemenin tüketicinin hakkını kullanmasını zorlaştırması bakımından kabul edilemez olduğu ve Yönetmeliğin bu şartının geçerlilik şartı olarak anlaşılamayacağı belirtilmiştir¹⁶². Aynı yönde cayma hakkına ilişkin hükmün emredici olmasından hareketle bu hakkın kullanılmasının engellenmesinin TBK m.27 kapsamında kesin hükümsüzlüğe yol açacağı ifade edilmiştir¹⁶³.

Tüketicinin cayma hakkını kullanmasının sonucu doktrinde çeşitli şekillerde değerlendirilmiştir. Bir görüşe¹⁶⁴ göre cayma hakkının

¹⁵⁵ BAYSAL, s. 308; AKİPEK, Milli Şerh, s. 507.

¹⁵⁶ ATAMER, s. 100; KÜÇÜKAYDIN, s. 94.

¹⁵⁷ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 245; YÜCE, s. 41; ATAMER, s. 104; EKER, s. 92.

¹⁵⁸ GÜMÜŞ, s. 187; YÜCE, s. 418.

¹⁵⁹ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 246; BAYSAL, s. 309.

¹⁶⁰ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 246; AKİPEK, Milli Şerh, s. 504; EKER, s. 95.

¹⁶¹ AKİPEK, Milli Şerh, s. 504; ÇABRİ, s. 410.

¹⁶² BAYSAL, s. 309; EKER, s. 95.

¹⁶³ AKİPEK, Milli Şerh, s. 505; YÜCE, s. 417.

¹⁶⁴ GÜMÜŞ, s. 188; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 245; AKİPEK, Milli Şerh, s. 505.

kullanılması ile kurulmuş olan tüketici kredi sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Benzer yöndeki bir başka görüşe göre ise cayma hakkının kullanılmasıyla tüketici kredi sözleşmesi geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz hale gelir¹⁶⁵. Diğer bir görüşe göre ise tüketici, kredi sözleşmesinin kurulmasına ilişkin irade beyanını geri almış olacak ve hiç kurulmamış sayılacaktır¹⁶⁶.

Cayma hakkının kullanılması sonucu tüketici, krediyi kullanmadıysa bir sorun olmayacaktır; fakat kullandıysa taraflar arasında tasfiye işlemi gerçekleşecektir¹⁶⁷. Kanun koyucu tasfiye sürecinde tüketiciden talep edilecek kalemleri sınırlı sayı ilkesine göre düzenlemiştir¹⁶⁸. Buna göre tasfiye sürecinde tüketici, anaparayı ve kredinin kullanıldığı tarihten başlayarak anaparanın geri ödendiği tarihe kadar işlemiş olan faizi, cayma hakkını bildiriminden en geç otuz gün içinde kredi verene geri ödemelidir. Aksi halde TKHK m. 24/3'e göre caymadığı sonucuna varılacaktır. Yani tüketici kredi sözleşmesi, kurulduğu tarihten itibaren hiç sona ermemiş gibi uygulanır¹⁶⁹. İadede esas alınacak faiz, akdi faiz olacaktır. Kredi veren, iadeye ek olarak masrafları dışında başka bir ödeme talep edemeyecektir.

2. ERKEN ÖDEME HAKKI

TBK m.96'ya göre, borçlu edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir. Ancak kanun, sözleşme veya adetler erken ifa halinde indirim yapılmasını öngörmüyorsa indirim talep edilemez. TKHK'un 27. Maddesi de erken ödemeyi düzenlemiştir. Bu düzenlemede, TBK'daki düzenlemenin aksine, erken ödemede bulunan tüketicinin faiz ve diğer maliyet unsurlarından indirim talep etme hakkı bulunmaktadır. TKHK'un erken ödemeye ilişkin hükmü emredici nitelikte¹⁷⁰ olduğundan, taraflar bu

¹⁶⁵ ÇABRİ, s. 413; YÜCE, s. 418.

¹⁶⁶ KARAKOCALI/KURŞUN, s. 103.

¹⁶⁷ ÇABRİ, s. 415; AKİPEK, Milli Şerh, s. 507; GÜMÜŞ, s. 188.

¹⁶⁸ GÜMÜŞ, s. 189; EKER, s. 95.

¹⁶⁹ ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 247; GÜMÜŞ, s. 188; AKİPEK, Milli Şerh, s. 507; YÜCE, s. 418; ATAMER, s. 104.

¹⁷⁰ AKİPEK, Milli Şerh, s. 519; YÜCE, s. 419; EKER, s. 79.

hakkı kaldıramayacak veya hakkın kullanılmasını zorlaştıramayacaktır¹⁷¹.

Gerekçede, tüketicinin, kredi sözleşmesini feshederek erken ödeme yapmasını ne bir feshi ihbara ne de haklı bir sebebe dayandırmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Bunun bir hukuk politikası tercihi olduğu belirtilerek asıl amacın tüketicinin borç sarmalından kurtarılması olduğu belirtilmiştir. Buna bağlı olarak, kredi verenin erken ödemeyi kabul etmemesi halinde alacaklı temerrüdüne düşeceği de belirtilmiştir¹⁷². Ancak Gerekçe'nin bu ifadesi, doktrince eleştirilmiş, erken ödeme halinde sözleşmenin fesih ile değil; ifa ile borcun sona erdiği belirtilmiştir¹⁷³.

Erken ödeme halinde, kredi veren, beklediği faizden mahrum kalacaktır¹⁷⁴. Kredi verenin bu mahrumiyetini gidermek için erken ödeme tazminatı düzenlenebileceği düşünülebilir; fakat mevcut Kanun'da buna yer verilmemiştir. İlgili maddede yer alamamasına rağmen maddenin gerekçesinde erken ödeme tazminatından bahsedilmiş olmasından, Kanun'un tasarı aşamasında erken ödeme tazminatını tanıdığı anlaşılmaktadır¹⁷⁵. Ancak tasarı aşamasında üç fıkra olarak düzenlenen maddenin son iki fıkrası yasama aşamasında çıkarıldığından bazı düzenlemeler mevcut Kanun'da bulunmamaktadır¹⁷⁶. Erken ödeme tazminatına ilişkin bu müdahalenin de benimsenen hukuk politikası dâhilinde değerlendirilmesi gerekecektir. Şu hâlde emredici hükümlerle, erken ödemede indirim yapma zorunluluğu getiren maddeye rağmen, sözleşme ile erken ödeme tazminatı eklenirse bu hüküm TBK m.27'ye aykırılıktan kesin hükümsüz olacaktır¹⁷⁷. Ayrıca 77. Maddede düzenlenen ceza hükümlerine göre, erken ödeme hakkına ilişkin düzenlemeye aykırı hareket edilmesi halinde 1.000 Türk Lirası idari para cezası da ödenecektir.

¹⁷¹ ÇABRİ, s. 435.

¹⁷² <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>.

¹⁷³ ÇABRİ, s. 434.

¹⁷⁴ AKİPEK, Milli Şerh, s. 518; GÜMÜŞ, s. 199; CEYLAN, Tüketici-2, s.124.

¹⁷⁵ BAYSAL, s. 316.

¹⁷⁶ AKİPEK, Milli Şerh, s. 518.

¹⁷⁷ AYDOĞDU, s. 250.

Kredi verenin, erken ödeme halinde yapacağı indirimi, akdi faiz üzerinden hesaplaması gerektiği Yönetmelik'in 15. Maddesinde belirtilmiştir. İndirime ilişkin hesaplamaların yapılması için kredi verenin kuraacağı sistemde, Yönetmelik'in 3. EK'ine başvurulacaktır.

3. SİGORTA TALEP ETME HAKKI

TKHK'un 29. maddesi¹⁷⁸, tüketici kredisi akdeden tüketicinin başka bir sigorta daha yapmasını tüketicinin açık talebine bağlamıştır. Bu hüküm, kredi verenin kredinin teminatı olmak üzere kredi sözleşmesinin yanında tüketiciye hayat sigortası da yaptırmayı mecbur tutmasının önüne geçmek için getirilmiştir¹⁷⁹. Kanun'un açık hükmüne göre, tüketici yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı ile açıkça kredi ile ilgili bir sigorta yaptırmak istediğini ifade etmedikçe, sigorta yapmaya zorlanamayacaktır¹⁸⁰. Zorlanma durumunda tüketici, dürüstlük kuralına aykırı olmamak kaydıyla, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürebilecektir¹⁸¹. Buna ek olarak, zorlanmaları durumunda, m.77/3 gereğince, kredi veren, sözleşme başına 1000 TL idari para cezasına çarptırılacaktır.

Gerekçede¹⁸² ifade edildiği üzere, uygulamada bankalar, kredi sözleşmesi yaparken yine kendi bağlantılı oldukları sigorta şirketiyle

¹⁷⁸ "(1) Tüketicinin yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılmaz. Tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi hâlinde, istediği sigorta şirketinden sağladığı teminat, kredi veren tarafından kabul edilmek zorundadır. Bu sigortanın kredi konusuyla, meblağ sigortalarında kalan borç tutarıyla ve vadesiyle uyumlu olması gerekir".

¹⁷⁹ BAYSAL, s. 316; KARAKOCALI/KURŞUN, s. 105; GÜMÜŞ, s. 204; ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 256; CEYLAN, Teminat, s. 117; ATAMER, s. 179.

¹⁸⁰ "Esasen kredi borcunu teminat altına alan hayat sigortasının yaptırılmasında hem tüketicinin hem de bankanın menfaati olduğu için taraflar sözleşme hükümlerine göre bu edimi yerine getirmektedirler. O yüzden kredi sözleşmelerinde bankaya getirilen sigorta yaptırma yükümlülüğüne ilişkin hükümler haksız şart olarak değerlendirilmemiştir. Buna karşın olayda uygulama yeri olmayan 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı ..na göre artık kredi verilmesi sigorta yaptırılması şartına bağlanamayacaktır. Yeni düzenlemeye göre tüketicinin açık talebi olmaksızın kredi ile ilgili sigorta yaptırılmayacağı, zorunlu sigortalarda veya tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi halinde ise istediği sigorta şirketi ile imzaladığı poliçenin kredi veren tarafından kabul edileceği öngörülmüştür". (13. HD., E. 2014/25734 K. 2015/15910 T. 18.5.2015) (çevrimiçi, www.lexpera.com.tr, et. 19.08.2021)

¹⁸¹ ÇABRİ, s. 454.

¹⁸² <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0787.pdf>.

tüketiciyi krediye ilişkin sigorta yapmaya zorlamaktadır. Bu da tüketici açısından ek maliyete sebep olmaktadır. Getirilen bu düzenleme ile tüketicinin mecbur tutulduğu bu sigortaların önüne geçilmek istenmiştir.

Hükmün devamında, tüketicinin sigorta yaptırmak istemesi halinde de istediği sigorta şirketiyle yapacağı sigortanın, kredi veren tarafından kabul edilmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bununla da tüketiciye, sigorta şirketini seçme özgürlüğü tanınarak bankaların kendi bağlı veya bağlantılı sigorta şirketleriyle çalışma zorunluluğu getirmesi engellenmek istenmiştir¹⁸³. Tüketici kendi lehine, daha uygun sigorta yaptırma imkânına sahipse, kredi veren tarafından bu imkân engellenmemelidir. Ayrıca tüketicinin yaptıracığı sigorta, kredisıyla ilgili olmalı, meblağ sigortası ise borç tutarı ve vadesiyle uyumlu olmalıdır. Yönetmeliğe göre, *“meblağ sigortalarında, poliçedeki teminat tutarı kalan kredi tutarından yüksek olamaz, sigorta vadesi de kredi vadesinden uzun olamaz.”* Böylelikle zaten kredi yükü altında olan tüketici, seçme şansı olmaksızın bir sigorta borcu altına girmekten de korunmuş olacaktır.

SONUÇ

6502 sayılı Kanun, 22-31. maddeler arasında tüketici kredi sözleşmelerini düzenlemiştir. Bu düzenlemelerde, mülga 4077 sayılı Kanun'da ayrıntılı olarak ele alınmayan hususlar da ele alınmıştır. Yapılan değişiklik ve eklemeler, Türkiye'nin devam eden sürecine binaen AB Yönergesi ile uyumlu olacak şekilde yapılmıştır.

Öncelikle kanun koyucunun eski düzenlemelere nazaran tüketici kredi sözleşmesinin alanını genişleterek koruma sağladığı kısım, tüketici lehine artırılmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un genel yaklaşımının devamı niteliğinde, tüketici kredi sözleşmelerinde de belli bir hukuk politikası benimsenmiş ve hükümler tüketicinin menfaatine olacak şekilde ele alınmıştır. Özellikle tüketici aleyhine değişiklik yapılamaması ve buna bağlı birçok madde, kanun koyucunun tavır alışıyla ilgilidir.

Sözleşmenin kurulmasından önce, tüketicinin sözleşme hakkında yeterince aydınlatılmış olmasının beklenmesi, tüketicinin korunması

¹⁸³ AKİPEK, Milli Şerh, s. 529; CEYLAN, Teminat, s. 117.

hususunda bilinçli bir yaklaşım geliştirerek tüketicinin de süreçte aktif rol almasını hedeflemektedir. Bir yandan da kredi verenin, tüketicinin yeterli ve teknik bilgisi olmayan tüketiciyi sömürmesinin önüne geçilmeye çalışılmaktadır. Bu noktada ön bilgilendirme ve bilgilendirme yükümlülüklerinin ve zorunlu içerik düzenlemelerinin hüküm altına alınması, tüketiciyi etkin koruyacak hükümler arasındadır. Bu hükümlerle, tüketicinin kurduğu kredi sözleşmesinin sonuçlarını açıkça görebilmesi hedeflenmektedir. Sözleşmenin mahiyetini kavrayan tüketicinin, cayma hakkını kullanabilmesi de bilgilendirme yükümlülüğünden ayrı düşünülemeyecektir. Yine kanun koyucu sırf tüketiciyi içinde bulunduğu borç çıkmazından kurtarabilmek için genel borçlar hukuku eğiliminin aksine, erken ödeme halinde tüketici aleyhine tazminat talep edilememesi hükmünü getirmiştir. Ayrıca uygulamada tüketicinin zor durumundan yararlanarak daha çok masraf yapmasına neden olan sigorta uygulaması da yine tüketici lehine kaldırılmıştır.

Mevcut iktisadi şartlar ve üretim-tüketim dengesi dolayısıyla engel olunamayan tüketici kredilerinin ağır yükü, en azından tüketicinin korunmasına yönelik bu hükümlerle bir noktaya kadar hafifletilmektedir. Ancak mühim olan, kanun koyucunun tüketiciyi borçların içine dalmışken kurtarması değil; tüketicinin daha bilinçli bir tutum geliştirerek bu sistemin içine mümkün olduğunca girmemesinin sağlanmasıdır.

KAYNAKLAR

- AKİPEK, Şebnem, Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, Seçkin, 1999.
- AKİPEK, Şebnem, "Tüketici Kredileri", Milli Şerh, (Ed. Hakan TOKBAŞ, Özlem TÜZÜNER), İstanbul, Aristo, 2016, s. 480-542.
- AKİPEK Şebnem, AYDOĞDU Murat, "Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar", Milli Şerh, (Ed. TOKBAŞ Hakan, TÜZÜNER Özlem), İstanbul, Aristo, 2016, s. 122-180.
- AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul, Vedat, 2006.
- ALTOP, Atilla, "Bankaların Düzenledikleri Tüketici Kredisi Sözleşmelerinde Akdi Faiz, Erken Ödeme, Temerrüt, Sözleşmede Değişiklik Yapılması, Sigorta Yaptırılması, Bağlı Krediler ve Sözleşmenin Feshi", Tüketici Hukuku Konferansı 5-6 Aralık 2015 Makaleler-Tebliğler, (Ed. Hüseyin Can AKSOY), Ankara, Yetkin, 2016, s. 80-96.
- ASLAN, İ. Yılmaz, Tüketici Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Bursa, Ekin, 2013.
- ATAMER M. Yeşim, Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması, İstanbul, On İki Levha, 2016.
- AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, Adalet, 2015.
- BAYKAN Renan, Tüketici Hukuku Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri (Mevzuat), 2. Baskı, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2005-41.
- BAYKAN Renan, "Türkiye'de Tüketici Kredileri", Tüketici Kredilerinde Yeni Gelişmeler, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2004-55.
- BAYSAL, Başak, "Tüketici Kredisi (TKHK m. 22-31)", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Derleyen Murat İNCEOĞLU), İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 273-325.
- BUHUR, Oğuzhan, Hukuki Yönleriyle Kredi Kartı, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha, 2021.
- CEYLAN, Ebru, 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenlemeler, İstanbul, Leges, 2015.
- CEYLAN, Ebru, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri- I " (Tüketici-1), TBB Dergisi, Sayı 79, 2008.

- CEYLAN Ebru, "Avrupa Birliği Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketici Kredileri – II" (Tüketici-2), TBB Dergisi, Sayı 80, 2009.
- CEYLAN Ebru, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici Kredisi ve Kredi Kartı Sözleşmelerindeki Kişisel Teminatlarla İlgili Değerlendirmeler" (Teminat), Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.17, 2021, s. 93-131.
- ÇABRİ, Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, Adalet, 2016.
- ÇINAR, Ömer, "Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği ve Hükmüleri", Bankacılık Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları, (Ed. Hakan TOKBAŞ, Ali Suphi KURŞUN), İstanbul, Aristo, 2017, s. 37-69.
- DERYAL, Yahya, Tüketici Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, 2008.
- EKER Ece Ayça, Tüketici Kredisi Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları (Yüksek Lisans Tezi), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara, Yetkin, 2020.
- GEZDER, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul, Beta, 1998.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt 1, İstanbul, Vedat, 2014.
- İNAL, Tamer, Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, 2014.
- KARA, İlhan, Tüketici Hukuku, Ankara, Engin, 2012.
- KARAKOCALI, Ahmet, Ali Suphi KURŞUN, Tüketici Hukuku, İstanbul, Aristo, 2015.
- KÜÇÜKAYDIN Emine Aslı, Tüketiciyi Koruyucu Nitelikli Geri Alma Hakkı, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- NOMER, Haluk Nami, Baki İlkey ENGİN, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt I: Satış Sözleşmesi, I. Fasikül, 2. Bası, Ankara, Seçkin, 2015.
- OĞUZMAN M. Kemal "Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suiistimali", İstanbul Barosu Dergisi, C. XXIX S. 6, 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal, M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, Vedat, 2020.

- OZANOĞLU, Hasan, Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 1999.
- ÖLEKLİ Neşe, Banka Kredi Açma Sözleşmelerindeki Muacceliyet Şartları (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019
- ÖZSUNAY, Ergun, “AB Hukukunda Tüketici Kredileri”, Tüketici Kredilerinde Yeni Gelişmeler, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2004-55, 2004.
- ÖZTEK Selçuk, “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, Bankacılar Dergisi, S. 67, 2008, s. 6-27.
- TBB Kredi Kartları Çalışma Grubu, Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu Değerlendirme Toplantısı Bankacılık Dergisi S. 56, 2006.
- TOKBAŞ, Hakan, Tüketici Hukuku ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri (Türkçe Metinleri), İstanbul, Aristo, 2015.
- YILDIRIM, AKKAYAN, Ayça, “Kredi Kartı Sözleşmelerinin Bağlı Tüketici Kredisini Olarak Nitelendirilip Nitelendirilemeyeceği Sorunu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 73-1, 2016, s. 261-278.
- YETİM Sedat, Kredi Kartları ve Tüketici Kredileri, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 69, 1997.
- YILMAZ Abdülhamit, Belirli Süreli Tüketici Kredisini Sözleşmeleri, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- YÜCE BİLGİN, Melek, “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Tüketici Kredileri”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XI S. 2 (2014) – C.XII S.1 (2015), s. 403-422.
- ZEVKLİLER, Aydın, Çağlar ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, Seçkin, 2016.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.lexpera.com.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.tbmm.gov.tr



GENEL HACİZ YOLUYLA TAKİPTE ÖDEME EMRİNE İTİRAZIN GERİ ALINMASI

Arş. Gör. Barçın ÖZKAN KIDIL*

Öz

İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmemiş olan itirazın geri alınması, takibin birçok aşamasında çeşitli sonuçları olabilecek bir beyandır. İtirazın geri alınmasının etkilerini ortaya koymak için geri alma kavramının açıklanması, hukuki niteliği ve unsurlarının incelenmesi gerekir. Geri almanın usulünü belirlerken, ödeme emrine itiraz hakkındaki kurallar dikkate alınır. İtirazın geri alınması, itirazda olduğu gibi yazılı veya sözlü yapılır. İtirazı hükümden düşürecek yollara başvurmadan önceki takip aşamalarında itirazın geri alınmasının bazı sonuçları vardır. Ayrıca geri almanın; itirazın iptali, itirazın kaldırılması ve gecikmiş itiraz gibi yargılamalarda da etkisi olacaktır. Bu çalışmada, itirazın geri alınması kavramının, hukuki niteliği ve unsurları açıklandıktan sonra geri almanın takipteki aşamalara etkisi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler

• İtiraz • İtirazın Geri Alınması • Genel Haciz Yoluyla Takip • İtirazın Kaldırılması • İtirazın İptali

* Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra ve İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Antalya, Türkiye | Res. Asist., Akdeniz University Law Faculty, Department of Civil Procedure & Enforcement and Bankruptcy Law, Antalya, Turkey

✉ barcinozkan@yandex.com • ORCID 0000-0002-4112-3408

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZKAN KIDIL Barçın, "Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emrine İtirazın Geri Alınması", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3121-3164.

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

WITHDRAWAL OF OBJECTION IN GENERAL DEBT ENFORCEMENT PROCESS

Abstract

Withdrawal of objection is a statement, not arranged in Turkish Code of Enforcement and Bankruptcy, has numerous consequences in many different phases of debt enforcement. In order to present its effects, it must be explained what is the concept of withdrawal and examined its elements and legal character. Deciding the withdrawal's procedure, it is taken into account the rules about objection. It is carried out verbal or written like objection. Withdrawal of objection has results before to apply methods which cancel the objection. Moreover, it has effects on such trials as annulment of objection, annulment of objection in civil proceedings, delayed objection, objection of place of enforcement. After being explained the concept, legal character and components of withdrawal in the first chapter of this study, its effects on phases of debt enforcement will be under consideration.

Key Words

- Objection • Withdrawal of Objection • General Debt Enforcement • Annulment of Objection • Annulment of Objection in Civil Proceedings

GİRİŞ

Genel haciz yoluyla takipte itiraz, takibi durduran, icra dairesine varması gereken ve borçlu tarafından ileri sürülen tek taraflı bir irade beyanıdır.¹ İtirazı ileri sürerken birtakım usullerin takip edilmesi beklense de tek taraflı bu irade beyanı, borçlunun herhangi bir ispat faaliyetine girişmeden takibi durdurabilmesine imkân vermektedir. Genel haciz yoluyla takibin başlatılmasında, alacaklının ileri sürdüğü borcun dayanağına ilişkin sebep veya senet, yargılama sonucu verilen hüküm veya ilam

¹ İtirazın beyan olduğunu ifade eden yazarlar için bkz: POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul, 2010, s. 183; UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 94; YILDIRIM, Kâmil/YILDIRIM DEREN, Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s. 76; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2004, s. 98.

niteliğinde bir belge değildir. Kanun koyucu, bu nedenle borçluya ispat-sız biçimde ileri sürebileceği itiraz olanağını vererek alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini sağlamıştır.²

Ödeme emrine itiraz; içeriğine, kaynağına, ileri sürülüş biçimine, yapılaş şekline veya kapsamına göre olmak üzere birden fazla biçimde sınıflandırılabilir.³ Doktrinde en sık yer alan sınıflandırma; kaynağına ve ileri sürülüş biçimine göre itiraz ayrımıdır. Kaynağına göre itiraz ayrımında, maddi hukuk ile takip hukuku itirazları olmak üzere iki kategori vardır.

Maddi hukuk kaynaklı itirazlar, genellikle borç ile ilgilidir. Alacağın hiç doğmadığı, borcun itfa olduğu, hakkın talep edilmesine engel olan zamanaşımı veya ödemezlik def'i gibi itirazlar, maddi hukuk kaynaklıdır.⁴ Takip hukukundan kaynaklı itirazlar; yetki, aciz belgesi verilen borçlunun yeni mal iktisap etmediğine dair itirazlar ile İİK⁵ m. 60/3 c. 3'te düzenleme altına alınan takibat icrası hakkının bulunmadığına ilişkin itirazlardır.⁶

Bunun dışında itirazlar, ileri sürme biçimine göre borca ve imzaya itiraz olmak üzere ikiye ayrılır. Bu ayrımında, imzaya itiraz dışındaki bütün itirazlar, borca itiraz niteliği taşır.⁷ Sayılan tüm itiraz sebeplerinden biri veya birkaçının ileri sürülmesi takibin durmasına yol açar.⁸

² BELGESAY, M. Reşit, İcra ve İflâs Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 1945, s. 165; POSTA-CIOĞLU/ALTAY s. 183; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku (El Kitabı), 2. Baskı, Ankara, 2013, s. 222; DEYNEKLİ, Adnan/KISA, Sedat, İtirazın İptali Davaları- İcra İnkâr Kötü Niyet Tazminatları, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 53; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2020, s. 161; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2020, s. 131.

³ AKİL, Cenk, Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emri, 1. Baskı, Ankara, 2017, s. 52-100.

⁴ KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Cilt-I, 3. Baskı, İstanbul, 1988, s. 237; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 162.

⁵ Resmî Gazete Tarih: 09.06.1932, Sayı: 2128.

⁶ AKİL, s. 56-57; KURU, (El Kitabı) s. 223; YILDIRIM/YILDIRIM DEREN, s. 79; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 132-133.

⁷ KURU, (El Kitabı), s. 225; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 189; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 164; AKİL, s. 65

⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 157.

İtiraz, takibin borçlusu tarafından icra dairesine yöneltilen ve takibin gideceği yönü de belirleyen bir işlemdir. Takibin gideceği yön, borçlunun itirazına göre şekillenir. Bu nedenle hukuki niteliği bakımından itiraz, bir taraf takip işlemidir.⁹

Buraya kadar itiraz kavramı, itirazın tanımı, türleri ve hukuki niteliği üzerinde kısaca durduk. Çünkü, itirazın geri alınmasının unsurları açıklanırken itiraz ile ilgili kurallar esas alınacaktır. Örneğin, itirazın şekli ile itirazın geri alınmasının şekli aynı olmalıdır. İtirazın hukuki niteliği ile itirazın geri alınmasının hukuki niteliği de benzerlik gösterir.

Borçlu da itirazını geri alarak duran takibin devamı sonucuna yol açabilir. Borçlu, itirazını ileri sürdükten sonra bu itirazını geri aldığı takdirde takibin ve takibin devamı için başvuru yollarının akıbetinin tartışılması gerekir. Bu çalışmada öncelikle ödeme emrine itirazın geri alınması kavramı açıklanacak ardından bu kavramın takibe ve itirazı hükümden düşürebilmek için alacaklının başvurduğu yollara etkisi ve sonuçları, itirazın türlerine göre sınıflandırılarak incelenecektir.

I. İTİRAZIN GERİ ALINMASI KAVRAMI

A. TANIM

Borçlu, ödeme emrine itiraz ettikten sonra itirazını geri alabilir.¹⁰ Türk doktrininde geri alma üzerine bir tanım bulunmamaktadır. Yukarıda itirazın takip hukukunda hüküm ve sonuç doğuran bir beyan olduğunu belirtmiştik. Buradan hareketle, itirazı hükümsüz kılan şeyin de bir başka beyan olması gerekir. İtirazın geri alınması; takibin devamına yol açan¹¹ ve itirazın iptali ya da kaldırılması gibi derdest yargılamaların konusuz kalmasına sebep olan bir beyandır.

B. AMAÇ

İcra takibinin tarafları arasındaki ilişkiye bağlı sebepler, geri alma iradesinin maddi hukukla ilgili amacını oluşturabilir. Örneğin, genel haciz yoluyla ilamsız takipte, borçlu borcu olmadığını düşünerek itiraz edip

⁹ UMAR, s. 173.

¹⁰ KURU, (El Kitabı), s. 237; AKİL, s. 225; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 220; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 78; ÜSTÜNDAĞ, s. 99.

¹¹ BERKİN Necmettin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, 1. Baskı, İstanbul, 1980, s. 409; KURU, s. 237.

sonrasında borçlu olduğunu fark edip itirazını geri almak isteyebilir. Ya da alacaklı ile borçlu aralarındaki cari hesap ilişkisine göre itirazın geri alınması üzerine taraflar anlaşabilirler. Bu gibi durumlarda borçlu, itirazını geri almak isteyebilir.

Takip hukuku bakımından itirazın geri alınması, belli bir amaç taşımak zorunda değildir. Borçlu itirazını geri almakla, takip hukuku bakımından açılmış veya açılacak olan davada itirazın kaldırılması yollarında muhtemel bir tazminattan kurtulmak, yargılama giderlerinden sorumlu olmamak gibi düşüncelerle hareket edebilir. Borçlu, bu temeldeki amaçlarını geri alma iradesinde dile getirmek zorunda değildir. İcra ve İflâs Kanunu'na göre borçlu, aleyhine yürütülen takibe itiraz ederek takip üzerinde tasarrufta bulunabiliyorsa aynı özgürlük ve kapsamda itirazını geri alarak da tasarrufta bulunmaktadır. Bu durumda borçlu, aleyhine olan bir takibi durabildiği gibi devam etmesini de isteyebilir. İtirazın geri alınması da borçlunun bu iradesini kullanması amacına hizmet etmektedir.

C. HUKUKİ NİTELİĞİ

İcra takibi; alacaklı, borçlu ve icra dairesinin işlemleriyle işlerlik kazanır. İcra takibinin yürütülmesine ve sonuçlanmasına yarayan bu işlemler doktrinde icra takip işlemleri ve taraf takip işlemleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.¹² İtirazın geri alınmasının hukuki niteliği, onun bu işlemlerden hangisine dâhil olduğuyla ilgilidir. Bu nedenle öncelikle, icra takip işlemleri ve taraf takip işlemleri açıklanacak; ardından da ödeme emrine itirazın hangi işlem türüne girdiği belirlenecektir.

İcra takip işlemi kavramı, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmemiş¹³, olmakla birlikte İİK'nun 66., 169., 170., 170/b, 289, 309/ö maddelerinde zikredilmiştir.¹⁴ Kavram, doktrinde açıklık kazanmıştır. Buna göre icra takip işlemleri, icra takibini devam ettiren ve takibe işlerlik kazandıran, borçluya uygulanarak onun hukuki durumunda değişiklik meydana getiren işlemlerdir. Başka bir deyişle bu işlemler; icra takibini ilerleten,

¹² UMAR, Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İstiklal Matbaası, 1. Baskı, İzmir, 1973, s. 171: Yazar, icra takip işlemleri (devlet takip işlemi) ve taraf takip işlemlerini taraf usul işlemi ve mahkeme usul işlemleri ayırımına benzetmektedir.

¹³ YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 25.

¹⁴ KURU, (El Kitabı), s. 148.

takibi bir sonraki aşamaya taşıyan ve icra organları tarafından gerçekleştirilen muamelelerdir.¹⁵ Ödeme emri gönderilmesi, haciz, satış gibi işlemler icra takip işlemlerine verilebilecek başlıca örneklerdendir.¹⁶

Taraf takip işlemleri ise tarafların icra organlarına hitaben yaptıkları işlemlerdir.¹⁷ Ancak tarafların icra dairesine yönelttiği her işlem, taraf takip işlemi değildir.¹⁸ İcra dairesinin kendiliğinden yapmakla mükellef olduğu işlemleri tarafların bir beyanla hatırlatması, örneğin rehin açığı belgesinin istenmesi veya icra dairesinin tamamlama haczi yapması da taraf takip işlemi sayılmaz.¹⁹ İcra organlarına hitaben yapılmayan işlemler, taraf takip işlemi değildir.²⁰

Taraf takip işlemleri, icra takibine yön vererek icra organlarını harekete geçirir. Genellikle tarafların talepleri, taraf takip işlemi olarak nitelendirilir: Takip talebi, haciz ve satış talepleri taraf takip işlemlerine örnektir.²¹ Taraf takip işlemleri takibin gideceği yönü belirler.²²

İcra takip işlemlerinin, icra organı tarafından yapılması, borçlu aleyhine sonuç veren ve takibi ilerletici nitelik taşıması gibi özelliklerinden dolayı, itirazın geri alınmasının icra takip işlemi olmadığı ortaya çıkmaktadır. İtirazı geri alma, borçlunun ileri sürdüğü ve alacaklı lehine takibin devamını sağlayan bir beyandır. İtirazı geri alma, takibin borçlusunu tarafından icra dairesine yöneltilen ve takibin gideceği yönü de belirleyen bir işlemdir. Çünkü itirazı geri alma ile takibe devam edilir. Alacaklı di-

¹⁵ BERKİN, s.35; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES Muhammet, s. 55; KURU, (El Kitabı), s. 147-148; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 25.

¹⁶ UMAR, s. 188-189; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 18; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES Muhammet (2013) İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, s. 55.

¹⁷ UMAR, s. 176.

¹⁸ UMAR, s. 176.

¹⁹ UMAR, s. 177.

²⁰ UMAR, s. 177.

²¹ GÜNEYSU, Nilüfer Boran, (2012) "İcra Takip İşlemleri", TBB, 101, s. 36.

²² UMAR, s. 173; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 16; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 54; ARSLAN, Aziz Serkan, İcra Takip İşlemleri, 1. Baskı, Ankara, 2018, s. 28; GÜNEYSU, s. 35.

lirse, icra dairesinden haciz talep edebilir. Takibin gideceği yön, borçlunun itirazın geri alınmasına göre şekillenir. Ayrıca Umar²³, ödeme emrine itirazı, taraf takip işlemlerinden biri olarak saymıştır. Bu bağlamda itirazın geri alınması da itiraz gibi bir taraf takip işlemidir.

II. İTİRAZI GERİ ALMANIN UNSURLARI

A. Borçlu Geri Alma Beyanında Bulunmalıdır.

İtirazı geri alma beyanında bulunması gereken kişi, borçludur. İsviçre Hukuku'nda alacaklının da geri alma beyanını ileri sürebileceği yönünde görüş mevcuttur. Geri alma beyanını kimin ileri sürmesi gerektiği üzerine Akil²⁴, İsviçre Hukuku'ndan örnekler vermiştir. Buna göre borçlunun, alacaklısına yönelttiği geri alma beyanından sonra taraflar arasında bu konuda bir anlaşmazlık yoksa ve geri alma iradesi yeterince ispatlanmışsa, alacaklının da geri almayı ileri sürmesi mümkündür. Fakat Türk Hukuku'nda itirazın geri alınmasının bizzat borçlu tarafından yapılması ve geri alma beyanının borçlu ve icra memuru tarafından imzalanması gerektiği ifade edilmiştir.²⁵ Bize göre de geri alma iradesi bizzat borçlu tarafından veya onun yetkili temsilcisi aracılığıyla ileri sürülmelidir. Borçluya ait geri alma iradesini alacaklının ileri sürmesi durumunda, alacaklının geri almayı icra dairesinde yeterince ispat etmesi ve icra dairesinin bu ispata ilişkin değerlendirmelerde bulunması, icra dairesinin yargılama yapması anlamı taşır. İcra dairesinin yargılama yapması mümkün değildir. İcra memurunun takdir yetkisini kullandığı hususlar, kanunda açıkça belirlenmiştir. Böyle bir konudaki ispat faaliyetini değerlendirme yetkisi verilmesi, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki bu düzenlemelerin genel çerçevesiyle ters düşer. Bu nedenle, itirazın geri alınmasına ilişkin beyanın, doğrudan borçlu tarafından yapılması gerekir.

Borçlu vekilinin genel vekâletname ile itirazı geri alabilmesi mümkün müdür? Bu sorunun cevabına ilişkin bir hukuki düzenleme yoktur. Ancak geri alma ile takibin devamı gibi bir sonuç doğduğundan borçlu vekiline bu konuda özel bir yetki verilmesi gerektiği düşünülebilir.

²³ UMAR, s. 173.

²⁴ Bkz: VOEGELI, s. 46: naklen: AKİL, s. 226-227.

²⁵ AKİL, s. 227.

HMK'nın²⁶ 74. maddesinde haczin kaldırılması için vekile özel yetki verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Hacı kaldıran işlemler için özel yetki gerekirken borçlunun mallarına haciz konmasına sebep olan işlemler için de özel yetkiye ihtiyaç duyulur. Buradan hareketle, takibin kesinleşmesine ve devamına sebep olan geri alma için de vekile özel bir yetki verilmesi uygun olur. Nitekim Kuru²⁷ da borçlu vekilinin itirazı geri alabilmesi için vekâletnamesinde özel yetki bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Kanaatimce de duran takibin tekrar aktif hale gelmesi sonucunu doğuran geri alma beyanı ile ilgili vekile özel yetki verilmesi gerekir.

Aralarında ihtiyari takip arkadaşlığı olan ve birden fazla borçlunun bulunduğu bir takipte de itirazın geri alınması söz konusu olabilir.²⁸ Böyle bir takipte, borçlu sayısı kadar takip bulunur.²⁹ Yani, itiraz sebepleri bakımından birinin ileri sürdüğü itiraz sebebiyle diğer borçlu takip arkadaşı bağlı değildir. Takip borçlularından birinin itiraz etmesiyle, sadece itiraz eden borçlu bakımından takip durur.³⁰ Takip borçlularından birinin takibe itirazını geri alması yalnızca kendisi için hüküm ve sonuç doğurur.³¹ Dolayısıyla ihtiyari takip borçlularından yalnızca itirazını geri alan için takibe devam edilebilir. İtirazlarını geri almayan diğer takip borçluları bakımından takip durmaya devam eder.

Mecburi takip arkadaşlarının borçlu konumunda olmaları durumunda, alacaklı her bir borçluya karşı birlikte icra takibinde bulunur.³² Borçlu tarafta oluşan böylesine bir mecburi takip arkadaşlığı, el birliği halinde borçluluk veya bölünemez bir borcun borçlusu olma durumunda

²⁶ Resmî Gazete Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

²⁷ KURU, (El Kitabı), s.238; KURU, İcra ve İflas Hukuku, C-I, s. 261.

²⁸ İcra takibinde ihtiyari takip arkadaşlığına ilişkin, DİŞEL, Buse (2014) İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, İstanbul, s. 131.

²⁹ DİŞEL, s. 179.

³⁰ DİŞEL, s. 180.

³¹ DİŞEL, s. 179.

³² DİŞEL, s. 27.

meydana gelir.³³ El birliği ortaklığında, kural olarak borçlular, borcun tamamından sorumlu olurlar.³⁴ Mecburi takip borçlularının birlikte itiraz etmesi veya beraber itirazlarını geri alması gerekir.

El birliğiyle malik olma durumuna miras ortaklığı ve adi ortaklık örnek gösterilir. Ancak hem miras ortaklığında hem de adi ortaklıkta, elbirliği halinde mülkiyet söz konusu olsa da miras ortaklığı için Türk Medeni Kanunu'nun 641. maddesi, adi ortaklık bakımından ise Türk Borçlar Kanunu'nun 638. maddesinde ortaklardan her biri için müteselsil sorumluluk öngörülmüştür. O halde takibin her bir mirasçıya veya adi ortağa karşı beraber mi yöneltileceği yoksa tek bir mirasçıya da yöneltilmesinin mümkün olup olmadığı tartışma konusudur. Bu tartışma itirazın geri alınması bakımından da etki doğurur. Çünkü miras ortaklarından yalnızca birinin borcu ödemesi, takibe itiraz etmesi veya itirazını geri almasının diğer ortaklar veya mirasçılar bakımından da sonuç doğurup doğurmayacağı bu tartışma neticesinde çözüme kavuşabilir.

Adi şirket ortaklığında ortakların şirketin malları üzerinde elbirliği halinde hak sahibi oldukları tartışmasızdır. Adi şirketle ilgili dava ve takiplerde eğer bir temsilci atanmamışsa, aralarında mecburi dava veya takip arkadaşlığının doğması gündeme gelir. Ancak, özellikle adi şirketin davalı veya borçlu olduğu durumlarda TBK'nın 638. maddesi karşısında doktrin ve Yargıtay belli bir ayrıma gitmiştir.

Bazı yazarlar³⁵, edimin konusuna göre müteselsil sorumluluğun doğduğunu belirtmişlerdir. Bu görüşte edimin konusu para ise müteselsil sorumluluk ve beraberinde ihtiyari dava arkadaşlığı meydana gelir.

Yargıtay da dava konusunun para olup olmasına göre bir ayırım yapmış, dava konusunun para olması halinde müteselsil sorumluluğun

³³ DİŞEL, s. 27-31.

³⁴ DİŞEL, s. 27.

³⁵ TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt-I, Ankara, 2021, s. 510; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, 2020, Ankara, s. 552-553; PEKSÖZ, Vildan Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 1. Baskı, 2020, İstanbul, s. 184-185.

ve dolayısıyla ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğunu belirtmiştir.³⁶

Tüm ortakların elbirliği mülkiyetinin konusu üzerinde birlikte tasarrufta bulunması gerektiğini belirten Pekcanitez/Taş Korkmaz'a³⁷ göre ise ortakların mecburi dava arkadaşlığı söz konusudur. Ortakların edim konusunu birlikte yerine getirme zorunluluğunun olmadığı, para borcunun söz konusu olduğu hallerde müteselsil sorumluluk doğar. Bu görüşteki önemli nokta, bir edimin birlikte ifa edilip edilmemesidir. Edim birlikte ifa ediliyorsa mecburi dava arkadaşlığı, edim ayrı ifa ediliyorsa ihtiyari dava arkadaşlığı doğar.

Yardımcı'ya³⁸ göre, adi ortaklıkla ilgili müteselsilliğin düzenlenme nedeni, ortaklık malları yanında her bir ortağın şahsi malvarlığına başvurma hakkının alacaklıya sağlanmasıdır. Edim konusu para olsa bile öncelikle adi ortakların her ikisi de mecburi dava arkadaşı olarak gösterilip ortaklık mallarından alacağın tatmin edilmesi, bu yeterli olmamışsa her bir ortağın malvarlığına başvurulması gerekir. Kanaatimce de adi şirket ortaklarından istenen edime göre bir ayırım yapmamak ve aradaki ilişkinin mecburi dava arkadaşlığı olduğunu görmezden gelmemek gerekir. Adi şirketin borçlu olduğu bir takipte, alacaklının iki seçeneği bulunur. Seçeneklerden biri, tüm ortakları borçlu göstererek adi şirketin malvarlığından alacağını almaya çalışmaktır. Bu durumda, adi şirket ortakları

³⁶ Yargıtay 15. HD, 2013/2172 E.,2014/2841 K., 22.04.2014 T; "Adi ortaklık tarafından açılacak davaların iştirak halinde mülkiyet hükümleri gereği bütün ortaklar tarafından birlikte açılması gerekir. Adî ortaklığa karşı açılacak davalar yönünden ise; ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. Davanın konusu paradan başka bir şey ise davanın bütün ortaklara karşı birlikte açılması (mecburi dava arkadaşlığı), davanın konusu para ise; ortaklar bu borçtan müteselsil sorumlu bulduklarından ortaklardan biri, bazıları ya da tümüne karşı (ihtiyari dava arkadaşlığı) dava açılabilecektir." Aynı yönde: Yargıtay, 9. HD., 2017/8491 E., 2018/14821 K., 05.07.2018 T., Yargıtay, 9. HD., 2017/18502E., 2020/15311K, 09.11.2020 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> Yargıtay 11. HD; 2004/10494 E., 2005/7310 K., 07.07.2005 T. <https://legalbank.net/arama/>; set. 13.04.2021.

³⁷ PEKCANITEZ/TAŞ KORKMAZ, Pekcanitez Usul, C-I s. 703; PEKSÖZ, s. 185; Adi ortaklıkta dava arkadaşlığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: PEKSÖZ, s. 182-192.

³⁸ YARDIMCI, Taner Emre, Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı, 1. Baskı, Ankara, 2021, s. 84-85; Aynı yönde Yargıtay HGK, 2017/763 E., 2019/344 K., 26.03.2019 <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, set. 24.04.2021.

mecburi dava arkadaşı olurlar ve bir ortağın itiraz etmesi takibi durdurmak için yeterli değildir. Takibi durdurmak için her iki borçlunun da itiraz etmesi veya takibin devamı için her iki borçlunun da itirazını geri alması gerekir. Alacaklının diğer seçeneği, şirket ortaklarının şahsi malvarlığına gitmektedir. Çünkü TBK'nın 638. maddesi her bir ortağı müteselsil sorumlu kılmıştır. Dolayısıyla alacaklı, her bir şirket ortağına ayrı veya birlikte takip başlatıp alacağını ortakların şahsi malvarlığından alabilir. Bu durumda ortaklar ihtiyari dava arkadaşı olurlar. Birinin takibe itiraz etmesi veya itirazını geri alması diğer ortağı etkilemez.

Miras ortakları da tereke malları üzerinde elbirliğiyle maliktir ve tereke malları üzerinde müteselsil sorumludur. Dolayısıyla miras ortaklarının dava/takip arkadaşlıklarının belirlenmesi de tartışmalıdır.

Dişel³⁹ bu konuda kanun koyucunun miras ortaklarını bilinçli olarak müteselsil sorumlu kıldığını, böylece alacaklının dilediği miras ortağına karşı takip yapabilme imkânı tanıdığını belirtmiştir. Yazar⁴⁰ ayrıca, ortaklıktan doğan borcun parça borcu olması durumunda müteselsil borçluluk değil, el birliği halinde borçluluğun meydana geleceğini ifade etmiştir. Kanaatimce, adi ortaklıkla ilgili çözüm, miras ortaklığı bakımından da geçerli olmalıdır. Miras ortaklığın borçlu konumunda olduğu bir takipte, alacaklı dilerse alacağını terekeden alabilir. Bu durumda ortaklar mecburi dava arkadaşıdır. Birinin itiraz etmesi veya itirazı geri alması yeterli değildir. Alacaklı dilerse her bir miras ortağının şahsi malvarlığına gidebilir. Bu durumda, mirasçılardan birinin itiraz etmesi ile takip kendisi bakımından durur veya geri almasıyla takip yine kendisi açısından devam eder.

Takip başlatıldıktan sonra ölen borçlunun mirasçıları bakımından TMK'nın 606. maddesinde yer alan üç aylık mirasın reddi süresinin beklenmesi gerekir. Bu süre içinde mirasçılar, mirası reddetmez ve İİK'nın 53. maddesindeki, aile şirketi kuramamış olma, resmi tasfiyeye henüz başlamama veya terekenin henüz paylaşılmaması şartları mevcutsa, takip terekeye karşı devam edecektir. Bu durumda ise mirasçıların tereke

³⁹ DİŞEL, s. 29.

⁴⁰ DİŞEL, s. 29.

üzerindeki hakimiyeti el birliği mülkiyeti şeklindedir ve müteselsil sorumluluk söz konusu değildir. Mirasçılar, mecburi takip arkadaşı konumunda olurlar ve birinin itiraz etmesi veya itirazını geri alması, takibin devam etmesi veya durması sonucunu doğurmaz. Yani tüm takip arkadaşlarının birlikte itirazı geri alma iradesini ortaya koyması gerekir.

Akla gelebilecek bir diğer ihtimal ise temsil yetkisi eşit şekilde iki kişiye verilmiş olan şirket yöneticilerinden birinin itiraz etmesi, diğerinin ise itirazı geri alması durumunda takibin durumunun ne olacağıdır. Özellikle limited şirketlerde, şirketi ilzama yetkili iki müdür atanabilir. Bu kural aksi sözleşmede belirtilmemişse TTK'nın⁴¹ 370. maddesindeki şirketi temsil için çift imza kuralını düzenleyen madde⁴² hükmünden çıkartılmaktadır. Bu maddeye göre aksi kararlaştırılabilir bir temsil biçimi mümkündür. Yani şirketi temsil için iki ortak birden eşit yetkilerle donatılabilir. Aksinin esas sözleşmede kararlaştırıldığı şirketi temsile yetkili kılınmış iki müdürden birinin itiraz etmesiyle takip dururken, diğer şirket temsilcisinin ise itirazı geri alması ve takibin devamını sağlaması mümkün olur mu?

İki müdürlü bir limited şirketle ilgili Yargıtay'ın verdiği karardaki çözümün, itiraz ve itirazın geri alınması iradelerinin çatışması durumunda uygulanabilirliği tartışmaya değerdir. Yargıtay'ın anılan kararında⁴³, şirket müdürlerinden birinin şirketin taşınmazını muvazaalı ola-

⁴¹ Resmî Gazete Tarih: 13.01.2011, Sayı: 27846.

⁴² BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, 3. Baskı, Bursa, 2012, s. 289.

⁴³ Yargıtay 11. HD 2016/10385 E., 2016/8877 K., 17.11.2016 K.: “Öte yandan dava dosyasındaki ticaret sicil kayıtları incelendiğinde davacı şirketin... ve ... olmak üzere iki ortaklı bir limited şirket olduğu, her iki ortağın da münferiden şirketi temsil ve ilzama yetkili olduğu anlaşılmaktadır. İşbu dava davacı şirket adına ortak-müdür... tarafından açılmıştır. Davalı tarafta ise diğer ortak-müdür... bulunmaktadır. Dava dilekçesinde davalının şirketin tek taşınmazını değerinin çok altında bir bedelle muvazaalı olarak sattığı, satıştan elde ettiği geliri de şirket hesabına aktarmadığı, davalının eyleminin şirketi zarara uğrattığı iddia edilmiştir. Davalı ... şirket temsilcisi sıfatıyla verdiği 30...2014 tarihli dilekçesi ile davacı şirket adına açılan davadan feragat ettiğini bildirmiştir. Karşı taraf vekili ise 30...2014 tarihli duruşmada ve 09.04.2015 tarihli dilekçesinde davalı ...'nin davacı şirket adına açılan davadan feragatinin geçersiz olduğunu belirtmiştir.

rak devrettiği, bu devirle ilgili diğer müdürün muvazaa davası açtığı, devir yapan müdürün muvazaa davasından feragat ettiği ve bu feragatin geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Yüksek mahkeme bu menfaat çatışmasını şirkete kayyum atanarak çözümlenebileceğine hükmetmiştir.

Temsilcilerinin önceden akdettiği esas sözleşme ile şirket, dış ilişkide etki doğuran itiraz ve itirazı geri alma iradelerinin her ikisini de geçerli kılabilir mi? Kanaatimce şirket müdürlerinin kendi aralarındaki anlaşmazlık, icra dairesini veya alacaklıları bağlamaz. Bu anlaşmazlığı şirketin iç ilişkilerinde çözüme kavuşturmaları beklenir. Nitekim yukarıdaki Yargıtay kararında olduğu gibi şirkete ortak temsilci atanmasının emredilmesi icra dairesinin yetkisini aşar. Bu nedenle şirketi temsile yetkili iki temsilcinin birbirleriyle çelişen beyanlarda bulunması durumunda, şirketin temsil edilmesi için kayyum atanması gibi çözümler genel mahkemeden talep edilebilir. Genel mahkemenin belirlediği kayyumun geçmişteki işlemlere etkisi olmaz. Bu nedenle şirket müdürlerinden birinin takibe itiraz etmesi, diğerinin itirazı geri alması durumunda hangi beyanın geçerli olması gerektiğinin belirlenmesi halen gereklidir. Bu noktada genel mahkemenin, müdürlerin temsil yetkilerini kötüye kullanıp kullanmamalarına göre bir karar vermesi icap eder. Mahkeme, şirket müdürlerinin temsil yetkisini kötüye kullandığı kanaatine ulaşırsa, itiraz veya geri alma iradesini ileri süren ve temsil hakkını kötüye kullanan müdürü yetkisiz temsilci gibi değerlendirerek itirazı veya itirazın geri alınmasını geçersiz kılmalıdır. Ancak temsil yetkisinin kötüye kullanılması gibi bir durum söz konusu değilse, müdürlerin itirazı veya itirazın geri alınması iradeleri geçerli kalmalıdır.

Bir şirket müdürü iradesiyle şirket adına söz konusu taşınmaz satışının muvazaalı olduğu iddiasıyla dava açılırken diğer bir şirket müdürü tarafından bu davadan feragat edilmiştir. Böylece davacı şirketi tek başına temsile yetkili müdürler arasında davanın sürdürülüp sürdürülmemesi konusunda görüş ayrılığı oluşmuş bulunmaktadır. Bu durumda somut olayın özellikleri ve menfaat çatışması sonucu doğuran hallerde davacı şirketin temsili konusundaki ilkeler dikkate alınarak davacı şirkete kayyum tayin edildikten sonra davacı şirket adına açılan dava yönünden bozma ilamında işaret edilen hususlar nazara alınmak suretiyle işin esasının incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken bu şekilde davacı şirket adına açılan davadan feragat edilemeyeceği nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm Kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” <https://legalbank.net/arama>, set. 19.04.2021.

B. İtirazı Geri Alma Beyanı İcra Dairesine Yapılmalıdır.

İtiraz, takibin başlatıldığı icra dairesine yapılıyorsa, itirazın geri alınması da icra dairesine ileri sürülür.⁴⁴ Bu nedenle geri alma beyanı icra dairesine başvurarak gerçekleştirilir. Borçlu, itirazın geri alınması beyanını tıpkı itirazda olduğu gibi⁴⁵ masrafını yatırmak suretiyle takibin yapıldığı yerden başka bir yerdeki icra dairesinde de ileri sürebilir. İtirazın yapıldığı icra dairesiyle, geri alındığı icra dairesinin aynı olması gerekmez. İtiraz geri alındıktan sonra, takibin durumu hakkında icra dairesi takibin devamına karar verir. Bu noktada, alacaklı da takip devam ettiğinde, icra dairesinden haciz talebinde bulunabilir. Tüm bu işlemlerin yerine getirilebilmesi için borçlunun ödeme emrine itirazını geri almaya yönelik irade beyanını herhangi bir icra dairesine yöneltmesi gerekir.

C. İtirazı Geri Alma Beyanı Dilekçeyle veya Sözlü Olarak Yapılmalıdır.

Geri almanın şekli belirlenirken İcra ve İflâs Kanunu'ndaki itiraz hükümlerinin kaynak alınacağını belirtmiştik. Bu nedenle İcra ve İflâs Kanunu'ndaki itiraza ilişkin hükümleri, uygun düştüğü ölçüde itirazın geri alınmasına uygulamak gerekir.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 8. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun Uygulanması Hakkındaki Yönetmeliğin⁴⁶ 22. maddesine göre, icra dairesine yöneltilen talep ve beyanlar tutanak altına alınır. Borçlunun yönelttiği bir beyan olan itirazın da sözlü veya yazılı biçimde yapılması gerekmektedir. Sözlü yapılan itirazlar tutanağa geçirilir.⁴⁷ İtirazın yapılaş biçiminden hareketle, geri alma beyanının da yazılı veya icra dairesinde tutanak altına alınmak şartıyla sözlü biçimde yapılması gerektiği sonucu çıkmaktadır.⁴⁸ O halde, geri alma beyanı da İcra ve İflâs Kanunu'nun ve

⁴⁴ AKİL, s. 227.

⁴⁵ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 202; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 104-105; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 169; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 76.

⁴⁶ Resmî Gazete Tarih: 11.04.2005, Sayı: 25783.

⁴⁷ BERKİN, s. 407; ÜSTÜNDAĞ, s. 99; YILDIRIM/YILDIRIM DEREN, s. 76; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 139.

⁴⁸ KURU, (El Kitabı), s. 237; AKİL, s. 227.

Yönetmeliğinin ilgili maddelerine dayanarak yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü biçimde yapılır. Doktrinde⁴⁹ de itirazı geri almanın yazılı biçimde yapılacağı ve sözlü yapılan geri almaların icra dairesinde tutanak altına alınması gerektiği ifade edilmiştir.

İtiraz geri alınırken kayıtsız şartsız yapılmalıdır.⁵⁰ Borçlu icra dairesinde itirazını şartlı geri aldığı anda icra dairesi bu beyanı dikkate almaz ve takip durmaya devam eder.⁵¹

D. İtirazı Geri Alma Beyanı Alacaklının Kabulüne Bağlı Değildir.

Dava geri alınırken davalının rızasına ihtiyaç vardır (HMK 123).⁵² Böyle bir rızanın aranmasının sebebi, davanın geri alınmasıyla haktan vazgeçilmemesi ve davalının sürekli bir dava tehdidi altında olmasının engellenmesidir. Davalı, geri almayı kabul etmeyerek mevcut yargılamanın devam etmesini isteme hakkına sahiptir. İtirazı geri almaya karşı alacaklının itiraz etmesinde hukuki yarar mevcut değildir.⁵³ Çünkü borçlu, itirazı geri aldıktan sonra takip kesinleşir.⁵⁴ Alacaklı, borçlunun tekrar itiraz ederek takibi durdurması gibi bir tehlike altında değildir. Bu nedenle, itirazın geri alınması için alacaklının kabulü gerekli görülmez.

III. İTİRAZIN GERİ ALINMASINDAN DÖNMEK MÜMKÜN MÜDÜR?

Genel haciz yoluyla icra takibinde borçlunun itiraz edebildiğini veya itirazından geri dönebileceğini açıklamaya çalıştık. Bu noktada itirazını geri alan borçlunun, geri almadan dönmek istemesi durumunda ne olacağı akla gelebilir. O halde, geri almadan dönmenin yapılıp yapılmayacağı, itirazı geri almadan dönmek mümkünse bunun için hangi merciye başvurulacağı gibi konuların üzerinde durmak gerekir.

⁴⁹ KURU, (El Kitabı), s. 237; AKİL, s. 225 ve 227.

⁵⁰ KURU, (El Kitabı) s.237; KURU, C-I, s. 260; DEYNEKLİ/KISA, s. 55; AKİL, s. 225.

⁵¹ KURU, (El Kitabı), s. 237; KURU, C-I, s. 260.

⁵² PEKCANITEZ/DİĞERLERİ, Pekcanitez Usul, C-I, s. 1188; BUDAK, Ali Cem, KARA-ASLAN, Varol, "Medeni Usul Hukuku", 4. Baskı, Ankara, 2020, s. 213-214; GÖRGÜN Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2019, s. 308

⁵³ BERKİN, s. 409.

⁵⁴ Bkz: Başlık VII-a.

İtirazın geri alınmasından dönme imkânının bulunup bulunmadığı hakkında doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Belgesay'a⁵⁵ göre itirazın geri alınması bir anlamda borçlunun takip konusu borcu tanıdığı anlamı taşır. Bu nedenle borçlu, borcunu ikrar ettikten sonra bu ikrarı geri alamaz. Berkin⁵⁶, yedi günlük itiraz süresi geçtikten sonra, itiraz iradesini ortaya çıkaracak nitelikte bir geri almadan dönme veya yeni bir itiraz iradesi koymanın mümkün olmayacağını belirtmiştir. Akil⁵⁷, itirazın geri alınmasıyla, takip konusu alacakla ilgili yalnızca takip hukukunda sonuç meydana geleceğini belirtmiş ve geri almadan dönmenin belirli hallerde mümkün olduğunu aktarmıştır. Buna göre; geri alma beyanı icra daire-sine ulaşmadan dönme iradesinin ileri sürülmesinde veya geri alma iradesinin fesada uğraması durumunda gerçekleşir.⁵⁸ Akil'in aktardığı İsviçre Hukuku öğretisine göre⁵⁹, geri alma beyanındaki iradenin fesada uğradığı menfi tespit davası ile ortaya konur.

Postacıoğlu/Altay⁶⁰, İsviçre Hukuku'nu kaynak göstererek geri alma beyanından geri dönülemeyeceğini hatta bu beyanın fesada uğra-

⁵⁵ BELGESAY, s. 165; Aynı yönde: KURU, C-I, s. 261; HUBER, s.44-45: Yazar, itirazı geri alma beyanının takip konusu borcun tanınması anlamı taşıdığından irade fesadı veya maddi bir hata haricinde geri almadan dönmenin mümkün olmadığını ifade etmiştir; naklen, AKİL, s. 228.

⁵⁶ BERKİN, s. 409; Aynı yönde: AKYAZAN, Sıtkı İcra ve İflâs Kanun'undaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar, 1. Baskı, Ankara, 1965, s. 37: Yazar takipteki borcu ikrar ettikten sonra 7 günlük itiraz süresi içinde itiraz iradesinin ileri sürülebileceğini belirtmiştir.

⁵⁷ AKİL, s. 228.

⁵⁸ BGE 62 III 125,127. naklen: AKİL, s. 228; AKYAZAN, s. 38.

⁵⁹ BGE 75 III, 40,42 vd; BISchK 1986, 184, 185; VOEGELI, s. 46-47; FRITZSCHE/WALDER, I, §17 kn. 57; RUEDİN, s. 7; naklen, AKİL, s. 228 Yazar, ödeme emrine itirazdan vazgeçmenin; hata, hile veya korkutma ile verilmesi durumunda vazgeçme beyanının iptal edilip edilmeyeceğini tartışarak, bu konuda İsviçre uygulamasında iptal davası açılmayacağını söylemektedir.

⁶⁰ BESSENICH, Basler Kommentar, SchKG I, Art.78, No. 5-6: naklen: POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 220, Aynı eserde yazarın aktardığı Federal Mahkememe kararında, geri alma iradesinden, iradenin fesada uğradığı gerekçesiyle serbestçe geri dönülemez. Bunun için borçlu ayrıca menfi tespit davası açabilir. Federal Mahkeme Kararı, 15 Haziran 1949, JdT. 1950 II 3, naklen: POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 220.

ması halinde dahi icra dairesine yöneltilebilecek bir dönmenin gerçekleşmeyeceğini, irade fesadı söz konusu olduğunda borçlunun bu durumu menfi tespit davasında ileri sürebileceğini belirtmiştir.

İtirazın geri alınmasından dönmenin mümkün olmadığını ileri süren yazarların bir kısmı, geri alma beyanını, borç tanınması olarak görmektedir.⁶¹ Bu noktada borcunu tanımış olan borçlunun artık geri almadan dönerek borca itiraz iradesini canlandırmasının mümkün olmadığı düşünülebilir. Ancak, itirazın geri alınması borçlunun borcunu tanınması şeklinde nitelendirilirse bunun maddi hukuk açısından da etkisi olduğunu kabul etmemiz gerekir. Oysa borçlu itirazını geri alırken borca ilişkin herhangi bir ikrarda bulunmaz. Borçlu yalnızca önceden ileri sürdüğü itirazını hükümden düşürme iradesini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, itirazın geri alınması beyanı yalnızca takip hukuku açısından sonuç doğurur. Kanaatimce itirazı geri alma iradesinden dönmek, irade fesadı halleri ile geri alma beyanının henüz icra dairesine ulaşmadığı durumlar haricinde mümkün değildir. Fakat geri almadan dönme imkânının olmaması, borç ikrarına bağlanamaz. Dönme imkânının olmaması takibin kesinleşmesiyle ilgilidir. İtirazın geri alınması yalnızca takip hukukunda sonuç doğurur ve bu bir borç ikrarı değildir. Alacaklı, itirazın geri alınmasıyla takibe devam etme imkânı bulur.⁶² Takibe devam etme imkânı ise kural olarak takibin kesinleşmesiyle mümkündür. Bu nedenle, itirazın geri alınmasıyla birlikte icra takibi kesinleşir ve takibe devam edilir. Takip kesinleştikten sonra geri almadan dönme iradesini ileri sürerek, itirazı tekrar gündeme getirmek ve takibi bir kez daha durdurmak alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini zedeler. Alacaklının sürekli takibin durması tehdidi altında cebri icrayı yürütmesi de borçlu ile alacaklı arasındaki dengeyi ortadan kaldırır. Dolayısıyla, itirazın geri alınmasından dönmek kesinleşen takibin tekrar durma ihtimalinin olmaması nedeniyle mümkün değildir.

⁶¹ KURU (El Kitabı), s. 238: Yazar itirazı geri alarak borçlunun borcunu kabul etmiş sayılacağını belirtmiştir.; BELGESAY, s. 165.

⁶² KURU, (El Kitabı), s. 237.

Borçlu süresinde itiraz ederek önce takibi durdurup sonrasında itirazını geri aldığı anda itiraz süresi dolmadan tekrar itiraz edebilir mi? Kanaatimce bu soruya olumlu yanıt vermek mümkün değildir. Borçlu itirazı geri alarak takibi kesinleştirmiş olur. Aksi düşünülduğünde alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesi ortadan kalkar.

Geri alma iradesinin fesada uğraması halinde, geri almayla ilgili alacaklı veya borçlu nezdinde sonradan bir anlaşmazlık olursa, bu hususun şikâyet yoluyla çözümleneceği düşünülebilir. İrade fesadı aslında itirazı geri alma beyanının hata, hile, ikrah gibi hallerinde somutlaşır. Ancak şekli inceleme yetkisiyle sınırlandırılmış icra mahkemesinin irade fesadı hallerini tartışma imkânı bulunmamaktadır.⁶³ İtirazın geri alınmasına ilişkin irade beyanının fesada uğraması durumunda geri almanın akıbetini takip hukukunda araştırılacak bir müessese bulunmamaktadır. Kanaatimce de geri alma beyanının ortadan kaldırılması için irade fesadının mevcudiyetini inceleyecek mercii genel mahkemeler olmalıdır. Çünkü her ne kadar geri alma beyanı üzerine takibin devamına ilişkin işlemlerde bulunan icra dairesi olsa da maddi hukuk bakımından inceleme gerektirecek irade fesadı hallerinin icra mahkemesinde değerlendirmesi mümkün değildir. Bu noktada, İsviçre öğretisine uygun olarak, geri alma beyanını hükümsüz kılacak irade fesadı hallerinin genel mahkemelerde incelenmesi gerekmektedir. Genel mahkemede açılması gereken dava da menfi tespit davasıdır.

IV. İTİRAZIN KISMEN GERİ ALINMASI MÜMKÜN MÜDÜR?

İtirazın geri alınması borcun tamamına değil de bir kısmını etkileyecek şekilde yani kısmî olarak yapılabilir. Böyle bir durumda, borçlunun itirazını geri aldığı kısmı kadarıyla takibe devam edilir. Akil⁶⁴ de bu hususta borcun tamamına yapılan itirazdan sonra alacağının bir kısmı için itirazın geri alınması halinde kısmî geri almanın söz konusu olacağını belirtmiştir. Buradan hareketle kısmi ödemelerle itirazın tamamının değil, ödendiği kısmı kadarının geri alındığını kabul etmek gerekir.

⁶³ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 220; aynı yönde AKİL, s. 227.

⁶⁴ AKİL, s. 228.

V. ÖDEME, İTİRAZI GERİ ALMA MIDIR?

Doktrinde⁶⁵ geri almanın, açıkça veya zımnî şekilde yapılabileceği ifade edilmiştir. Alacağın icra dairesinin hesabına yatırılması, zımnî geri alma olarak değerlendirilir. Fakat ödemenin icra dairesinin hesabına yatırılması önem arz eder. Çünkü haricen yapılan ödemelerin hangi borç için yapıldığını belirlemek mümkün değildir.⁶⁶

İtiraz ile durdurulan fakat sonradan borcun bir kısmının icra dairesinin hesabına ödendiği bir takipte, itirazın hükümsüz kalacağı ve kalan alacak için takibe devam edileceğine ilişkin Yargıtay İcra ve İflâs Dairesinin 1953 tarihli bir kararı bulunmaktadır:

“...Takibe karşı itiraz eden borçlu tarafından borcun kısm-ı küllisi mezkur takipten ödenmiş olmasına göre borç fiilen kabul ve ikrar edilmiş sayılacağından talep veçhile takip masrafları hakkında icranın devamına kanuni bir mani bulunmadığı halde mercice itirazla takibin durdurulduğundan ve itirazın ref'i istenmemiş olduğundan bahisle karar verilmesi hukuka aykırıdır...⁶⁷”

Kanaatimce geri alma beyanı açıkça ileri sürülmelidir. Kısmî ödeme yapılması, itirazın tamamı üzerinde etki doğurmaz. Kısmen yapılmış bir ödeme, önceden takibe itiraz etmiş kişinin, borcun tamamı üzerindeki itirazını ortadan kaldırmaz. Böyle bir durumda, ödediği kısım hakkında hata yaptığını düşünen borçlu, kalan kısım için itiraz ve dolayısıyla takip iradesini devam ettirecektir. Dolayısıyla, yapılan kısmî ödemeler, borcun tamamı bakımından itirazın geri alınması anlamı taşımaz. Öte yandan, takip alacağının tamamının icra dairesinin hesabına yatırılması, zımnî anlamda geri alma değildir. Yargıtay bir kararında, duran takibin devamı için itirazdan açıkça feragat edilmesi gerektiğini, icra dosyasına yapılan bir ödemenin takibin devamına yol açmayacağına hükmetmiştir.⁶⁸ Alacağın tamamının icra dairesinin hesabına yatırılması halinde, itiraz üzerine

⁶⁵ KURU, (El Kitabı), s.238; AKİL, 226; KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku Cilt-I, 1. Baskı, İstanbul, 1988, C-I, s. 261; DEYNEKLİ/KISA, s. 55; OLGAC, Senai/KÖYMEN, Haydar, Kazai ve İlmi İçtihatlarla İcra ve İflâs Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, 1965, s. 457.

⁶⁶ AKİL, s. 227.

⁶⁷ İİD, 21.12.1953T. 6113 E. 5907 K. naklen: OLGAC/KÖYMEN, s. 458.

⁶⁸ Yargıtay 12. HD. 2012/16775E., 2012/33809 K., 20.11.2012 T. “... borçlunun itirazından açıkça feragat etmesi halinde mümkün olup, itirazı hükümden düşürecek bir karar bulunmak-

duran takibe devam edilmesine gerek kalmaz. Ödemenin yapılması durumunda, itirazın da geri alındığını kabul etmek bir anlam taşımamaktadır. Zaten, borcun tamamının ödenmesi ile birlikte takip sona erecek ve itirazın geri alınmasıyla devam ettirilmeye çalışılan takip ve takip işlemlerine ihtiyaç kalmayacaktır. Başka bir deyişle, alacağın tamamının icra dairesinin hesabına yatırılması durumunda itirazın geri alınmasına bağlanan hukuki sonuçlar doğmayacağı gibi, itirazın geri alınmasına başvurmak için gereken hukuki yarar ortadan kalkacaktır.

VI. ZAMAN BAKIMINDAN İTİRAZIN GERİ ALINMASI

İtirazın geri alınmasının takibin her aşamasında yapılabileceği yönünde doktrinde bir görüş birliği bulunmaktadır.⁶⁹ Ancak bazı durumlarda, borçlunun itirazını geri almasına gerek kalmaz. Örneğin, kesin kaldırma veya itirazın iptali kararı verilmesiyle geri almaya ihtiyaç kalmaz. İtirazın her zaman geri alınabileceğini söyleyen görüşler bulunsa da itirazın hükümden düşürülmesine ilişkin genel mahkeme veya icra mahkemesi kararları, geri alma beyanının ileri sürülme zamanı bakımından sınır olmalıdır. Başka bir deyişle itirazın geri alınması beyanı, başvurulması halinde kesin kaldırma veya itirazın iptali kararları verilene kadar ileri sürülebilir. Çünkü genel mahkemenin itirazın iptali kararı vermesi üzerine alacaklı takibe devam eder ve borcunun mallarının haczedilmesini isteyebilir.⁷⁰ İtirazın iptali kararının verilmesiyle takibe devam edilmesi için verilen hükmün kesinleşmesine gerek yoktur.⁷¹ Aynı durum itirazın kesin kaldırılması kararının verilmesi bakımından da geçerlidir. İtirazın kesin kaldırılmasıyla birlikte takip kesinleşir ve alacaklı takibe devam

sızın veya açıkça itirazdan feragat edilmeksizin hiçbir icra takip işlemi yapılamaz. ...Borçlunun yasal sürede yaptığı itiraz ile takip durduğuna ve alacaklı tarafından itirazın kaldırılması ya da iptali yönünde alınmış bir karar ibraz edilmediğine göre icra takibinin devamı olanaksızdır. İtirazdan feragatin açıkça yapılması zorunlu olup, borçlu tarafından icra takip dosyasına borcun ödenmesi, itirazdan feragat anlamına gelmez..." s.e.t.: 16.04.2021; <https://le-galbank.net/arama>.

⁶⁹ KURU, (El Kitabı), s.237; AKİL, s. 227; DEYNEKLİ/KISA, s. 55; ÜSTÜNDAĞ, s. 99; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 78; BERKİN, s. 409.

⁷⁰ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 185; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 114.

⁷¹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 185.

etme imkânı bulur.⁷² O halde geri alma, itirazın mahkemece kesin kaldırılmasına kadar mümkündür. İtirazın geçici kaldırılmasında ise geçici hacizlerin kesin hacze dönüşme anına kadar geri almanın zaman bakımından pratik bir sonucu olur.

Alacaklının itirazı hükümden düşürecek yollara başvurmadiği hallerde, borçlu itirazını ne zamana kadar geri alabilir? Burada aklımıza alacağın zamanaşımına uğraması gelebilir. Alacaklının takip başlattığını, borçlunun da süresinde itiraz ederek takibi durduğunu düşünelim. Bu takipte on beş yıl boyunca hiçbir işlem yapılmazsa, alacak zamanaşımına uğrar. Zamanaşımına uğrayan bu takipte borçlunun itirazını geri almasına engel yoktur. Bu noktada alacaklının takibe devam etme fırsatı doğar. Öte yandan itirazın geri alınması ile alacaklı takibe devam etse de borçlu zamanaşımını ileri sürerek takibi iptal ettirme imkânını elinde tutar. İtirazı geri alma iradesini ileri süren borçlunun zamanaşımı sebebiyle takibin iptaline başvurması çelişkili bir davranıştır. Zamanaşımına uğrayan borç için icra takibindeki itirazını geri alıp sonrasında zamanaşımı sebebiyle takibin iptaline başvuran borçlu çelişki yaşadığını ihlal eder.

VII. KONUSU BAKIMINDAN İTİRAZIN GERİ ALINMASININ ETKİSİ VE SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

1. Takip Kesinleşir

İtirazın geri alınmasıyla birlikte borçlunun takibe devam edebileceğinden bahsetmiştik.⁷³ Takibe devam edilmesinin en önemli koşulu, takibin kesinleşmesidir.

Alacaklının itirazı ortadan kaldıracak yollardan birine başvurmadığı dönemde, borçlunun itirazını geri alması üzerine takibin devamı hangi merci tarafından sağlanır? Kuru'ya göre geri almadan sonra itiraz hükümsüz kalır ve alacaklı bir dilekçe ile takibe devam edebilir.⁷⁴ Berkin ise, alacaklının geri alma beyanına itiraz edemeyeceğini ifade ederek, itirazın geri alınmasından sonra takibe devam etmenin mümkün olduğunu

⁷² PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 126; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 212.

⁷³ Bkz: Başlık IV.

⁷⁴ KURU, (El Kitabı), s. 237; KURU, C-I, s. 260.

belirtmiştir.⁷⁵ Kanaatimce, duran takibe devam edilmesi için icra daire-sine geri alma beyanı ulaştıktan sonra icra müdürünün, itirazın geri alın-masıyla birlikte takibin devamına karar vermesine gerek yoktur. Nasıl iti-raz ile birlikte takip kendiliğinden duruyorsa, itirazın geri alınmasıyla da duran takip kaldığı yerden devam edecektir. Ancak, icra dairesi itiraz ile birlikte tespit edici veya açıklayıcı nitelikte olan takibi durdurma kararı vermektedir. İtirazın geri alınmasında da duran takibin devamını göste-ren açıklayıcı nitelikte bir karar yazılabilir.

İcra dairesi itirazın geri alındığını alacaklıya bildirmelidir. Böylece alacaklı takibini devam ettirmek isterse harekete geçebilir. İtirazın geri alınması karşısında alacaklı takibe devam edebileceği için artık haciz ta-lep etme yetkisini kendinde bulur.

Yukarıda belirttiğimiz üzere itirazın geri alınması, yalnızca takip hukuku kapsamında sonuç doğurur. Borçlunun takip konusu borcu ikrar ettiği anlamına gelmez. Geri alma, yalnızca o borç ile ilgili cebrî icra iş-lemelerinin devamına sebep olur; maddi hukuk bakımından etki yaratmaz ve takip konusu borcun, genel mahkemelerde tartışılmasına engel olmaz. Dolayısıyla borçlunun menfi tespit davası veya istirdat davası açma hakkı devam eder.

2. Derdest İtirazın Ortadan Kalkması Yargılamaları Konusuz Kalır

Genel haciz yoluyla ilamsız takipte, borçluya ispatsız ve inceleme-siz itiraz ile takibi durdurma hakkı veren İcra ve İflâs Kanunu, bu itirazın hükümden düşürülmesi için alacaklıya da itirazın kaldırılması ile itirazın iptali gibi takip hukukuna özgü yollara başvuru hakkı tanımıştır. İtiraz ile duran takip, itirazın geri alınması ile devam edecekse de geri alma be-yanının itirazın iptali veya itirazın kaldırılması aşamalarında gerçekleş-mesi üzerine bunun yargılamalara etkisi tartışmaya değerdir.

İtirazın geri alınması, iptal veya kaldırma yargılamalarında hukuki yararın ortadan kalkmasına ve yargılamaların konusuz kalmasına neden olur.

⁷⁵ BERKİN, 409: Yazar, alacaklının itirazı geri alma beyanına itiraz etmeyeceğini çünkü bunda bir hukuki yararı olmadığını ifade etmiştir.

3. İtirazın Ortadan Kaldırılması Yargılamalarında Borçlu, Tazminatlar ve Para Cezasına Mahkûm Edilir

İtirazın geri alınması, itirazı ortadan kaldırmayı amaçlayan yargılamalarda icra inkâr tazminatına hükmedilmesine engel teşkil etmez. Bu yargılamalarda, davayı kaybedeceğini anlayan borçlunun, itirazını geri alarak tazminattan ayrık tutulmaya çalışmasını engellemek amacıyla icra inkâr tazminatı ve diğer dava ve takip giderlerine hükmedilmesi gerekir.

İtirazın iptali davasında her ne kadar, icra ve inkâr tazminatına hükmedilebilmesi için, süresi içinde geçerli bir itirazın⁷⁶ mevcudiyeti aransa da kaybedeceğini anlayan borçluların itirazı geri alarak icra inkâr tazminatından muaf tutulmaya çalışmasının önüne geçmek gerekir.

Yargıtay'a göre de itirazın geri alınması, itirazın iptali davasında mahkemenin icra inkâr tazminatına hükmetmesine engel olmaz. Bu nedenle de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, itirazın geri alınmasıyla davanın görülmesine engel olunamayacağını, aksi halde kaybedeceğini anlayan borçlunun itirazını geri alarak aleyhine hükmedilecek tazminattan kaçınabileceğini ifade etmiştir:

*"...Olayımızda temyiz konusu olmamakla birlikte İİK'nın 67. maddesinin 2. fıkrasındaki icra inkâr tazminatının kanuna konuluş amacı da borçlu olduğu miktarı bilebilecek veya bu miktarı tayin edebilecek durumda olan borçlunun ödeme emrinin tebliği üzerine icrada borcunu inkâr etmesini önlemektir. ...Borçlunun sonradan yaptığı ödemeler veya borcu kabul beyanı mahkemenin yargılamayı devam ettirip davayı sonuçlandırmasına, takibe yapılan itirazda haksızlık durumuna göre inkâr tazminatına hükmetmesine engel teşkil etmez."*⁷⁷

⁷⁶ İtirazın iptali hakkında bkz: KURU, (El Kitabı), s. 263; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ/ HANAĞASI, s.186; YILDIRIM/ DEREN YILDIRIM, s. 105.

⁷⁷ Yargıtay HGK 16.10.1996 T, 1996/601 E, 1996/711 K; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> s.e.t: 16.04.2020 Aynı yönde bkz: Yargıtay HGK, 21.03.2001 T, 2001/19 E, 2001/266 K; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2001-19-266.htm> s.e.t: 16.04.2020; Yargıtay 19. HD 14.12.2015 T, 2015/6527 E, 2015/16715 K: "...Mahkemece bu yönde karar verilmesi doğru olmakla birlikte, davanın açılmasında davacıya atfedilecek bir kusurun bulunmadığı, davanın açılmasına sebebiyet veren ve yargılama aşamasında icra takibine konu alacağı itirazından vazgeçen davalının bu hali ile kusurlu olduğu gözetilerek, davacı yararına İİK'nın

Borcun tamamının ödenmesi halinde icra inkâr tazminatının durumu bakımından da bir değişiklik söz konusu olmaz. Borçlunun yaptığı ödeme, itirazın iptali davasında hükmedilecek icra inkâr tazminatını bertaraf etmez. Çünkü itirazın iptali davasında borçlu aleyhine hükmedilen tazminat, borçlunun haksız yere takibi durdurmak suretiyle alacaklının alacağını geç almasına sebep olmasının bir yaptırımıdır.⁷⁸

İtirazın kesin ve geçici kaldırılmasında, itirazı geri alma bu yargılamaları konusuz bırakır. Ancak yine de borçlu aleyhine icra inkâr tazminatına hükmedilmesi gerekir. Yargıtay da bu hususta, borçlunun itirazdan vazgeçmesinin icra inkâr tazminatına karar vermekte etkili olmayacağına hükmetmiştir:

"...Süresinde takibe itiraz edilmesinden sonra gerek borçlunun itirazdan vazgeçmesi ve gerekse alacaklının itirazı kabul etmesi yahut takip şekline göre icra dairesine başvurup takipten feragat etmesi halleri tazminat isteminin reddini gerektirmez. Aksinin kabulü halinde itiraz üzerine haklı olmadığını anlayan tarafın talebinden vazgeçmesi suretiyle aleyhine tazminat hükmedilmesini engellemesi gibi kabulü mümkün olmayan bir durum ortaya çıkar. Feragat nedeniyle alacaklı lehine maktu avukatlık ücreti taktir edilmesi gerekirken bu konuda olumlu-olumsuz bir karar verilmemesi de doğru değildir..."⁷⁹

67/2.maddesi uyarınca itiraza konu alacağın tümü üzerinden icra inkâr tazminatına hükmedilmesi, yargılama giderlerinin tümünden davalının sorumlu tutulması ve davalı lehine vekalet ücretine hükmedilmemesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> s.e.t: 17.04.2020.

⁷⁸ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 191.

⁷⁹ Yargıtay 12. HD 2002/5648 E, 2002/6762 K, 02.04.2002 T; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12hd-2002-5648.htm> s.e.t: 16.04.2020. Aynı yönde bkz: Yargıtay 12. HD 2003/18273E, 2003/21979 K, 07.11.2003T; <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12hd-2003-18373.htm> s.e.t.: 16.04.2020: *"...Borçlunun yasal süresinde takibe itiraz etmesinden sonra, alacaklı vekili tarafından 26.5.2003 tarihinde icra dosyasına alacağın tahsil edildiği yönünde beyanda bulunduğu gerekçe gösterilerek mercice davanın konusu kalmadığı için karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiş ve alacaklının tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. Takibe itiraz edilmesinden sonra gerek borçlunun itirazdan vazgeçmesi ve gerekse alacaklının itirazı kabul etmesi yahut takip şekline göre icra dairesine başvurup takipten feragat etmesi halleri tazminat isteminin reddini gerektirmez. Aksinin kabulü halinde itiraz üzerine haklı olmadığını anlayan tarafın talebinden vazgeçmesi sureti ile aleyhine tazminata hükmedilmesini engelleme-si gibi kabulü mümkün olmayan bir durum ortaya çıkar (HGK 16.10.1996 tarih 1996/601-711; HGK'nın 21.3.2001*

Borçtan kurtulma davasında takip konusu alacağın maddi hukuk bağlamında değerlendirilmesi söz konusu olduğu için itirazın geri alınmasının bu davaya etkisi olmaz. Bu nedenle, borçtan kurtulma davasında itirazını geri alması davanın konusuz kalmasına sebep olmadığı gibi inkâr tazminatına hükmedilmesini de engellemez.

B. MADDİ HUKUKA İLİŞKİN İTİRAZLARIN GERİ ALINMASININ ETKİ VE SONUÇLARI

1. İtirazın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Yollara Başvurmadan Önce İtirazın Geri Alınması

İtiraz ile duran takipte alacaklının henüz itirazın kaldırılması veya itirazın iptali yollarından birine başvurmadığı bir dönemde, borçlu itirazını geri aldığı anda alacaklı takibe devam etme imkânı bulur. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi⁸⁰ borçlunun itirazını geri alması üzerine takip kesinleşir. Alacaklı takibini dilediği gibi devam ettirebilir.

2. İtirazın Kaldırılması Yollarına Başvurulduktan Sonra İtirazın Geri Alınması

i. İtirazın İptali Davası Sırasında

İtirazın geri alınmasının iptal davası bakımından etkisi açıklanmadan önce, bu davanın niteliği üzerinde durmak gerekir. İtirazın iptali davası, ödeme emrine yapılan itirazın ortadan kaldırılması için İİK 68 ve 68/b maddelerindeki belgeleri elinde bulundurmayan veya elinde 68-68/b niteliğinde belge olmasına rağmen alacaklının başvurduğu bir davadır.⁸¹ Alacaklı; itirazın iptali yargılamasında, itirazın iptaline ve takibin devamına karar verilmesini talep eder.

tarikh, 2001/266 sayılı kararları) Somut olayda; ... Borçlu vekilince itirazdan vazgeçilmediği için işin esası hakkında karar verilmemesi temyiz edenin sıfatına göre bozma nedeni yapılmaz ise de borçlu iddiasını ispat edemediği için alacaklı yararına tazminata hükmedilmesi gerekirken, bu istemin reddi yasaya aykırı bulunmuştur."

⁸⁰ Bkz: Başlık IV/A-1.

⁸¹ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 221; ÜSTÜNDAĞ, s. 105; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 197; YILDIRIM/ DEREN YILDIRIM, s. 100; KURU, (El Kitabı), s. 249: Yazara göre, itirazın iptali yargılamasında borca ve imzaya itirazın iptali talep edilebilir. Takip hukukuna ilişkin diğer itirazlardan derdestlik itirazı veya yeni mal iktisap edilmediğine ilişkin itirazları hükümden düşürmek için icra mahkemesinden itirazın kaldırılması talep edilmelidir.

İtirazın iptali sonucunda maddi anlamda kesin hüküm teşkil eden bir karara ulaşılır.⁸² İtirazın iptali davası, hem takip hukuku çerçevesindeki itirazın durumunun tartışıldığı, hem de maddi anlamda kesin hüküm elde edilen bir davadır. Postacıoğlu/Altay⁸³ itirazın iptali davasının bu kendine özgü yapısını ortaya koymak için bu davayı takip hukukuna monte edilmiş bir maddi hukuk davası olarak tanımlamıştır.

İtirazın iptali davasında, elde edilen hüküm itirazı iptal eden ve takibin devamına yol açan bir tespit hükmü müdür? Yoksa itirazın iptal edilmesi yanında alacağın tahsiline de hükmedilen bir eda hükmü müdür? Başka bir deyişle itirazın iptali davasında itirazın iptali ile birlikte alacağın tahsili istenebilir mi? Yoksa yalnızca itirazın iptali ve mevcut ilamsız takibin devamına mı hükmedilir? Bu husus doktrinde ve Yargıtay nezdinde tartışılmıştır. Bu tartışmanın seyrine göre itirazın geri alınmasının etkisi farklılık gösterir. Bu nedenle, öncelikle anılan tartışmaya doktrin ve Yargıtay uygulamasına göre yer verip, çeşitli ihtimallere göre itirazın geri alınmasının anılan davaya etkisi tartışılacaktır.

İtirazın iptali davası, eda veya tespit davası olmak üzere iki farklı biçimde yorumlanır. Doktrindeki ilk görüşün temsilcilerinden Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası'na göre⁸⁴ bu davada itirazın iptali ile birlikte, alacağın tahsilini de talep etmek mümkündür. Dolayısıyla itirazın iptali davası bir eda ve alacak davasıdır. Postacıoğlu/Altay'a göre⁸⁵, itirazın iptali davası içeriğinde tespit hükmü barındıran bir eda davasıdır. İtirazın iptali davasının netice-i talebinde itirazın iptali ile birlikte alacağın tahsili de talep edilir ve dava sonucunda hem tespit hem de eda hükmü oluşur. Alacaklı mevcut takibine devam ederek alacağını tahsil edebilir veya ilamsız takibini terk ederek ilamlı icraya başvurabilir.⁸⁶ Kuru'ya⁸⁷ göre, itirazın iptali davası, eda niteliğinde bir alacak davasıdır.

⁸² KURU, (El Kitabı), s. 271; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 191; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 224; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 104.

⁸³ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 223.

⁸⁴ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 181.

⁸⁵ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 226.

⁸⁶ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 226.

⁸⁷ KURU (El Kitabı), s. 272.

Alacak davası İİK'nın 67/I. maddesinde yer alan bir yıllık süre içinde açılırsa adı itirazın iptali davası olur. Dolayısıyla alacaklı, itirazın iptalinde hem alacağın tahsilini hem de itirazın iptalini talep edebilir.⁸⁸ Karşı görüşteki Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes'e⁸⁹ göre, itirazın iptali davası, takip hukukuna özgü bir davadır ve bu davada alacağın tahsiline karar verilmesi mümkün değildir. Bu davada itirazın iptaline ve takibin devamına, talep edilirse icra ve inkâr tazminatına hükmedilir.

Uygulamada, itirazın iptali ile birlikte alacağın tahsili talebine sıklıkla karşılaşılmaktadır. Yargıtay'ın bu konuda verdiği kararlarda davacıya, ilamsız takibin devamı içerikli bir tespit kararı mı, yoksa alacağın tahsilini de içinde barındıran bir tespit ve eda kararı mı verilmesi gerektiği sorulur. Mahkeme alacaklıya, alacağının tahsilini mi, yoksa takibin devamını mı istediğini sormalı ve alacağı cevaba göre karar vermelidir. Eğer alacaklı tahsil isterse dava artık bir eda davası olarak görülür. Yok eğer alacaklı icra inkâr tazminatı ile birlikte sadece itirazın iptalini isterse, alacağın tahsiline karar verilmeden itirazın iptali ve takibin devamına hükmedilir.⁹⁰

Yargıtay uygulamasına göre iki ihtimal bulunmaktadır: Davacı alacaklı itirazın iptali talebiyle sınırlı kalarak takibine devam eder veya davasını bir eda davasına dönüştürür.

İlk ihtimale göre itirazın geri alınmasını değerlendirirsek; alacaklı itirazın iptali davasında takibin devamını istemişse, borçlu itirazını geri aldığı anda mevcut davada artık iptal edilmesi gereken bir itiraz kalmaz. Ödeme emrine itiraz eden borçlu, icra dairesine başvurarak itirazını geri aldığı anda, itirazın iptali davası konusuz kalır⁹¹ ve mahkeme davanın esasına ilişkin karar verilmesine yer olmadığına hükmeder.

⁸⁸ KURU, (El Kitabı), s. 248, 271-272.

⁸⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 199-200.

⁹⁰ KURU, (El Kitabı), s. 273; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 225-226; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 180; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 101.

⁹¹ KURU, (El Kitabı), s. 271; karşı yönde: YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. Yazarlar, itirazı geri alınması durumunda itirazın iptali davasına sonuna kadar devam edileceğini ve yargılama sonunda davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

İkinci ihtimalde itirazın iptali davası, bir alacak davası olarak görülür. Davacı alacaklı, alacağın tahsiline karar verilmesini istediğinde borçlu takipte ileri sürdüğü itirazını geri alırsa itirazın iptali davası alacak davasına dönüştüğü için konusuz kalmaz. İtirazın iptali, artık bir alacak davası olarak nitelendirildiğinden, takibe konu edilen alacak genel mahkemelerde maddi hukuk kapsamında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla bu dava artık takipten bağımsız bir hale dönüştüğünden alacağın var olup olmadığına ilişkin bir yargılama yapar. Bu sebeple itirazın geri alınması, alacağın tahsilinin istendiği bu davayı etkilemez.

Kanaatimce, itirazın iptali davası, takip hukuku kaynaklı bir davadır, bir eda davası değildir. Bu nedenle, itirazın iptali davasında, itirazın iptaline ve takibin devamına ilişkin hüküm verilebilir. Takip konusu alacağın tahsiline karar verilmesi mümkün değildir. İtirazın geri alınması durumunda, takip devam eder ve ortada iptal edilmesi gereken bir itiraz da kalmaz. Dolayısıyla itirazın iptali davasında, itiraz borçlu tarafından geri alınırsa dava konusuz kalır. Yargıtay bir kararında itirazın iptali davası sırasında itirazın geri alındığı, bu nedenle duran bir icra takibi olmadığından davanın konusuz kalmasına ilişkin yerel mahkeme kararını doğru bulmuştur.⁹²

Neticede itirazın iptali davası görülürken, borçlunun itirazını geri alması, iptal davasını konusuz bırakır. Çünkü itirazın iptali davasında itirazın devamı veya ortadan kaldırılmasının amaçlandığı için itirazın geri alınmasıyla icranın devam edip etmeyeceğinin tartışılmasına gerek kalmaz. Bu durumda borçlu itirazını geri alırsa, alacaklı takibe devam edebilir ve borçlunun malları üzerinde haciz yetkisi elde eder.

İtirazın iptali davası sırasında, alacağın tamamının ödenmesi durumunda, itirazın iptali yargılamasının akıbeti ne olur? İtirazın iptali davasının, itirazın haklı olup olmadığını ve takibin devam edip etmeyeceğini

⁹² Yargıtay 19. HD 14.12.2015 T, 2015/6527 E, 2015/16715 K: “Dava, faturadan doğan alacağın tahsili amacıyla başlatılan icra takibine itirazın iptali istemine ilişkindir. Yargılama sırasında davalı vekili 03/02/2015 havale tarihli dilekçesi ile icra takibine itirazdan feragat edildiğini bildirmiştir. Bu aşamadan sonra itiraz üzerine duran bir icra takibi bulunmadığından dava konusuz kalmıştır. ...”: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> : s.e.t: 17.04.2020.

inceleyen bir dava olduğunu kabul edelim. Alacağın tamamının icra dairesinin hesabına yatırılması durumunda davadan önce takip konusuz kalır. Takibin konusuz kalması ise itirazı da hükümden düşürür. Dolayısıyla alacağın ödenmesi suretiyle itirazın iptali davası konusuz kalır. Bu konuda, Kuru⁹³, alacağın ödenmesiyle birlikte itirazın iptali davasında hukuki yararının ortadan kalkacağını ve davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kanaatimce bu durumda davada incelenecek itiraz incelenmez hale gelmiştir.

İtirazın iptali davasının alacak davasına dönüştüğü bir durumda, takip borcunun tamamının ödenmesi bu defa alacak davasına dönüşen itirazın iptalini konusuz hale getirir. Çünkü davaya konu edilen alacak itfa edildiğinden davanın konusu ortadan kalkmıştır.

ii. İtirazın Kesin Kaldırılması Sırasında

İtirazın kesin kaldırılmasında, borçlu itirazını geri alırsa icra mahkemesinde görülen yargılamanın bir anlamı kalmaz. Çünkü itirazın kaldırılması yargılamanın görülme amacı, icra takibine yapılan itirazdır. İtirazın ortadan kalkmasıyla kesin kaldırma yargılaması konusuz kalır.⁹⁴ Mahkeme, geri alma ile karar verilmesine yer olmadığına hükmeder. İcra mahkemesi, itirazın kesin kaldırılması kararı veremeyecektir.

İtirazın kesin kaldırılmasını düzenleyen 68. maddenin 4. fıkrası, itirazın kaldırılması yargılamasında bekletici mesele yapılacak bir hususu düzenlemiştir. Bu maddeye göre, borçlunun borcu kendisine miras yoluyla geçmişse ve muris borçlu, terekenin borca batık olduğunu ileri sürüyorsa, icra mahkemesi bu hususta ilam getirmesi için süre verir⁹⁵ (İİK 68/4). İtirazın geri alınmasını, böyle bir durumda değerlendirecek olursak, maddede anılan süre içinde borçlu itirazını geri aldığına mahkeme, yine davanın konusuz kalması sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına hükmetmelidir. Çünkü yargılamanın borca batıklıkla ilgili sonucunun beklenmesine ilişkin ihtiyaç ortadan kalkmış olur.

⁹³ KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 145.

⁹⁴ AMON/WALTER, § 18, kn. 38: naklen: AKİL, s. 228: Yazar, itirazın geri alınması durumunda itirazın kesin veya geçici kaldırılması (68-68/a) yargılamalarının konusuz kalacağını ifade etmiştir.

⁹⁵ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 202.

iii. İtirazın Geçici Kaldırılması ve Borçtan Kurtulma Davası Sırasında

İtirazın geçici kaldırılmasında takibe konu edilen senet altındaki imzanın borçluya ait olup olmadığı incelenir ve borçlunun mevcut imzaları ile senet altındaki imzaları kıyaslanır.⁹⁶ İtirazın geçici kaldırılması yargılaması devam ederken borçlunun imzaya itirazını geri alması ne gibi sonuçlar doğurur? Öncelikle itirazın geri alınması, itirazın geçici kaldırılması yargılaması sırasında gerçekleşmişse, bu yargılamadan beklenen hukuki yarar da ortadan kalkar ve imza itirazı incelemesi yapılmasına gerek kalmaz. Dolayısıyla itirazı geri alma, geçici kaldırma yargılamasını konusuz bırakır.

İcra mahkemesinde görülen itirazın geçici kaldırılması yargılamasında, borçlunun imzayı ikrarı bir tür itirazın geri alınması anlamı taşır. Nitekim borçlu senetteki imzayı inkâr ederek takibi durdurmuştur. Bu takibin devam edebilmesi için imzanın kendisine ait olduğunun tespit edilmesi gerekir. Ancak borçlu bu tespitin yapılmasına imkân vermeden kendiliğinden senetteki imzayı ikrar ederse, itirazın kesin kaldırılmasına karar verilir⁹⁷. Bu durum, itirazı hükümden düşürerek takibin devamına yol açar. İmza itirazını geri almak da esasen aynı anlama gelmektedir. Dolayısıyla itirazın geri alınmasıyla, itirazın geçici kaldırılması duruşmasında borçlunun imzayı ikrar etmesi takibin devam edip etmemesi bakımından aynı sonucu doğuracaktır.

İtiraz, itirazın geçici kaldırılmasından sonra fakat borçtan kurtulma davasından önce geri alınırsa ne olur? Öncelikle itirazın geçici kaldırılmasında takibe yöneltilmiş itirazın hukuki durumunu incelemek gerekir. Eğer kesin kaldırmada olduğu gibi itiraz kesin olarak kaldırılmış olsaydı bu karardan sonra zaten mevcut bir itiraz söz konusu olmayacağı ve takibe devam edileceği için bu defa geri almanın faydası ortadan kalkacaktı.

⁹⁶ KİRAZ, Taylan Özgür, "Yargı Kararları ile Birlikte İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması" 4. Baskı, Ankara, 2013, s. 76.

⁹⁷ KURU, (El Kitabı), s. 320; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 217.

Ancak geçici kaldırmada, geçici hacze müsaade verildiği⁹⁸ için ortada halen takip üzerinde etkisi olan özel bir itirazdan söz edilebilir. Bu nedenle, itirazın geri alınması, geçici hacizleri ve itirazın geçici kaldırılmasından sonra açılacak borçtan kurtulma davasını etkiler. İmza itirazını geri alan borçlunun, geçici kaldırma kararının tebliğinden itibaren yedi gün içinde borçtan kurtulma davası açmasına gerek kalmaz. Ayrıca itirazın geçici kaldırılmasından sonra varsa borçlunun malları üzerindeki geçici hacizler imza itirazının geri almasıyla birlikte kesin hacze dönüşmelidir.

İtirazın geri alınması beyanının icra dairesine yazılı veya sözlü biçimde iletildiğini ve takibe devam için alacaklının bir dilekçe ile icra dairesine başvurması gerektiğini daha önce belirtmiştik. Kanaatimce imza itirazının geri alınmasının ardından mevcut geçici hacizler kendiliğinden kesin hacze dönüşür ve alacaklı satış ister hale gelir. Geçici hacizlerin kesin hacze dönüşmesi, geçici itirazın geri alınmasının doğal sonucudur. Alacaklı, bu noktadan sonra takibe kaldığı yerden devam eder.

Borçtan kurtulma davası sırasında takipteki itiraz geri alınır, borçlunun imzayı ikrar ettiği sonucu ortaya çıkar. Esasen, borçtan kurtulma davası aşamasına gelmiş bir takipte, borçlu imzaya itiraz etmiş, alacaklı itirazın geçici kaldırılması yoluna başvurmuştur. İtirazın geçici kaldırılması yargılamasında, senet altındaki imza borçluya ait çıkmıştır. Borçlu bu aşamada borçtan kurtulma davası açabilecektir. Borçlunun borçtan kurtulma davası sırasında imzaya itirazını geri alması, senetteki imzanın kendisine ait olduğunu yani senetteki imzayı kabul ettiğini gösterir. O halde, borçlunun itirazını geri alması, borçtan kurtulma davasının konusuz kalmasına sebep olur mu? Her ne kadar Postacıoğlu/Altay⁹⁹ borçtan kurtulma davasında imza incelemesi yapılabilir görüşünde olsa da borçlunun borçlu olup olmadığının tartışıldığı bu dava, imzaya itiraz iradesinin yokluğunda konusuz kalan cinsten bir dava değildir. Çünkü borçtan kurtulma davası, imzaya bağlı olmadan borç ilişkisini de konu

⁹⁸ İtirazın geçici kaldırılması sonucunda alacaklı borçluya ait mallar üzerinde geçici haciz koydurabilecektir. Alacaklı, geçici haciz koydurduğu malın satışını isteyemez. Bkz: POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 286; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 220.

⁹⁹ POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 288.

olarak borcun varlığına dair tartışmaların yapıldığı bir davadır. Bu nedenle, borçtan kurtulma davasında itirazın geri alınması, davanın konusuz kalmasına neden olmaz.

C. TAKİP HUKUKUNA İLİŞKİN İTİRAZLARIN GERİ ALINMASININ ETKİSİ VE SONUÇLARI

1. Yetki İtirazının Geri Alınması

Yetki itirazı ile borca itirazın birlikte ileri sürülmesi itirazı geri almayı ve sonuçlarını etkiler. Ayrıca, yetki itirazının hükümden düşürülmesi için başvurulacak yollar, doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu hususların itirazı geri alma üzerindeki etkilerinin incelenmesi gerekir.

Borçlunun yalnızca yetki itirazında bulunması durumunda, alacaklı itirazın ortadan kaldırılması için genel mahkemeye başvuramaz. Çünkü yetki itirazı takip hukukuna özgü bir mesele olarak algılanmaktadır.¹⁰⁰ Bu nedenle, yalnızca yetki itirazı ile duran takibin devamı için icra mahkemesine başvurulur. Ancak, yetki itirazıyla birlikte esasa ilişkin itirazın da yapılması durumunda, takibin devamı için, itirazın iptali yoluna da gidilip gidilmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası'nın¹⁰¹ aktardığına göre doktrinde yetki itirazının takip hukukuna özgü bir itiraz olduğu ve bu nedenle de yalnızca icra mahkemesinde değerlendirilmesi gerektiği görüşü bulunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde, esasa ilişkin itirazı, icra mahkemesinde kaldırmaya elverişli belgesi olmayan alacaklının, önce icra mahkemesinde yetki itirazını inceletmesi, ardından esasa ilişkin itirazını hükümden düşürmeye çalışması yani itirazın iptali gerekir. Ancak bu durum hem usul ekonomisi hem de makul sürede yargılama yapılmasının önüne geçmektedir. Ayrıca, itirazın iptalinin bir yıl içinde açılması dikkate alındığında yetki itirazının bu süre içinde sonuçlanmaması da esasa ilişkin itirazın genel

¹⁰⁰ KURU, (El Kitabı), s. 182-183; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 136-137; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 134-135.

¹⁰¹ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 134-135; Aynı yönde Yargıtay 4. HD., 2014/14918 E., 2015/12802 K., 11.11.2015 T. "Nitekim icra memuru tarafından da davalının itirazı bu şekilde değerlendirilmiş, sadece icra takibinin yetki yönünden durdurulmasına karar vermiştir. Şu halde, borçlunun yetki itirazını kabul etmeyen alacaklı yetki itirazının reddini sağlamak için yalnız icra mahkemesinde itirazın kaldırılması yoluna başvurabilir; mahkemede itirazın iptali davası açamaz." <https://www.lexpera.com.tr>, s.e.t: 08.09.2021 (Dairenin aksi yönde kararına rastlanmıştır; bkz: dipnot 104).

mahkemede değerlendirilmesine engel olur. Yetki itirazının esasa ilişkin itiraz ile birlikte yapılması durumunda Yargıtay, genel mahkemenin (itirazın iptali davasını yürüten mahkemenin) yetkiye ilişkin itirazı da değerlendirebileceğine hükmetmiştir.¹⁰²

İcra mahkemesinde görülen ve yalnızca yetki itirazının ileri sürüldüğü bir yargılamada, yetki itirazının geri alınması bu yargılamayı konusuz hale getirir. Aynı zamanda alacaklı, yetki itirazıyla durmuş olan takibine, itirazın geri alınmasıyla devam eder.

İcra mahkemesinde görülen ve hem yetkiye hem de esasa ilişkin itirazın yapıldığı bir yargılamada, borçlunun yalnızca yetki itirazını geri alması, itirazın kaldırılması yargılamasının konusuz kalması sonucunu doğurmaz.¹⁰³ İcra mahkemesi, borca veya duruma göre imzaya itirazı değerlendirmeye devam eder. Çünkü hem yetkiye hem de esasa itirazın mevcut olduğu bir itirazın kaldırılması yargılamasında takibin yetkisiz icra dairesinde başlatıldığının tespit edilmesi halinde, esasa girilmeden itirazın kaldırılması talebi reddedilmektedir. Ancak yine de böyle bir itirazda

¹⁰² ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 135; POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 132, 135-136; Ayrıca Yargıtay'ın kararları için bkz: Yargıtay 4. HD., 2017/2169 E., 2020/253 K., 23.01.2020 T: "*Davacı vekilince yetki itirazı kaldırılmadan itirazın iptali davası açıldığı anlaşılmakla, mahkeme öncelikle tetkik merciinin (icra hukuk mahkemesinin) yerine geçerek, icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı inceleyerek kesin olarak sonuçlandırmalıdır. Bu yetki itirazının incelenmesi sonucunda mahkeme, kendisinin yetkili olup olmadığını da belirlemiş olacaktır.*"; Yargıtay 22. HD., 2013/37146 E., 2014/40 K., 20.01.2014 T: "*Dosya içeriğine göre davacı, işçilik alacaklarının tahsili istemi ile Karşıyaka İcra Müdürlüğü'nde icra takibi yapmıştır. Davalı-borçlu, yapılan icra takibinde, borca ve icra dairesinin yetkisine itiraz etmiştir. ... Mahkemece, icra dairesince yetki itirazı konusunda bir karar verilmediği, yetkili yerde yapılan geçerli bir icra takibi bulunmadığı gerekçesi ile davanın usulden reddine karar verilmiştir. Ancak, ödeme emrine karşı yalnız yetki itirazında bulunulması durumunda bu itirazı inceleme görevi icra mahkemesine aitken, borca itirazla birlikte yapılan yetki itirazını inceleme görevi itirazın iptali davasını inceleyen mahkemenindir. İcra dairesinin yetki itirazını değerlendirme görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Somut olayda, davalı-borçlu itirazın iptali davasında mahkemenin görev ve yetkisine de itiraz etmiştir. Bu durumda sırasıyla önce görev daha sonra mahkemenin yetkisine yapılan itirazlar değerlendirilmelidir. Mahkeme, uyuşmazlığın çözümünde kendisini görevli ve yetkili görmesi durumunda ise, icra dairesinin yetkisine yapılan itirazı gidermelidir. Görev ve yetkiye ilişkin dava şartları incelenmeden dava konusuna ilişkin dava şartı yokluğundan usulden red kararı verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*" <https://www.lexpera.com.tr> s.e.t: 08.09.2021.

¹⁰³ 12. HD. 2021/2178 E., 2021/6545 K., 16.06.2021 T.: <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> s.e.t: 08.09.2021.

yalnızca yetki itirazını geri almak, icra dairesi yetkisiz dahi olsa, tarafların icra dairesinin yetkisi hakkında anlaştıkları sonucunu doğurur ve icra mahkemesi esasa ilişkin incelemeye geçer. Bu halde, yetki itirazının geri alınması itirazın kaldırılması veya itirazın iptali yargılamasını konusuz bırakmaz.

Yetki itirazıyla birlikte esasa ilişkin itirazların yapıldığı bir icra takibinde, alacaklının, takibin devamını sağlamak için itirazın iptali yoluna başvurduğunu düşünelim. Böyle bir durumda, borçlunun icra dairesine yapacağı yetki itirazını geri alma beyanı, takibin devamına sebep olmaz. Mahkeme her ne kadar yetki itirazını İİK'nın 50. maddesi kapsamında öncelikle inceleyip karara bağlamak durumunda olsa da borca ilişkin itirazlar geri alınmadığı için, genel mahkemede görülen davanın konusuz kalması sonucu doğmaz.

Öte yandan yetki itirazıyla birlikte, esasa ilişkin itirazın da geri alınması hem itirazın iptali hem de itirazın kaldırılması yargılamasının konusuz kalmasına sebep olur.

2. Müflisin Yeni Mal Elde Etmediğine İlişkin İtirazını Geri Alması

İflas takibinde, masanın tasfiyesinden sonra alacakların tamamı karşılanmazsa, alacaklılara borç ödemededen aciz belgesi verilir.¹⁰⁴ Bu belge ile alacaklı, müflise karşı yeni bir ilamsız takip başlatabilir. Ancak müflise karşı başlatılacak bu yeni takipte müflisin, iflastan sonraki aktifinin pasifinden fazla olması; yani yeni mal iktisap etmiş olması gerekir. Müflis yeni mal iktisap etmezse bu durumu ileri sürerek takibe itiraz edebilir.¹⁰⁵ Bu itiraz zaman bakımından itirazın kaldırılmasına ilişkin yollara başvurulmadan önce geri alınır, takip kesinleşir ve alacaklı takibine devam eder.

Alacaklı, yeni mal iktisap edilmediğine dair itirazını icra mahkemesine başvurarak kaldırır. İcra mahkemesi bu talebi, genel hükümlere ve

¹⁰⁴ KURU (El Kitabı), s. 1366; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 543; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 465.

¹⁰⁵ KURU (El Kitabı), s. 1368; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 544.

basit yargılama usulüne göre inceler.¹⁰⁶ Müflis, icra mahkemesindeki yargılama devam ederken, yeni mal iktisap edilmediğine dair itirazını icra dairesinde geri alırsa, itirazın kaldırılması konusuz kalır. Bu sırada icra takibi kesinleşir ve alacaklı takibine devam eder.

Müflisin hem esasa (borca) hem de yeni mal iktisap edilmediğine ilişkin itirazda bulunduğu, alacaklının ise itirazın kaldırılmasına başvurduğu bir yargılamada geri alma nedeniyle itirazın kaldırılması konusuz kalmaz ve borca itiraz yönünden yargılamaya devam edilir.

Hem borca itiraz hem de yeni mal iktisap edilmediği itirazının ileri sürüldüğü bir takip düşünelim. Bu takipte alacaklının elinde 68 niteliği taşımayan bir âciz vesikası olsun. Alacaklının elinde başkaca 68 niteliğinde belge de yoksa icra mahkemesi itirazı kaldırmayacaktır. Yani elinde 68/1-b anlamında belge olmayan alacaklı, borca itirazının icra mahkemesinde kaldırılmasını talep edemez. O halde alacaklının önce icra mahkemesine başvurarak yeni mal iktisap edilmediğine dair itirazı kaldırması, ardından da itirazın iptaline başvurması gündeme gelir. Yargıtay'ın yetkiye ve borca birlikte itiraz edilmesi durumunda, itirazın iptali yargılamasında her ikisinin de incelenebileceğine dair görüşü, kıyasen burada da uygulanabilir.¹⁰⁷ Bu durumda, genel mahkeme önce yeni mal iktisap edilip edilmediğini inceleyip karara bağlar. Ardından borca itiraz hakkındaki yargılama yürütülür. Dolayısıyla itirazın iptali davasında, müflis yeni mal iktisap edilmediğine dair itirazını geri alırsa, genel mahkeme borca itirazı incelemeye devam eder ve dava konusuz kalmaz. Borca itiraz devam ettiği için takip de durmaya devam eder.

3. Takip Hukukuna İlişkin Diğer İtirazların Geri Alınması

Takip hukukundan kaynaklanan itirazlardan yetki itirazı (İİK 50) ile müflisin yeni mal iktisap etmediğine dair itirazları (İİK 251) İcra ve İflas Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle anılan iki itiraz, ayrı başlıklar altında incelendi. Doktrinde, takip hukukuna ilişkin derdestlik

¹⁰⁶ ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 544; KURU (El Kitabı), s. 1367; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 493: Yazarlar farklı olarak tasfiyeden sonra alacağını alamayan alacaklıya verilen belgeyi iflas açığı belgesi olarak nitelendiriyor.

¹⁰⁷ Başlık: VII-C-I.

ve takibat icrası hakkı bulunmadığına dair itirazların da geri alınması bu başlık altında incelenmeye çalışılacaktır.

İlamsız icra takibinde, derdestliğin itiraz mı, şikâyet mi olduğu hususu, doktrin ve Yargıtay uygulaması bakımından tartışmalıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde derdestlik, ilk itiraz olarak düzenlenmişti. Bu bağlamda icra takibindeki derdestlik iddiası da bir itiraz nedeni olarak ele alınmıştır.¹⁰⁸ Ancak daha sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda derdestlik, dava şartı haline getirilmiş ve bu durum icra takiplerine de yansımıştır.¹⁰⁹

Kılınç¹¹⁰, icra takiplerindeki derdestliğin takip şartı olduğunu ifade etmektedir. Derdestliğin takip şartı olması durumunda icra müdürünün aynı konu ve taraflara özgü başka bir takibin bulunup bulunmadığını re'sen kontrol etmesi gerekir. İcra müdürü, bu hususu dikkate almazsa, derdestlik süresiz şikâyet sebebi oluşturur.¹¹¹

Yargıtay ilamsız icra takiplerinde derdestliği itiraz olarak algılamaktadır.¹¹² Her ne kadar doktrindeki¹¹³ görüşlerin bir kısmı derdestliği itiraz olarak görmekteyse de Kanaatimce derdestliğin, süresiz şikâyet olarak icra mahkemesine ileri sürülmesi gerekir.

Yargıtay uygulaması kapsamında değerlendirildiğinde; derdestlik iddiasının itiraz adı altında ileri sürülmesinden sonra geri alınması, olası yargılama giderlerinden kurtulmak amacıyla yapıldığı düşünülebilir. Kaldı ki bu durumda derdest olduğu düşünülen takip de feragat edilmedikçe varlığını korur.

¹⁰⁸ KURU (El Kitabı), S. 205; POSTACIOĞLU/ALTAY, S. 184; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 79; AKİL, S. 56; Ayrıntılı bilgi için bkz: KILINÇ, Ayşe, "İcra Takibinde Derdestlik", 1. Baskı, Ankara, 2020, s. 138; KİRAZ, s.67.

¹⁰⁹ KILINÇ, s. 137.

¹¹⁰ KILINÇ, s. 137

¹¹¹ PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 97; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 153: Yazarlar Yargıtay'ın HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra derdestliğin şikâyet nedeni olarak gördüğünü belirtmektedir.

¹¹² KILINÇ, s. 149-150; Karşı yönde; Yargıtay 6.HD, 2011/433 E., 2011/4739 K., 14.04.2011 T. <https://www.lexpera.com.tr/s.e.t.02.09.2021>.

¹¹³ KURU (El Kitabı), S. 205; POSTACIOĞLU/ALTAY, S. 184; YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 79.

Borçlunun derdestlik itirazını geri almasını, yetki itirazı veya yeni mal iktisap edilmediği itirazında olduğu gibi değerlendirmek de mümkün değildir. Yetki, taraflar arasında kararlaştırılabilir ve yetki itirazı geri alınabilir. Müflis, kendisine karşı ilamsız icra takibi başlatıldıktan ve itirazda bulunduktan sonra yeni mal iktisap etmiş olabilir. Kısaca, bu iki itiraz türünde taraflar serbestçe hareket edebilir. Ancak derdestlik itirazı yapıp da aynı taraflar arasında aynı borca dayanan başka bir takibin varlığı durumunda, itirazın geri alınmasının gerçekçi bir yanı bulunmaz. İcra takibinde derdestlik itirazının geri alınması, ancak derdest olan diğer icra takibinden alacaklının feragat etmesi durumunda sağlıklı sonuç doğurur. Aksi halde aynı alacakla yapılan iki takip varsa borçluların başka alacaklıları onların muvazaalı takip gibi iddialarda bulunarak takiplerden birinin iptalini isteyebilir.

Takip hukukuna ilişkin bir diğer itiraz türü, takibat icrası hakkı bulunmadığıdır. Bu itiraz türünde takibin taraflarının; takip ehliyeti, taraf ehliyeti ve icra takip ehliyetinin mevcut olup olmadığı araştırılır. İlamsız takipte, takibin taraflarının ehliyetsiz olması veya takip konusu hakkında tasarruf yetkilerinin bulunmaması durumu şikâyet sürecinde çözüme kavuşur.¹¹⁴ Bu yönüyle takibat icrası hakkı bulunup bulunmadığı durumu itiraz değil, şikâyet yolunda değerlendirilmesi gerekir. Ola ki bu hususlar itiraz olarak iddia edilmişse, bunların geri alınması talebi kamu düzenine veya emredici mahiyette düzenlemelere aykırılık gerekçesiyle icra dairesi tarafından reddedilmelidir.

¹¹⁴ PEKCANITEZ/Hakan, SİMİL/Cemil, "İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet", 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 164-165; KURU, C-I, s. 237: Yazar takip yapma yetkisini bulunmadığında dair sebeplerin itiraz olmadığını, icra dairesince resen dikkate alınacak şikâyet nedenleri olduğunu ifade etmiştir. Aynı yönde: Yargıtay 12. HD. 2020/3117E., 2020/10837K., 16.12.2020T: "Şikâyet dilekçesi içeriği ve dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, şikâyetin takip borçlusunun tüzel kişiliğinin bulunmaması nedenine dayalı husumet ehliyetine ilişkin olduğunun kabulü gerekir. Husumet ehliyetine ilişkin şikâyet, kamu düzenine ilişkin olup mahkemece re'sen dikkate alınır ve İİK'nun 16/2. maddesi uyarınca süreye tabi değildir."; Yargıtay 12 HD. 2018/852 E., 2018/1976 K., 26.02.2018 T; Yargıtay 12. HD. 2018/8769 E., 2018/12882 K., 05.12.2018 K; <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>; s.e.t: 03.09.2021.

VIII. GECİKMiŞ İTİRAZIN GERİ ALINMASI

Gecikmiş itirazda icra mahkemesi, takibi durdurmadan da yargılamaya devam edebilir. İcra mahkemesinin takibi durdurmadan devam ettiği gecikmiş itiraz yargılamasında alacaklının, haciz koyma ihtimali vardır. Bir diğer ihtimal, gecikmiş itiraz talep edilene kadar alacaklının, borçlunun malları üzerinde haciz koyması ve hatta satış istemesidir. Bu gibi durumlarda, borçlunun gecikmiş itirazını geri almasının doğuracağı sonuçları incelemek gerekir.

Öncelikle gecikmiş itiraz talep eden bir borçlunun, itiraz iradesi mevcut olsa da bu irade, icra dairesine ileri sürülen ve akabinde takibin durmasına sebep olan itirazdan farklılık barındırmaktadır. Bu farklılık, itiraz iradesinin ileri sürüldüğü mercide yatar. Gecikmiş itirazın ileri sürüldüğü yer icra mahkemesi olduğundan, gecikmiş itiraz iradesinin geri alınacağı yer de icra mahkemesi olmalıdır. Borçlu geri alma iradesini, icra mahkemesindeki gecikmiş itiraz yargılamasında ortaya koyar. Böyle bir durumda yargılama konusuz kalır ve mahkeme esasa ilişkin karar verilmesine yer olmadığına hükmeder.

Bu aşamada, gecikmiş itiraz talebini hükümden düşürme iradesi icra mahkemesine nasıl ileri sürülür? Gecikmiş itirazın geri alınmasında feragat ya da geri alma müessesesinden hangisi kullanılabilir? Bu soruların cevabını araştırmak gerekmektedir.

Davanın geri alınması için karşı tarafın muvafakatine ihtiyaç bulunur (HMK madde 123). Davanın geri alınmasıyla, dava konusu hak ortadan kalkmaz ve davacı aynı davayı davalısına karşı tekrar ileri sürebilir.¹¹⁵ Feragatte ise davacı dava konusu haktan da feragat etmektedir; fakat feragat için davalının muvafakatine ihtiyaç yoktur.¹¹⁶ Bu iki müesse-

¹¹⁵ BUDAK/KARAASLAN, s. 213-214; KODAKOĞLU/GÖRGÜN BÖRÜ/TORAMAN, s. 308.

¹¹⁶ KURU, BAKİ, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 387; ARSLAN RAMAZAN/YILMAZ EJDER/TAŞPINAR AYVAZ SEMA/HANAĞASI EMEL, Usul, s. 565; PEKCANİTEZ/ATALI, Pekcanitez Usul, s. 2012; TANRIVER, C-II, s. 1051: Yazar feragati talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmek olarak tanımlamıştır. (s. 1046); GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN KODAKOĞLU, s. 611.

senin temel farkları düşünüldüğünde akla ilk gelen çözüm, gecikmiş itirazın geri alınmasını feragat ile sağlamaktır. Feragat ile borçlunun gecikmiş itirazını geri almak için alacaklının muvafakatine ihtiyaç bulunmaz. Böylece borçlu, icra mahkemesine yönelttiği gecikmiş itiraz talebini feragat ile hükümden düşürür.

Ancak gecikmiş itiraz, bir dava değildir. Takip hukukunda borçluya sunulan bir hukuki çaredir¹¹⁷ ve bu hukuki çare, icra mahkemesi nezdinde yapılan bir yargılama ile işlerlik kazanmaktadır. Aslan¹¹⁸, gecikmiş itirazın dava niteliği taşımasından dolayı geri alma müessesini gecikmiş itirazda uygularken, davadaki geri alma kurallarının katı biçimde uygulanmasına gerek olmadığı görüşündedir. Aslan'a göre gecikmiş itirazın geri alınmasında alacaklının muvafakatına ihtiyaç yoktur. Kanaatince de gecikmiş itiraz yargılamasında geri alma müessesesi uygulanırken karşı tarafın muvafakatine ihtiyaç duyulmaz. Nitekim davanın geri alınmasında, karşı tarafın muvafakatinin istenmesinin sebebi, davalıya karşı tekrar tekrar aynı davanın açılması sonucunun önüne geçmek ve hukuki uyuşmazlığı belirsizlikten çıkartmaktır. Oysa gecikmiş itiraz yargılamasında alacaklının muvafakati alınmadan geri alma gerçekleşip, tekrar gecikmiş itiraza başvurarak süreci uzatmak ve belirsiz hale getirmek zaten mümkün değildir. Çünkü İcra ve İflâs Kanunumuz, gecikmiş itiraza ilişkin hak düşürücü olarak üç günlük süre öngörmüştür. Bu nedenle, gecikmiş itirazın geri alınmasında karşı tarafın muvafakatine ihtiyaç duyulmamalı ve feragat yerine geri alma müessesesi de uygulama alanı bulabilmelidir. Dolayısıyla borçlu, gecikmiş itiraz yargılamasında gecikmiş itiraz talebini geri alarak veya feragat ederek, itirazı hükümden düşürür ve davanın konusuz kalmasını sağlar.

İcra mahkemesinde sebepleri tartışılırken, gecikmiş itiraz talebinin geri alınması halinde, eski hacizler kaldığı yerden devam eder. Borçlunun gecikmiş itirazı geri almasıyla mahkeme, takibin devamına ilişkin tevsik

¹¹⁷ KARSLI Abdurrahim, İcra Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul, 2014, s. 257-258; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 171.

¹¹⁸ ASLAN Kudret, Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, 1. Baskı, Ankara, 2016, s. 542.

ve tespit edici bir karar verir ve alacaklı, takibine kaldığı yerden devam eder.

Öte yandan, mahkeme gecikmiş itiraz talebini haklı bulmuş ve takibi durdurmuşsa, alacaklının yedi gün içinde itirazın kaldırılmasını talep etmesi halinde önceden konan hacizler ayakta kalmaya devam edecektir. Ancak bu durumda artık gecikmiş itiraz yargılamasında alacaklıya bir imkân tanınarak gecikmiş itiraz yargılaması itirazın kaldırılması yargılamasına dönüşür. Yahut alacaklı, itirazın iptali davası açar. Bu halde, itirazın geri alınması icra mahkemesine veya genel mahkemeye değil icra dairesine yapılır.

SONUÇ

İtirazın geri alınması, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenmemiş ancak, uygulamada karşımıza çıkan bir beyandır. İtiraz ile duran takibin devamını sağlayan bu beyanla ilgili temel özellikler tespit edildikten sonra takibin çeşitli aşamalarında itirazın geri alınmasının sonuçları üzerinde durulmuştur. Buna göre çalışmamızda ulaşılan sonuçlar aşağıda numaralandırılmıştır:

1) Geri almanın çeşitli unsurları bulunmaktadır. Geri alma yazılı veya sözlü yapılabilir, gecikmiş itiraz aşamasında yapılan geri alma haricinde geri alma; borçlu tarafından yapılır ve icra dairesine yöneltilir. İtirazın geri alınmasına ilişkin kavramsal ve şekli kurallar belirlenirken itiraz dikkate alınır. İtiraz gibi itirazın geri alınması da kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurur. İtirazın geri alınması için alacaklının muvafakatine ihtiyaç yoktur.

İtirazın borçlu tarafından geri alınmasıyla takip kesinleşir ve alacaklı takibe devam yetkisini elde etmiş olur. Alacaklı haciz isteyebilir. İtirazın geri alınmasından dönmek mümkün değildir.

2) İtirazın iptalinin ne tür bir dava olduğu doktrinde tartışılmıştır. Bu tartışma, davacıya tahsil yetkisi veren bir alacak davası olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Kanaatimce itirazın iptali davasında alacağın tahsili mümkün değildir. Bu davayla birlikte itiraz iptal edilerek mevcut takibin devamı sağlanır. Her ne kadar doktrinde alacak davası olduğuna ilişkin görüşler ve Yargıtay'ın seçim hakkı sunan uygulaması mevcut olsa da itirazın geri alınmasıyla birlikte itirazın iptali davası konusuz

kalmalı ve mahkeme davanın esasına ilişkin karar verilmesine yer olmadığına hükmetmelidir.

3) Hem itirazın kesin kaldırılması hem de itirazın geçici kaldırılması aşamasında itirazın geri alınması, bu yargılamaların konusuz kalmasına yol açar.

4) İtirazın geçici kaldırılması ile alacaklı geçici haciz koyabilir; bu hacizler, borçtan kurtulma davasının sonucuna göre kesin hacze dönüşür veya hükümsüz kalır. Bu nedenle, itirazın geçici kaldırılması kararından sonra, fakat borçtan kurtulma davasından önce itirazın geri alınmasının icra takibi üzerinde iki temel etkisi ortaya çıkar. Bunlardan ilki, itirazın geri alınmasıyla, geçici kaldırma kararı kesin kaldırmaya dönüşmüş gibi hüküm doğurur ve borçlunun borçtan kurtulma davası açılmasına gerek kalmaz. İcra takibinin devamı için Kanaatimce icra takibini durdurma kararı alan icra dairesi açıklayıcı nitelikte olmak üzere takibin devamına karar verebilir. Bu karar icra takibinin devamının tespitine ilişkin bir karardır. İkinci etki ise, itirazın geri alınmasıyla birlikte, geçici kaldırmadan sonra konan geçici hacizler kesin hacze dönüşür.

Borçtan kurtulma davası, bir menfi tespit davasıdır. Bu davada tartışılan husus, borcun varlığına ilişkindir. Dolayısıyla itiraz geri alınır, borçtan kurtulma davası konusuz kalmaz. Borçtan kurtulma davası sırasında itirazın geri alınmasıyla, varsa, geçici hacizler kesin hacze dönüşür.

5) İtirazın geri alınması; itirazı ortadan kaldıran yargılamalarda icra inkâr tazminatına hükmedilmesini engellemez.

6) Yetki itirazının hükümden düşürülmesi için kural olarak icra mahkemesine başvurmak gerekir. Ancak, alacaklının İİK'nın 68. maddesinde yer alan belgelere sahip olmaması ve esasa ilişkin itirazlarının da bulunması durumunda itirazların hükümden düşürülmesi için genel mahkemede itirazın iptaline başvurabilir. Öte yandan alacaklının elinde 68. madde kapsamındaki belgeler bulunmakta ise borçlunun ileri sürdüğü yetki ve esasa ilişkin itirazların hükümden düşürülmesi için icra mahkemesine başvurması mümkündür. Bir üçüncü ihtimal ise borçlunun yalnızca yetki itirazında bulunmasıdır. Bu durumda alacaklı itirazını hükümden düşürebilmek için icra mahkemesine başvurur.

Yukarıda bahsi geçen üç ihtimal için de itirazın geri alınmasını inceleyecek olursak; itirazı hükümden düşürecek yargılama hangi mahkemede olursa olsun borçlunun yetki itirazıyla birlikte esasa ilişkin itirazlarının ileri sürülmesi halinde, yetki itirazının geri alınması bu yargılamaları konusuz hale getirmez. Ancak, yetki itirazı tek başına yapılmış ve itirazın kaldırılmasında bu itiraz ele alınıyorsa, itirazın geri alınması, yargılamayı konusuz hale getirir. İtirazın geri alınmasıyla birlikte ilamsız icra takibi devam eder ve alacaklı haciz isteyebilir hale gelir. Bu ihtimaller yeni mal iktisap edilmediğine dair itiraz bakımından da geçerlidir.

7) Derdestlik ve takibat icrası hakkı bulunmadığına dair iddialar doktrinindeki bazı yazarlar ve yargı kararları açısından itiraz olarak görülse de süresiz şikâyet sebebidir. Bu iddiaların itiraz gibi düşünülüp geri alınması mümkün değildir.

8) Gecikmiş itiraz yargılaması devam ederken borçlu itirazını geri almak isterse, geri alma iradesini icra mahkemesine ileri sürmelidir. Borçlu bu iradesini gecikmiş itirazdan feragat veya geri alma yoluyla ortaya koyar. Gecikmiş itirazın geri alınmasıyla birlikte gecikmiş itiraz yargılaması konusuz kalır.

Borçlu gecikmiş itiraz yoluna başvurana kadar alacaklı, borçlunun malları üzerine haciz koymuş olabilir. Gecikmiş itiraz talebinin kabul edilmesinden sonra, alacaklı yedi gün içinde itirazın kaldırılmasını talep etmezse, koyduğu hacizler düşer. İşte bu hacizlerin sonucu, gecikmiş itirazın mahkemede geri alınmasıyla kaldığı yerden devam eder. Gecikmiş itiraz ile icra mahkemesi takibi durdurmak zorunda değildir. Takibin durmadığı durumlarda gecikmiş itirazın geri alınması bu hacizlerin akıbetini etkilemez.

Mahkeme gecikmiş itiraz talebiyle takibi durdurmuşsa, alacaklının yedi gün içinde itirazın kaldırılmasını talep etmesi halinde gecikmiş itiraz yargılaması itirazın kaldırılması yargılamasına dönüşmüş olur. Bu nedenle, itirazın geri alınması, icra mahkemesine değil, icra dairesine yapılmalıdır.

KAYNAKLAR

- AKİL, Cenk, Genel Haciz Yoluyla Takipte Ödeme Emri, Ankara, 2017.
- AKYAZAN, Sıtkı, İcra ve İflâs Kanun'undaki Yeni ve Değişik Hükümler Üzerinde İnceleme ve Açıklamalar, Ankara, 1965.
- ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder/TAŞPINAR AYVAZ Sema/HANA-ĞASI Emel, İcra ve İflâs Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2020.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANA-ĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2020. (Usul)
- ARSLAN, Aziz Serkan, İcra Takip İşlemleri, 1. Baskı, Ankara, 2018.
- ASLAN, Kudret, Medeni Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması, 1. Baskı, Ankara, 2016.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, İcra ve İflâs Hu-kuku, 3. Baskı, Ankara, 2020.
- BELGESAY, M. Reşit, İcra ve İflâs Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 1945.
- BERKİN, Necmettin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, 1. Baskı, İstan-bul, 1980.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, 3. Baskı, Bursa, 2012.
- BUDAK, Ali Cem, KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 2020.
- DEYNEKLİ Adnan/KISA Sedat, İtirazın İptali Davaları-İcra İnkâr Kötü Niyet Tazminatları, 3. Baskı, Ankara, 2013.
- DİŞEL, Buse, İcra Hukukunda Takip Arkadaşlığı, 1. Baskı, İstanbul, 2014.
- GÖRGÜN Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Meh-met, Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2019.
- GÜNEYSU, Nilüfer Boran, "İcra Takip İşlemleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 101, Y: 2012, s. 32-60.
- KARSLI, Abdurrahim, İcra Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul, 2014.
- KILINÇ, Ayşe, İcra Takibinde Derdestlik, 1. Baskı, Ankara, 2020.
- KİRAZ, Taylan Özgür, Yargı Kararları ile Birlikte İcra Mahkemesinde İti-razın Kaldırılması, 4. Baskı, Ankara, 2013.

- KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara, 2013. (El Kitabı)
- KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt-I, 1. Baskı, İstanbul, 1988.
- KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2016. (İstinaf)
- KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Ankara, 2019. (İstinaf Usul)
- OLGAÇ Senai/KÖYMEN Haydar, Kazai ve İlmi İçtihatlarla İcra ve İflâs Kanunu, 1. Baskı, İstanbul, 1965.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, İcra ve İflâs Hukuku, 11. Baskı, 2013.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C-I, C-II, C-III, 15. Baskı, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ/Hakan, SİMİL/Cemil, İcra ve İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, İstanbul, 2017.
- PEKSÖZ, Vildan, Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri, 1. Baskı, İstanbul, 2020.
- POSTACIOĞLU, İlhan/ALTAY, Sümer, İcra Hukuku Esasları, 5. Baskı, İstanbul, 2010.
- TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, Cilt-I, Cilt-II, Ankara, 2021.
- UMAR, Bilge, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, 1. Baskı, İzmir, 1973.
- UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara, 2014.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul, 2004.
- YARDIMCI, Taner Emre, Hukuk Davalarında Mecburi Dava Arkadaşlığı, 1. Baskı, Ankara, 2021.
- YILDIRIM, Kâmil/DEREN YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2016.

HİZMET SÖZLEŞMESİ SONRASI REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN DAVALARDA GÖREVLİ MAHKEME VE DAVA ŞARTI ARABULUCULUK (TTK M.4/1-C, 5/A; İŞMK M.3, 5/1-A BAKIMINDAN BİR İNCELEME)

Dr. Öğr. Üyesi Esra KAŞAK*

Öz

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunum. 444-447 hükümleri arasında hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmeleri düzenlenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 4/1-c’de anılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların ticari davaya vücut vereceği öngörülmüştür. TTK m. 5/1 uyarınca, aksine hüküm olmadıkça ticari davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Ancak 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 5/1-a’da hizmet sözleşmelerine tâbi olarak çalışan işçiler ile işverenler arasında iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara iş mahkemelerinde bakılacağı hükme bağlanmıştır. Mezkûr düzenleme, rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkları da kapsar. TTK m. 5/1’de aksi yöndeki hükümler saklı tutulduğundan, İşMK m. 5/1-a’ya öncelik verilmesi ve anılan davalara iş mahkemelerinde bakılması gerekir. Dava şartı olarak arabuluculuk süreci hakkında da İşMK m. 3 uygulanmalıdır.

Anahtar Kelimeler

Hizmet Sözleşmesi • Rekabet Yasağı • Ticari Dava • Görevli Mahkeme • Arabuluculuk

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Prof., Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Ankara, Turkey.

✉ esra.kasak@hbv.edu.tr • ORCID0000-0001-8294-4408

✎ **Atıf Şekli | Cite As:** KAŞAK Esra, “Hizmet Sözleşmesi Sonrası Rekabet Yasağı Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Görevli Mahkeme ve Dava Şartı Arabuluculuk (TTK M.4/1-C, 5/A; İşMK M.3, 5/1-A Bakımından Bir İnceleme)”, SÜHFD, C. 29, S. 4, 2021, s. 3165-3209.

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

COURT OF MATERIAL JURISDICTION AND MEDIATION AS CASE CONDITION IN CASES ARISING FROM PROHIBITION OF COMPETITION AGREEMENTS AFTER EMPLOYMENT CONTRACT (A REVIEW REGARDING ART. 4/1-C, 5/1, 5/A TCC; ART. 3, 5/1-A LLC)

Abstract

Prohibition of competition agreements after employment contract are regulated between the provisions of Art. 444-447 Turkish Code of Obligations No. 6098. As per Art. 4/1-c Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102, the disputes arising from aforesaid contracts will give rise to commercial action. According to Art. 5/1 TCC, the court of material jurisdiction for commercial actions is the commercial court of first instance, unless otherwise provided. However, pursuant to Art. 5/1-a Law on Labour Courts No. 7036 (LLC), it is stipulated that the disputes arising from the contract due to the employment relation between the employees subject to employment contracts and the employers will be heard in the labour courts. The aforementioned regulation also covers disputes arising from prohibition of competition agreements. Since contrary provisions are reserved in Art. 5/1 TCC, priority should be given to Art. 5/1-a LCC and the above-mentioned cases should be heard in labour courts. Regarding the mediation as case condition, also Art. 3 LLC should be applied.

Key Words

Employment Contract • Prohibition of Competition • Commercial Action • Court of Material Jurisdiction • Mediation

GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 444-447’de düzenlenen hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, görevli mahkemenin iş mahkemeleri mi yoksa asliye ticaret mahkemeleri mi olduğu konusunda yargı kararlarında ve öğretide fikir ayrılıkları mevcuttur. Bunun sebebi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 4/1-c’de, TBK m. 444-447 hükümlerinden doğan davaların ticari dava olacağı ve m. 5/1’de aksine hüküm olmadıkça tüm ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceği hükme bağlanmışken; 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu (İşMK) m. 5/1-a’da TBK’de düzenlenen hizmet sözleşmelerine tâbi işçiler ile bunların işverenleri arasındaki davalara iş mahkemelerinde bakılacağıın öngörülmesidir.

Çalışmada, İşMK m. 5/1-a ile getirilen düzenlemenin TTK m. 4/1-c ve 5/1 karşısında nasıl bir anlam taşıdığı, hizmet sözleşmesi sonrası dönem için akdedilen rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda görevli mahkemenin hangisi olduğu hem yargı kararları hem de bilimsel görüşler doğrultusunda ortaya konulmuştur. Konu hakkındaki tartışmalar esasen 6762 sayılı mülga TTK ve 5521 sayılı mülga İşMK'nin geçerli olduğu döneme kadar uzanmaktadır. Bahsedilen dönemde yargı kararlarındaki genel eğilim görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu yönündedir. 7036 sayılı İşMK'nin yürürlüğe girmesi mevcut tartışmaları nihayete erdirmemiş; mevcut uygulamanın aksine görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu yönünde kararlar verilmeye başlanmıştır. Bu sebeple incelemelerimiz 7036 sayılı İşMK'den önce ve sonra şeklinde ikiye ayrılarak yapılmıştır. Bir kısım iş davalarının ve ticari davaların dava şartı olarak arabuluculuğa tâbi olması sebebiyle, ayrıca konu hakkında TTK m. 5/A ve İşMK m. 3 bakımından da değerlendirme yapılmıştır.

I. HİZMET SÖZLEŞMESİ SONRASI REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY) m. 48'de çalışma ve sözleşme hürriyeti; herkesin, dilediği alanda çalışma, sözleşme yapma ve serbestçe özel teşebbüs kurma hakkına sahip olması şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca AY'nin başlangıç kısmında da her Türk vatandaşının maddi ve manevi varlığını geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu vurgulanmıştır. Bununla birlikte, adil ve işleyen bir piyasa için bazı rekabet sınırlandırmalarının da yapılması gerekir¹. Bu bakımdan öncelikle işçinin, iş sözleşmesinin devamı süresince işverenle rekabete yol açacak iş ve işlemlerde bulunamayacağı "*özen ve sadakat borcu*" kenar başlığı altında TBK m. 396/3'te açıkça hükme bağlanmıştır. Ayrıca iş sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için ise işçinin işverenle rekabet teşkil eden davranışlardan kaçınması, bir "*rekabet yasağı sözleşmesi*" ile kararlaştırılabilir². TBK m. 444 vd. hükümlerinde düzenlenen söz konu-

¹ EMMEL, Frank, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, 3. Aufl., Hrsg: HUGUENIN, Claire/MÜLLER-CHEN, Markus, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2016, Art. 340 N 1.

² Bu hususta bkz. BAŞBUÇ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2018, s. 144-145; TAŞKENT, Savaş/KABAKÇI, Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık, Y. 4, S. 16, 2009, s. 22 vd.; MOL-LAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders

su sözleşmeler ile işçi belirli bir süre için, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten kaçınmayı üstlenir.

Rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin istihdam edildiği esnada müşteri çevresi veya üretim ve iş sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında öğrendiği bilgileri, işverene karşı iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra kullanması engellenmiş olur³. Bu açıdan rekabet yasağı sözleşmeleri, işverenin menfaatlerinin korunmasına hizmet eder. Ancak bu sözleşmeler, serbest rekabet ilkesine, işçinin çalışma, sözleşme yapma ve özel teşebbüs kurma hakkına bir istisna oluşturur ve işçinin ekonomik ilerlemesini sınırlandırır⁴. Bu sebeple sözleşmenin geçerlilik şartları (TBK m. 340), kapsamının ve süresinin belirlenmesi (TBK m. 345) ve sona ermesi bakımından (TBK m. 347) muhtelif düzenlemeler yapılmıştır⁵. Bu şekilde işçinin girişim ve sözleşme özgürlüğü ile işverenin işiyle ilgili bilgilerin olabildiğince korunması konusundaki haklı menfaati arasında bir denge kurulması amaçlanmıştır⁶.

Kitabı, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018, s. 153; AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 71, dipnot 114; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin, Ankara 2020, s. 137.

- ³ REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Aufl.,Hrsg: HAUSHEER, Heinz/WALTER, Hans Peter, StämpfliVerlag, Bern 2014, Art. 340 N 1; SÜZEK, Sarper, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 458; BASKAN, Ş. Esra, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 117.
- ⁴ SÜZEK, Yeni, s. 457; MILANI, Dominik, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - OrellFüssliKommentar (Navigator.ch), 3. Aufl.,Hrsg: KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER Roland, OrellFüssliVerlag AG, Zürich 2016, Art. 340 N 1; TAŞKENT/KABAKÇI, s. 29.
- ⁵ Rekabet yasağı sözleşmesinin koşulları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. SÜZEK, Yeni, s. 458 vd.; MANAV ÖZDEMİR, Eda, “İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, 2010, s. 322 vd.
- ⁶ SÜZEK, Yeni, s. 457; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 350; NEERACHER, Christoph, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zürcher Kommentar, Darbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, StämpfliVerlag, Bern 2001, s. 4; HAEFLIGER, Arthur, Das Konkurrenzverbot im neuenschweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Stämpfli-

II. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

A. Hukuki Sorun

Rekabet yasağı sözleşmeleri, üretim süreçlerinin uzun ve masraflı araştırma ile geliştirme faaliyetlerine dayalı olarak yürütülmesi ve bu bakımdan gizliliğin korunması ihtiyacının artmasıyla uygulamada yaygın olarak görülmeye başlanmıştır⁷. Bununla bağlantılı olarak rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olup olmadığı (TBK m. 444), hâkimin sözleşmeye müdahalesinin gerektiği durumların (TBK m. 445), rekabet yasağının ihlali halinde ödenecek tazminat, cezai şart ve yasağa aykırı davranışa son verilmesi hakkındaki taleplerin (TBK m. 446) ve sözleşmenin sona ermesi ile ilgili diğer uyuşmazlıkların (TBK m. 447) sıklıkla yargı önüne taşındığı görülmektedir. 7036 sayılı İşMK m. 5/1-a'nın yürürlüğe girmesinden evvel verilen yargı kararlarında tespit edebildiğimiz kadarıyla, anılan davalarda asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğu yönünde genel bir eğilim bulunmaktadır. İşMK'nin yürürlüğe girmesinden sonra ise, Yargıtay 9. HD.'nin 01.06.2021 tarihinde verdiği bir kararında, görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu yönündeki önceki kararlarından döndüğü ve iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde bir içtihat değişikliğine gittiği görülmüştür⁸. Buna ila- veten bazı bölge adliye mahkemelerinin (BAM) ve ilk derece mahkemelerinin de İşMK m. 5/1-a'ya istinaden iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde kararlar vermeye başladıkları, ayrıca öğretide de benzer görü- şün savunulmaya başlandığı anlaşılmıştır.

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6102 sayılı TTK m. 4/1-c hükmünde TBK'nin "*rekabet yasağına ilişkin 444 ve 447.*" maddelerinde⁹

Verlag, Bern 1974, s. 13; STAEHELIN, Adrian, ZürcherKommentar, Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, 4. Aufl., Hrsg: SCHMID, Jörg, Zürich 2014, Art. 340 N 1; RÄBER, Joe, Dasnachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag de lege lata und de lege ferenda, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2020, N 94; ÖZKARACA, Ercüment, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim", Prof. Dr. Turhan Esener, III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin, Ankara 2021, s. 342.

⁷ TAŞKENT/KABAKÇI, s. 21; ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 323.

⁸ Y. 9. HD., E. 2021/3076, K. 2021/9789, T. 01.06.2021 (Karara elden ulaşılmıştır).

⁹ Madde metninde geçen "*ve*" bağlacının "*ilâ*" olarak anlaşılması gerekir (KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret Hukuku, I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 252, dipnot 29).

öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava olduğu kabul edilmiş ve aynı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasında aksine hüküm bulunmadıkça, tüm ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceği düzenlenmiştir. 6762 sayılı mülga TTK4/1-3. maddesinde de rekabet yasağına ilişkin hükümlerden doğan davaların ticari dava olduğu öngörülmüştü ve 5. maddesinde aksine hüküm olmadıkça dava olunan şeyin değerine göre asliye hukuk veya sulh hukuk mahkemesinin ticari davalara bakmakla görevli olduğu; ancak bir yerde ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görev alanı içerisinde bulunan ticari davalara ticaret mahkemesince bakılacağı düzenlenmişti¹⁰.

30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı mülga İşMK¹¹ m. 1/1'de İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında, iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli yargı yerinin iş mahkemeleri olduğu hükme bağlanmıştı. Söz konusu Kanun, 12.10.2017 tarih ve 7036 sayılı İşMK¹² ile yürürlükten kaldırılmış (m. 10/1) ve yeni Kanun 25.10.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir (İşMK m. 38). İşMK m. 5/1-a'da TBK'nin "*İkinci Kısımın Altıncı Bölümünde düzenlenen hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına*" iş mahkemelerince bakılacağı belirtilmiştir. Böylece 5521 sayılı Kanun döneminden farklı olarak, TBK'de düzenlenen hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar da iş mahkemelerinin görev alanına ilhak edilmiş ve iş mahkemelerinin görev alanı genişletilmiştir¹³. İşçinin sözleşme sonrası rekabet yasağına ilişkin düzenlemeler de (TBK m. 444-447) İşMK m. 5/1-a'da belirtilen kısım içerisinde yer almaktadır.

Özetle, TBK m. 444-447 hükümlerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davalar TTK m. 4/1-c hükmünde "*ticari dava*"

¹⁰ Bkz. BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2016, s. 74.

¹¹ RG. 7424/04.02.1950.

¹² RG. 30221/25.10.2017.

¹³ Bu hususta bkz. ÖZKARACA, Ercüment/ÖZKAN KOÇ, Sema Deniz, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 45, Y. 2021, s. 83. İş mahkemelerinin görev alanı bakımından yapılan değerlendirmeler için bkz. EKMEKÇİ, Ömer, "Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu", Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, Editör: Ömer Ekmekçi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 24-25.

olarak nitelendirilmiş ve TTK m. 5/1'de aksine hüküm yoksa ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan 7036 sayılı İşMK ile TBK'de yer alan hizmet sözleşmelerinden doğan davalar da iş mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmiştir. Anılan yasa değişikliği, rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davalar bakımından görevli mahkemenin hangi mahkeme olacağı sorununu yeniden alevlendirmiştir. TBK m. 448-460'ta düzenlenen pazarlamacılık ilişkisinden kaynaklanan davalar mutlak ticari dava değildir; ancak TBK m. 469'un atfı sebebiyle¹⁴, TBK m. 444-447 hükümleri pazarlamacılar hakkında da uygulanır. Şu halde pazarlamacının sözleşme sonrası rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklar bakımından da konu önem taşımaktadır. Aşağıda öncelikle 7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden evvel ve sonra söz konusu olan tartışmalara yer verilmiş, daha sonra kişisel kanaat belirtilmiştir.

B. 7036 sayılı İşMK'den Önceki Durum

1. Mahkeme Kararları

Hukuk Genel Kurulu 2008 yılında, 818 sayılı Borçlar Kanunu (BK) m. 348 vd. (TBK m. 444 vd.) maddelerine dayalı olarak İş Kanunu kapsamında işçi sayılan kişinin, rekabet yasağı sözleşmesinin ihlali nedeniyle açılan davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir¹⁵.

Kurul, 2012 yılına ait sonraki kararında kanaatini değiştirmiş ve 5521 sayılı İşMK m. 1 uyarınca iş mahkemelerinin İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçiler ile onların işverenleri arasındaki davalar bakımından görevli olmadığı; iş sözleşmesi devam ederken, işçinin rekabet etmeme yükümlülüğünün sadakat yükümlülüğü içinde yer aldığı ve sadakat yükümlülüğünün yerine getirilmesinin sadece iş sözleşmesinin yürürlüğü sırasında söz konusu olduğu; oysa BK m. 348 vd.'nda (TBK m. 444 vd.) düzenlenen rekabet yasağı sözleşmelerinin sadece tarafların kararlaştırmaları halinde söz konusu olacağı ve hizmet sözleşmesinden sonra yerine getirileceği; bu sebeple iş hukukunun düzenleme alanının dışında kaldığı gerekçeleriyle iş sözleşmesinin devamı sırasındaki rekabet yasağına aykırılık halinde açılacak davalarda iş mahkemelerinin; iş

¹⁴ TBK m. 469: "Pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanır".

¹⁵ HGK, E. 2008/9-517, K. 2008/566, T. 22.09.2008; E. 2011/9-508, K. 2011/545, T. 21.09.2011 (Kazancı, ET. 28.09.2021).

sözleşmesinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olarak kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda ise 6762 sayılı eTTK m. 4/1-3 ve 5 (6102 sayılı TTK m. 4/1-c, 5) uyarınca asliye ticaret mahkemelerinin görevli olduğunu ifade etmiştir¹⁶.

Bu son içtihadın 2013 ve 2016 yıllarında verilen kararlarda da aynı şekilde Kurul'ca benimsendiği görülmektedir¹⁷. Yargıtay 11. HD.¹⁸, 7. HD.¹⁹, 22. HD.²⁰ benzer şekilde, iş sözleşmesi süresince ve iş sözleşmesinin bitiminden sonra söz konusu olacak rekabet yasağı ihlallerinden dolayı açılacak davalar arasında ayırım yapmış ve ilk halde görevli yargı yerinin iş mahkemeleri, ikinci halde ise asliye ticaret mahkemeleri olduğu yönünde karar vermiştir. Yargıtay 9. HD.'nin istikrar kazanmış önceki kararları bu yönde iken²¹; aşağıda görüleceği üzere 2021 yılında Daire bu içtihadından dönmüştür.

2. Öğretideki Görüşler

a. Asliye Ticaret Mahkemelerinin Görevli Olduğu Görüşü

TBK m. 444 vd.'nda düzenlenen rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların ticaret mahkemelerinde görüleceği yönünde

-
- ¹⁶ HGK, E. 2011/11-781, K. 2012/109, T. 29.02.2012 (Kazancı, ET. 28.09.2021).
- ¹⁷ HGK, E. 2012/9-854, K. 2013/292, T. 27.02.2013; E. 2013/13-412, K. 2013/1708, T. 25.12.2013; E. 2014/866, K. 2016/289, T. 09.03.2016 (Karararama, ET. 28.09.2021).
- ¹⁸ Y. 11. HD., E. 2016/11487, K. 2016/8359, T. 24.10.2016; E. 2009/12093, K. 2010/640, T. 21.1.2010 (*Kararda dairenin yerleşik içtihadının bu yönde olduğu ifade edilmiştir*); E. 2014/10834, K. 2014/17252, T. 10.11.2014; E. 2014/11540, K. 2014/13703, T. 15.9.2014; E. 2016/10194, K. 2016/7663, T. 3.10.2016; E. 2015/12296, K. 2015/11445, T. 3.11.2015; E. 2015/4187, K. 2015/5893, T. 27.4.2015; E. 2015/6692, K. 2016/1101, T. 8.2.2016; E. 2016/5614, K. 2016/5901, T. 30.5.2016; E. 2014/7464, K. 2014/15007, T. 1.10.2014 (Kazancı, ET. 28.09.2021).
- ¹⁹ Y. 7. HD., E. 2014/4145, K. 2014/7247, T. 2.4.2014; E. 2015/2971, K. 2015/7786, T. 30.4.2015; E. 2014/8426, K. 2014/14779, T. 30.6.2014 (Kazancı, ET. 28.09.2021).
- ²⁰ Y. 22. HD., E. 2016/27017, K. 2020/665, T. 20.1.2020; E. 2013/24215, K. 2014/33835, T. 1.12.2014; E. 2017/41731, K. 2017/28540, T. 13.12.2017; E. 2013/27498, K. 2014/35496, T. 15.12.2014; E. 2014/28969, K. 2014/29627, T. 30.10.2014; E. 2013/13374, K. 2014/14711, T. 27.5.2014; E. 2013/21361, K. 2014/31627, T. 13.11.2014; E. 2013/25336, K. 2014/34836, T. 9.12.2014 (Kazancı, ET. 28.09.2021).
- ²¹ Y. 9. HD., E. 2015/35769, K. 2016/462, T. 12.1.2016; E. 2015/33389, K. 2019/2979, T. 7.2.2019; E. 2012/310, K. 2014/4832, T. 17.2.2014; E. 2014/37904, K. 2015/1890, T. 22.01.2015; E. 2014/1375, K. 2015/12435, T. 30.3.2015; E. 2013/4563, K. 2014/39768, T. 24.12.2014; E. 2014/30199, K. 2014/33078, T. 6.11.2014; E. 2014/2655, K. 2015/15807, T. 29.4.2015 (Kazancı, ET. 28.09.2021).

görüş beyan eden yazarların gerekçelerine bakıldığında, bu uyuşmazlıkların TTK m. 4/1-c’de mutlak ticari dava olarak anıldığı, uyuşmazlık kaynağının iş sözleşmesinden kaynaklanan sadakat borcu değil; ayrı bir rekabet yasağı sözleşmesi olduğu, uyuşmazlığın meydana geldiği tarihte tarafların işçi ve işveren sıfatının olmadığı, 6762 sayılı TTK m. 4/1-3’ün 5521 sayılı EİŞMK m. 1’e nazaran sonraki tarihli özel hüküm niteliğinde olduğu, kanun koyucunun 6102 sayılı TTK’de de tercihini aynen devam ettirdiği, “rakip işletme”, “rekabet etme”, “müşteri çevresi ve üretim sırları” kavramlarının ticaret hayatına ilişkin olduğu, ticaret mahkemelelerinin rekabet yasağı alanında uzmanlaştığı, asliye ticaret mahkemelerinin uzmanlık alanına girmeyen hususları değerlendirmesinin sadece rekabet yasağı sözleşmesine has bir durum olmadığı ifadelerine yer verildiği görülmektedir²².

Görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğunu kabul eden yazarların bazıları, olan hukuk bakımından bu sonuca varırken, olması gereken hukuk bakımından farklı değerlendirmeler yapmaktadır: *Karayalçın*, ticari işletmeyle ilgili olmak kaydıyla “iş sözleşmelerinden” doğan davaların ticari dava sayılmasının uygun olacağı düşüncesindedir²³. *Soyer*, iş sözleşmeleri ile rekabet yasağı arasındaki yakın ilişki, bu uyuşmazlıkların ticari hayatı ilgilendirmemesi ve iş sözleşmelerinin devamı sırasında ve sonrasında söz konusu olan rekabet yasağı ihlallerinden doğan uyuşmazlıklarda aynı mahkemenin görevli olmasının daha makul olacağı gerekçesiyle mevcut düzenlemeyi eleştirmektedir²⁴. *Arkan* ise bu sözleşmelerden doğan davaların “öz ticaret hayatına ilişkin olmadığı” kanaatinde²⁵.

²² SOYER, Polat, “Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu Nihayet (Fakat “Şimdilik”) Çözümlendi - Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun İki Farklı Kararı Hakkında Not-”, Yıldırım Uler’e Armağan, Editör: ERDAL, Muhammed, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2014, s. 473 vd.; SARIKAYA, Sinan, “İşçinin Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu”, Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 171, 2017, s. 1135-1143; MUTLAY, Faruk Barış/IŞIK, Melih, “7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S. 3, 2019, s. 586.

²³ KARAYALÇIN, s. 252; ayrıca bkz. ve karşı. KURT KONCA, Nesibe, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 15, 2013, s. 93.

²⁴ SOYER, Rekabet, s. 475 vd.; ayrıca bkz. MUTLAY/IŞIK, s. 587.

²⁵ ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Yayınları, Ankara 2019, s. 109. Ayrıca bkz. DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, “Ticari

b. İş Mahkemelerinin Görevli Olduğu Görüşü

Öğretide ileri sürülen ikinci görüş; rekabet yasağının ihlali nedeniyle ortaya çıkan tazminat borcunun kaynağının iş sözleşmesi olduğu, rekabet yasağı sözleşmesinin yapıldığı tarihte tarafların işçi ve işveren sıfatını taşıdıkları, yasağın ihlalinin iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra ortaya çıkmasının bu gerçeği değiştirmediği, rekabet yasağına ilişkin düzenlemelerin amacının işçiyi korumak olduğu, iş mahkemelerinin asliye ticaret mahkemelerine göre hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan davalarda ihtisas mahkemesi olduğu, TTK m. 5/1'e "*aksine hüküm bulunmadıkça*" ibaresi konularak diğer ihtisas mahkemelerine öncelik tanındığı gerekçeleriyle iş mahkemelerinin görevli olduğu yönündedir²⁶.

c. Diğer Görüşler

Öğretide ileri sürülen üçüncü görüş, rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davaların ticari dava sayılması için işverenin tacir olması gerektiği, esnaf vasfını haiz bir terzi ile işçisi arasındaki davanın ticari sayılmasının pratik bir öneminin olmadığı yönündedir²⁷.

Davalar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 104. Olan hukuk bakımından asliye ticaret, olması gereken hukuk bakımından iş mahkemelerinin görev yönünden yetkili olmasının isabetli olacağı görüşünün çoğunluk kanaati olduğu yönünde bkz. ZENGİN, İbrahim Çağrı, "Pazarlamacının -ve İşçinin- Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme – 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 2, Y. 2017, s. 805.

²⁶ KARAGÖZ, Veli, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Cezai Şart (Karar İncelemesi)", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 205; BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, Ticari Dava, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 13-15; ŞAHLANAN, Fevzi, "Rekabet Yasağı Sözleşmelerinde Görevli Mahkeme", Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk 102, 2016, s. 4; ÖZKARACA, Ercüment, "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2017, s. 372; ALPAGUT, Gülsevil, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 68.

²⁷ DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt: I, Fatih Gençlik Vakfı Matbaası, İstanbul 1988, s. 22.

Konu hakkında son olarak görevli mahkemenin tespitinde işçinin İş Kanunu'na tâbi olup olmadığına göre ikili bir ayırım yapılması ve İş Kanunu'na tâbi işçilerin rekabet yasağından doğan davalara iş mahkemesince bakılması gerektiği de savunulmuştur²⁸.

C. 7036 sayılı İşMK'den Sonraki Durum

1. Mahkeme Kararları

Yargıtay 9. HD.,01.06.2021 tarihli kararında, TTK m. 5/1'e göre ancak "*aksine hüküm olmadıkça*" ticari davalara ticaret mahkemelerince bakılacağı, İşMK m. 5/1-a'nın, TTK m. 5/1 bakımından aksine hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği, benzer durumun 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)²⁹uyarınca kurulan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri için de geçerli olduğu, iş hukukunun işçiyi koruma amacı sebebiyle bu konuda özel mahkemelerin kurulduğu, rekabet yasağı sözleşmesinin kurulması ve sınırları bakımından işçinin korunması esasının gözetildiği, rekabet yasağına aykırılıktan doğan talep haklarının (tazminat, cezai şart) kaynağının iş sözleşmesi olduğu, TBK m. 447'de iş sözleşmesinin belirli biçimlerde feshedilmesi halinde, rekabet yasağının sona ereceğinin düzenlendiği, bu hükmün ticaret mahkemesi tarafından değerlendirilmesinin güç olacağı gerekçeleriyle, hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda görevli yargı yerinin iş mahkemeleri olduğu sonucuna varmıştır³⁰.

7036 sayılı İşMK'nin yürürlüğe girmesinden sonra verilen BAM kararları incelendiğinde, daireler arasında bir uygulama farklılığının olduğu görülmektedir. Bu kapsamda İstanbul (İst.)BAM 12. HD³¹, İst. BAM 14. HD³², Ankara BAM 9. HD³³, asliye ticaret mahkemelerinin görevli olacağı yönünde karar verirken; İst. BAM 13. HD³⁴, İst. BAM 43.

²⁸ BAŞTÜRK, Faruk, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2011, s. 1550.

²⁹ RG. 7981/13.12.1951.

³⁰ Y. 9. HD., E. 2021/3076, K. 2021/9789, T. 01.06.2021 (Karara elden ulaşılmıştır).

³¹ İst.BAM 12. HD, E. 2021/1098, K. 2021/997, T. 24.06.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

³² İst. BAM 14. HD, E. 2021/931, K. 2021/903, T. 01.07.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

³³ Ankara BAM 9. HD, E. 2019/4709, K. 2020/94, T. 23.01.2020 (Karar elden alınmıştır).

³⁴ İst. BAM 13. HD, E. 2021/1056, K. 2021/981, T. 24.06.2021; aynı Daire E. 2021/282, K. 2021/416, 25.03.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

HD³⁵, İst. 32. BAM³⁶ ise iş mahkemelerinin görevli olacağı şeklinde hüküm kurmuştur. Konuya ilişkin İst. Anadolu 11. ATM³⁷, İst. 12 ATM³⁸, İst. 2. ATM³⁹, İst. 9. ATM⁴⁰, İst. Anadolu 6. ATM⁴¹, İst. Anadolu 5. ATM⁴², İst. Anadolu 2. ATM⁴³, İst. Anadolu 3. ATM⁴⁴, İst. Anadolu 13. ATM⁴⁵, Bakırköy 5. ATM⁴⁶, Bakırköy 1. ATM⁴⁷, Bakırköy 2. ATM⁴⁸, Bakırköy 7. ATM⁴⁹, İst. Anadolu 8. ATM⁵⁰, İst. Anadolu 10. ATM⁵¹, İst. Anadolu 9

-
- ³⁵ İst. BAM 43. HD, E.2021/980, K. 2021/841, T. 01.07.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ³⁶ İst. BAM 32. HD, E. 2020/1232, K. 2021/1033, T. 24.06.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ³⁷ İst. Anadolu 11. ATM, E. 2021/428, K. 2021/584, T. 07.07.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021). 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 5/5 uyarınca iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Buna göre, "İst. Anadolu Asliye Ticaret Mahkemesi 11. Dairesi" şeklindeki yazım Kanun'a daha uygundur. Ancak çalışmada karışıklık olmaması adına 5235 sayılı Kanun'dan önce söz konusu olan ve uygulamada hâlâ devam eden kullanım tercih edilmiştir (Konu hakkında bkz. GÖZLER, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, 18. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2020, s. 81).
- ³⁸ İst. 12 ATM., E. 2019/455, K. 2019/1031, T. 07.11.2019 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ³⁹ İst. 2. ATM., E. 2021/371, K. 2021/449, T. 7.06.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴⁰ İst. 9. ATM, E. 2021/346, K. 2021/410, T. 31.05.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴¹ İst. Anadolu 6. ATM, E. 2021/318, K. 2021/588, T. 27.05.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴² İst. Anadolu 5. ATM, E. 2021/254, K. 2021/478, T. 29.04.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴³ İst. Anadolu 2. ATM., E. 2020/695, K. 2021/471, T. 05.04.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴⁴ İst. Anadolu 3. ATM, E. 2020/140, K. 2020/302, T. 26.03.2020 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴⁵ İst. Anadolu 13. ATM, E. 2020/722, K. 2021/484, T. 29.06.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴⁶ Bakırköy 5. ATM, E. 2021/136, K. 2021/351, T. 27.04.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴⁷ Bakırköy 1. ATM, E. 2020/627, K. 2020/1101, T. 30.12.2020 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴⁸ Bakırköy 2. ATM, E. 2021/132, K. 2021/149, T. 11.02.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁴⁹ Bakırköy 7. ATM, E. 2020/490, 2021/229, T. 24.02.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).
- ⁵⁰ İst. Anadolu 8. ATM, E. 2021/118, K. 2021/195, T. 11.03.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

ATM⁵², Ankara Batı ATM⁵³, İst. 13. ATM⁵⁴, İst. 7 ATM⁵⁵, İst. 6. ATM⁵⁶ kararlarında ise iş mahkemelerinin görevli olduğu kanaatine varılmıştır.

2. Öğretideki Görüşler

a. İş Mahkemelerinin Görevli Olduğu Görüşü

7036 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra kaleme alınan eserlerde yine iki ayrı görüşün bulunduğu görülmektedir. Bir görüş görevli mahkemenin iş mahkemesi olduğu yönündedir. İleri sürülen gerekçeler rekabet etmeme borcunun iş sözleşmesinin bir parçası olduğu, iş sözleşmesinin geçersiz olması halinde rekabet yasası sözleşmesinin de geçersiz olacağı, bu nedenle rekabet etmeme borcuna aykırılığın, iş sözleşmesinden doğan borcun ihlali niteliğini taşıyacağı, her ticari davanın ticaret mahkemesinde görülmesinin mutlak bir kural olmadığı, çünkü TTK m. 5/1'de aksine hüküm yoksa ticari davaların asliye ticaret mahkemelerinde görüleceğinin öngörüldüğü, İşMKm. 5/1-a'nın "aksine düzenleme" olduğu, bu hüküm bakımından iş sözleşmesinin sona erip ermediğinin bir öneminin bulunmadığı, iş mahkemelerinin hizmet sözleşmeleri bakımından ihtisas mahkemeleri olduğu şeklindedir⁵⁷.

⁵¹ İst. Anadolu 10. ATM, E. 2021/32, K. 2021/345, T. 15.04.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

⁵² İst. Anadolu 9 ATM. E. 2021/20, K. 2021/262, T. 25.03.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

⁵³ Ankara Batı ATM, E. 2020/559, K. 2021/44, T. 02.02.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

⁵⁴ İst. 13. ATM, E. 2020/183, K. 2021/125, T. 11.02.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

⁵⁵ İst. 7. ATM, E. 2018/746, K. 2021/24, T. 13.01.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

⁵⁶ İst. 6. ATM, E. 2021/308, K. 2021/381, T. 06.05.2021 (emsal.uyap, ET. 28.09.2021).

⁵⁷ BAYCIK, Gaye, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 191 vd.; KOÇYİĞİT, İlker/YEŞİLKAYA, İzzet, Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 170-171; ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL, Canan, "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 42, 2019, s. 21; BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, Ticari Dava, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 41-42; KAR, Bektaş, İş Yargılaması Usulü, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 280-283; ÖZKARACA, Genel Görüşme, s. 372; KÖME AKPULAT, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 135-140; EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 202-203.

Belirtilen gerekçelere ilave olarak rekabet etmeme borcunun geçerliliği için sözleşmenin belirli şekillerde feshedilmemiş olması gibi iş hukukunu ilgilendiren birçok uyuşmazlığın bulunması, iş sözleşmesi bittikten sonra imzalanan ibranameler (TBK m. 420) ve sözleşme sonrası sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde iş mahkemeleri görevliken, rekabet etmeme borcunun ihlali halinde asliye ticaret mahkemelerinin görevli kabul edilmesinin doğru olmadığı, rekabet yasağına aykırılık sebebiyle açılan davalarda iş sözleşmesinin devamı veya sona ermesine bağlı olarak görevli mahkemenin farklı olduğunun kabulünün çelişki oluşturduğu, rekabet yasağı kavramının iş mahkemeleri tarafından da isabetli bir şekilde değerlendirilebileceği de ifade edilmiştir⁵⁸.

Bu görüşte olan yazarlardan *Kar*, 7036 sayılı İşMK ile bu tartışmaların artık son bulacağı düşüncesindedir⁵⁹.

b. Asliye Ticaret Mahkemelerinin Görevli Olduğu Görüşü

Öğretide bir başka görüş, rekabet yasağı sözleşmesinin taraflar arasında bir iş ilişkisi kurmadığı gibi uyuşmazlığın doğduğu tarihte kişinin işçi sıfatını taşımadığı, rekabet yasağı sözleşmelerinin iş sözleşmelerinden tamamen bağımsız ve “*müstakil sözleşme*” olduğu, İşMK’nin genel gerekçesi ile 5. maddesinin gerekçesi incelendiğinde, kanun koyucunun 6102 sayılı TTK m. 4/1-c veya 5/1’i bertaraf etmek istediği şeklinde bir sonuç çıkarılmadığı, İşMK m. 5/1’in aksine bir hüküm olarak değerlendirilemeyeceği, rekabet yasağı sözleşmesinin öz ticaret hayatına mahsus ve kişinin ekonomik özgürlüğü ve ticaret hayatına katılması ile ilgili bir konu olduğu gerekçeleriyle görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemeleri olduğu yönündedir⁶⁰. Bu yazarlardan bazılarının olması

⁵⁸ Bkz. bir önceki dipnotta adı geçen yazarlar. *Akyığıt*, iş sözleşmesi kurulurken veya devam ederken getirilen rekabet yasağı sözleşmelerinde iş mahkemelerinin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra imzalanan sözleşmelerin ise ticaret mahkemelerinde görüleceği düşüncesindedir (AKYIĞIT, Ercan, İş Hukuku, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2021, s. 325).

⁵⁹ KAR, s. 283.

⁶⁰ SOYER, Polat, “Yeni” İş Mahkemeleri Kanunu Karşısında Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 15, S. 60, 2018, s. 1265 vd.; MUTLAY/IŞIK, s. 586; ZENGİN, s. 805-809; KORTAŞ, Arda, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Seçkin, Ankara 2021, s. 106; ayrıca bkz. TAŞDELEN, Nihat, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 323. Bazı eserlerde, 7036 sayılı Kanun’a ilişkin özel bir değerlendirme yapılmaksızın görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi oldu-

gereken hukuk bakımından düzenlemeyi isabetli bulmadığını belirtmek gerekir⁶¹.

D. İnceleme, Değerlendirme ve Kanaat

TTK m. 4/1-c hükmünde TBK'nin rekabet yasağına ilişkin 444-447. maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava olacağı öngörülmüş ve aynı Kanun'un m. 5/1 düzenlemesinde, aksine hüküm bulunmadıkça tüm ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceği ifade edilmiştir. Rekabet yasağı sözleşmelerinin, TTK m. 4/1-c'nin kapsamına girdiğinde şüphe yoktur. İşMK m. 5/1-a'da ise, "hizmet sözleşmelerine tabi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına" iş mahkemelerince bakılacağı belirtilmiştir. O halde hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlığın İşMK m. 5/1-a'nın kapsamına girip girmediğinin belirlenmesi bakımından şu iki soruya olumlu cevap verilmesi gerekir:

1) Rekabet yasağına dayanan uyuşmazlık, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık niteliğinde midir?

2) Uyuşmazlığın bir tarafı hizmet sözleşmelerine tâbi işçi ve diğer tarafı işveren midir?

Aşağıda evvela bu iki sorunun cevabı aranmıştır. Bu iki soruya olumlu cevap verilirse, sonraki aşamada TTK m. 5/1 ve İşMK m. 5/1-a'da yer alan düzenlemelerden hangisine öncelik verileceğinin belirlenmesi gerekir. İşMK m. 5/1-a'nın bu sözleşmeleri kapsamadığı sonucuna varılırsa zaten incelemeye devam edilmesinin bir gereği yoktur.

ğu ifade edilmektedir: KAYA, Arslan (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/NOMER ERTAN, N. Fusun), Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2019, 130; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 133.

⁶¹ Asliye ticaret mahkemelerinin görevli olacağını ifade etmekle birlikte bunun yerine olmadığı yönünde bkz. ŞENER, Oruç Hami, Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 87-98. Dava koşulları ve incelemenin TBK m. 444 vd.'ndeki kurallar ile iş hukuku ilkelere göre yapılacağı gerekçesiyle, bu uyuşmazlıkları en iyi çözecek mahkemenin iş mahkemesi olduğu, ancak aynı konuda bir işyeri açılıp faaliyete geçme şeklinde bir eylemin söz konusu olduğu hallerde, konunun haksız rekabetle bağlantılarının ortaya çıkabileceği ve bu tür bir davanın ticari dava olarak görülmesinin mantıklı olabileceği yönünde bkz. BOZKURT, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2019, s. 248-249; ayrıca bkz. ARKAN, s. 109.

1.Hizmet ve Rekabet Yasağı Sözleşmesi Arasındaki İlişki: “Yan Edim Yükümlülüğü”

Hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklarda görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin görüşlerin gerekçelerine bakıldığında, sözleşme sonrası rekabet yasağı sözleşmeleri ile hizmet sözleşmesi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği (rekabet yasağı sözleşmelerinin hizmet sözleşmesine mi dayandığı, yoksa ondan bağımsız, müstakil bir sözleşmemi olduğu) konusunda görüş ayrılıkları bulunduğu görülmektedir. Esasen bu nokta İşMK m. 5/1/a'nın da uygulama alanının belirlenmesi bakımından çözülmesi gereken en önemli problemdir. Çünkü hükümde “iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan uyumsuzluk”ların madde kapsamında olacağı ifade edilmiştir.

Rekabet yasağı sözleşmeleri, sadece TBK m. 444 vd.'nda yer alan hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasakları ile sınırlı değildir. Dayandığı hukuki sebebe göre kanundan veya sözleşmeden doğan çok sayıda rekabet yasağı sözleşmesi bulunmaktadır⁶². Kanundan doğan rekabet yasağına TBK m. 396/3 örnek gösterilebilir. Bu hükümde sadakat borcunun bir görünümü olarak işçinin hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, kendi işvereni ile rekabete girişmeyeceği öngörülmüştür. Bunun yanı sıra özel hukukta geçerli olan irade özerkliği ve sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü uyarınca, taraflar TBK m. 27/1 ve Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 23 sınırları içerisinde kanunda düzenlenmemiş rekabet yasağı sözleşmeleri de yapabilir⁶³. Son halde söz konusu rekabet yasakları sözleşmeden doğar.

Sözleşmeden doğan rekabet yasakları, bir başka sözleşme ile (satış, kira, hizmet vs.) bağlantılı olarak veya bağımsız bir sözleşme şeklinde imzalanabilir⁶⁴. Aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmayan iki rakip arasında imzalanan rekabet yasağı sözleşmeleri, başka bir sözleşme ile bağlantılı olarak imzalanmadıklarından “asli rekabet yasağı sözleş-

⁶² AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 71, dipnot 114.

⁶³ RÄBER, N 24-26; YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 15. Bası, Beta, İstanbul 2018, s. 485; KUTTLER, Alfred, Vertragliche Konkurrenzverbote, Helbing&Lichtenhahn, Basel 1955, s. 47.

⁶⁴ AYİTER, Nuşin, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi”, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1958, s. 463; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1971, s. 238.

meleri (*Konkurrenzhauptverträge*)” olarak anılır⁶⁵. Örneğin kartel sözleşmeleri, asli rekabet yasağı sözleşmeleri mahiyetindedir⁶⁶. Buna karşılık başka bir sözleşmeye bağlı olarak akdedilenler ise “*yan rekabet yasağı sözleşmeleri*” veya “*rekabet yasağı klozu*” (*Konkurrenznebenverträge, Konkurrenznebenabreden, Konkurrenzverbotsklauseln*) şeklinde adlandırılır⁶⁷. İşletme devirleri sonrası için kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmeleri son hale örnek olarak verilebilir⁶⁸.

Türk hukukunda TBK m. 444 vd. hükümlerinde öngörülen rekabet yasağı sözleşmelerinin hizmet sözleşmesinden bağımsız, müstakil bir sözleşme olduğu hem öğretilerde ileri sürülmekte hem de mahkeme kararlarında benzer ifadelerle yer verilmektedir. Hatta eski tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında da bu sözleşmelerin iş sözleşmesinin bir parçası olmadığı, kendine özgü (*suigeneris*) sözleşmeler olduğu ifade edilmiştir⁶⁹. Ancak tespit edebildiğimiz yeni tarihli yayınlarda hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmelerinin, bağımsız rekabet yasağı sözleşmesi niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir. Gerçekten de hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmeleri *bağımsız değil; yan rekabet yasağı sözleşmesi mahiyetindedir*⁷⁰.

⁶⁵ HEEB, David, *Dasarbeitsvertragliche Konkurrenzverbotnach Art. 340-340c OR, EineUntersuchungüberSinnundGehaltdesnachvertraglichenKonkurrenzverbotesunterBerücksichtigungvonAbgrenzungsfragenund der Durchsetzungeines Unterlassungsanspruchsnach der ZPO*, StämpfliVerlag AG, Bern 2016, s. 24; RÄBER, N 30; COTTI, Lukas, *Dasvertragliche Konkurrenzverbot, Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken*, Universitätsverlag Freiburg, Schweiz 2001, N 56; BECKER, Hermann, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551 OR)*, StämpfliVerlag, Bern 1934, Art. 340 N 1.

⁶⁶ AYİTER, s. 463; BECKER, Art. 340 OR N 1.

⁶⁷ HEEB, s. 20; COTTI, N 55.

⁶⁸ HEEB, s. 20 vd.

⁶⁹ BGE 78 II 230 ff. (235), E. 2b.

⁷⁰ HEEB, s. 20 vd., 37; HAEFLIGER, s. 12; MILANI, OFK, Art. 340 OR N 1; Yan anlaşma (Nebenabrede) şeklindeki nitelendirme için bkz. REHBINDER/STÖCKLI, Art. 340 OR N 1; STAEHELIN, Art. 340 OR N 3; EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 567: “*Rekabet yasağı anlaşması ya mevcut bir hizmet sözleşmesiyle ilgili olarak ya da yeni bir hizmet sözleşmesiyle birlikte aynı anda yapılır. Bu son halde rekabet yasağı hizmet sözleşmesine bir hüküm olarak konulur. Ancak, ne zaman ve nasıl yapılırsa yapılırsa, rekabet yasağı anlaşması, bağımsız değil, daima hizmet sözleşmesine bağlı bir anlaşmadır*”.

Hizmet sözleşmesi ile rekabet yasağı arasındaki hukuki ilişkinin tespiti bakımından öncelikle borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin hatırlanmasında fayda vardır. Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler, “edim yükümlülükleri” ve “yan yükümlülükler” olmak üzere ikiye ayrılır. Edim yükümlülükleri de “asli edim yükümlülükleri” ve “yan edim yükümlülükleri” şeklinde iki alt başlıkta incelenir. Asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin tipini belirleyen edimdir ve yan edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak dava edilebilir⁷¹. Yan edim yükümlülükleri ise, sözleşmenin tipini belirlemeyip asli edimin amaca uygun bir şekilde ifasına hizmet eder⁷². Yan edim yükümlülükleri kanundan, tarafların iradesinden ve dürüstlük kuralından doğabilir⁷³. Bu bağlamda asli edim yükümlülükleri yanında taraflar yapmak istedikleri sözleşmenin içeriğine irade özerkliği ilkesi çerçevesinde bazı yan edim yükümlülükleri de ekleyebilir⁷⁴. Bu durumda asli ve yan edim yükümlülükleri birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturur⁷⁵. Yan edim yükümlülükleri, bağlı nitelikte olsa da ayrı bir edim yükümlülüğüdür ve bunun sonucu olarak asli edim yükümlülüklerinden müstakil olarak ifası dava edilebilir⁷⁶. Yan yükümlülüklerin ihlali halinde ise, sadece ihlalden doğan zararın tazmini talep edilebilir, edimin ifası talep edilemez⁷⁷. Bu açıdan yan yükümlülükler ile yan edim yükümlülükleri birbirinden ayrılır.

Rekabet yasağı sözleşmeleri, hizmet sözleşmesinin içeriğine dâhil olan yan edim yükümlülüğü (*Nebenleistungspflicht*) mahiyetindedir⁷⁸ ve bu yönden hizmet sözleşmesinin bir parçasını (*Bestandteiles Arbeitsvert-*

⁷¹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin, Ankara 2017, s. 31-32.

⁷² AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 60.

⁷³ EREN, Genel, s. 34 vd.

⁷⁴ EREN, Genel, s. 36.

⁷⁵ EREN, Genel, s. 30; LARENZ, Karl, Lehrbuchdes Schuldrechts Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., C.H.BECK., München 1987, s. 8.

⁷⁶ EREN, Genel, s. 33. RÄBER, N 43; AYDINLI, s. 66.

⁷⁷ EREN, Genel, s. 37.

⁷⁸ RÄBER, N 42-44; AYDINLI, s. 62; EREN, Genel, s. 36; ayrıca bkz. ve karşı. UŞAN, Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Seçkin, Ankara 2003, s. 65.

rages) oluşturur⁷⁹. Nitekim TBK m. 446/3'ün işverenin belirli şartlar altında yasağa aykırı davranışa son verilmesini isteyebileceği yönündeki hükmü de, rekabet etmeme yükümlülüğünün yan yükümlülük değil; yan edim yükümlülüğü olduğunu göstermektedir⁸⁰. Zira işçi bu halde ceza koşulu ve doğabilecek ek zararların ödenmesi dışında, rekabet teşkil eden fiili durdurmaya zorlanabilir⁸¹. Görüldüğü üzere, bağımsız bir rekabet yasağı sözleşmesinde asli edim niteliğindeki rekabet etmeme yükümlülüğü, hizmet sözleşmesinde tarafların iradesine bağlı olarak yan edim yükümlülüğü niteliğini kazanmaktadır⁸². Belirtilen sebeplerle rekabet yasağına ilişkin bir uyuşmazlık, iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklardandır⁸³.

İki sözleşme arasında yakın ve karşılıklı bir ilişki bulunmaktadır. Öncelikle rekabet yasağı sözleşmesinin konusu, işçinin hizmet sözleşmesinin bitiminden sonra işverene rekabet oluşturan davranışlarının engellenmesidir ve bu sayede sözleşmesinin sona ermesinden sonraki dönem için işverenin menfaatleri korunmuş olur. Dolayısıyla hizmet sözleşmesi ile rekabet yasağı sözleşmeleri arasında, hizmet ediminin gereği gibi ifasını sağlamak amacı yönünden bir ilgi bulunur. Nitekim

⁷⁹ HEEB, s. 20; HAEFLIGER, s. 12; PORTMANN, Wolfgang/RUDOLPH, Roger, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Hrsg: WIDMER LÜCHINGER, Corinne/OSER, David, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020, Art. 340 N 1.

⁸⁰ Bazı yazarlar, yan yükümlülük kavramını, yan yükümlülük ve yan edim yükümlülüğü kavramlarını ifade etmeye geniş anlamda kullanmaktadır (Bu konuda bkz. EREN, Genel, s. 33, dipnot 14) . Ancak bu çalışmada ikisi arasında ayırım yapılmış ve rekabet yasağından doğan yükümlülüğün teknik anlamıyla yan edim yükümlülüğü olduğu sonucuna varılmıştır. Kanaatimizin oluşmasında önemli bir etken de TBK m. 446/3'te işverene tanınan yasağa aykırı davranışa son verilmesini isteme hakkı olmuştur. Bununla birlikte TBK m. 446/3'ün karşıt kanıtından rekabet yasağı sözleşmesinden doğan yükümlülüğün teknik anlamda yan yükümlülük olduğu da düşünülebilir. Ancak bu konuda yaşanacak muhtemel bir görüş ayrılığı, varılan sonuca etkili değildir. Çünkü bu halde de rekabet etmeme yükümlülüğü iş sözleşmesinin içeriğine dahil kabul edilecektir, nitekim yan yükümlülükler de borç ilişkisinden doğan yükümlülük mahiyetindedir (Yan yükümlülükler hakkında bkz. EREN, Genel, s. 37 vd.; FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 24-25).

⁸¹ Bu hususta bkz. MÜLLER, Roland/ZÜND, David, "Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht", Aktuelle Juristische Praxis, 2012/12, s. 1784.

⁸² Bkz. ve karşı. AYDINLI, s. 62. Bir sözleşmede yan edim olan bir yükümlülük başka bir sözleşmede asli edim olabilir (EREN, Genel, s. 33).

⁸³ HAEFLIGER, s. 83; HEEB, s. 37.

TBK m. 444 vd. hükümleri, hizmet sözleşmesi ile bağlantılı olarak imzalanarak rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanır⁸⁴.

Hizmet sözleşmesinin müstakbel tarafları, hizmet sözleşmesini yapmadan evvel eğer bir rekabet yasağı sözleşmesi akdederse, bu sözleşme prensip olarak TBK m. 444 vd. hükümlerine tâbi olmaz⁸⁵. Bu anlamda ancak bir hizmet sözleşmesi ile bağlantılı olarak akdedilmiş ise (*örneğin hizmet sözleşmesi kurulurken veya onun devamında*) söz konusu rekabet yasağı sözleşmesine TBK m. 444 vd. hükümleri uygulanır. Nitekim öğretide haklı olarak TBK hükümlerinin, sadece hizmet sözleşmeleri için yapılan rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanacağı; satış, kira gibi sözleşmeler ile birlikte akdedilen diğer yan rekabet yasağı sözleşmelerine veya bağımsız nitelikteki rekabet yasağı sözleşmelerine kıyasen uygulanamayacağı da ifade edilmektedir⁸⁶. Zira TBK m. 444 vd. hükümleri ile amaçlan işçi- işveren arasındaki ekonomik ve sosyal eşitsizlik ile bağımlılık ilişkisi sebebiyle zayıf konumda olan işçinin, işverene karşı korunmasıdır⁸⁷. Böyle bir durumun olmadığı hallerde, bu hükümlerin uygulanma alanının genişletilmesi mümkün değildir⁸⁸. Aynı gerekçeyle iş sözleşmesi sona erdikten sonra yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri de ilke olarak bu kapsamda değerlendirilmez⁸⁹. Çünkü bu anda işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi ortadan kalkmaktadır⁹⁰. Bu aşama-

⁸⁴ MILANI, Art. 340 N 1; NEERACHER, s. 9; BİLGE, s. 238; AYİTER, s. 465.

⁸⁵ UŞAN, s. 55. Ancak iki sözleşme arasında zamansal ve maddi açıdan bir bağlantı kuruluyorsa kanuna karşı hile esasları bakımından değerlendirme yapılacağı hakkında bkz. NEERACHER, s. 10.

⁸⁶ RÄBER, N 98; ABEGG, Andreas, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), 9. Aufl., Hrsg: GAUCH, Peter/AEPLI, Viktor/STÖCKLI, Hubert, Schulthess Juristische Medien, Zürich 2016, Vorb. Art. 340-340c, N 2; BİLGE, s. 238; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 485; HAEFLIGER, s. 12; STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger Arbeitsvertrag, Praxiskommentarzu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Schulthess Juristische Medien, Zürich 2012, Art. 340 N 2.

⁸⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 485.

⁸⁸ Ancak istisnaen benzer bir bağımlılık ilişkisinin bulunduğu hallerde, kanuni düzenlemelerin kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir (RÄBER, N 99; NEERACHER, s. 16; COTTI, s. 831 vd.).

⁸⁹ ABEGG, Vorb. Art. 340-340c, N 2; AYİTER, s. 463-464; UŞAN, s. 55; TAŞDELEN, s. 321. İsvBK m. 341 hükmünün rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanıp uygulanmayacağı hakkındaki tartışmalar için bkz. NEERACHER, s. 11 vd.

⁹⁰ AYİTER, s. 463-464; BECKER, Art. 340 OR N 1.

dan sonra artık genel hükümlerin sağladığı koruma ile⁹¹ varsa o rekabet yasağına özgü özel düzenlemeler devreye girer.

Yukarıda belirtilenlere ilave olarak, rekabet yasağı ile hizmet sözleşmesi arasındaki yakın ilişkinin TBK'de de yansımaları bulunmaktadır. Bir defa rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet ilişkisinin işçiye belirli konularda bilgi edinme imkânı sağlaması halinde geçerlidir (TBK m. 444/2). Ayrıca iş sözleşmesinin, haklı bir sebep olmaksızın işveren tarafından veya işverene yüklenebilen bir nedenle işçi tarafından feshedilmesi hâlinde, rekabet yasağının sona ereceği öngörülmüştür (TBK m. 447/2). Dolayısıyla iş sözleşmesinin fesih gerekçesine bağlı olarak mevcut bir rekabet yasağı sözleşmesi ortadan kalkabilir; burada rekabet yasağı sözleşmesinin kaderi hizmet sözleşmesinin feshi nedenine bağlanmıştır. Rekabet yasağı sözleşmesinin geçersiz olması, duruma göre TBK m. 27/2'nin uygulanması ve hizmet sözleşmesinin tamamının bâtil sayılmasına da yol açabilir⁹². Ayrıca hizmet sözleşmesinin bitiminden sonra hüküm ve sonuç doğurması da, rekabet yasağı sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında bir bağlantı olduğunu göstermektedir. Sistematik açıdan da rekabet yasağı sözleşmelerinin hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler arasında düzenlenmesi bahsedilen yakınlığı teyit etmektedir.

TBK m. 444 vd. hükümlerinde düzenlenen rekabet yasağı sözleşmesi, iş sözleşmesi devam ederken değil; sona erdikten sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu kural, görevli mahkemenin ticaret mahkemesi olduğunu ileri süren yazarlar bakımından bir gerekçe olarak ileri sürülmekte; bu özelliği sebebiyle rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesine bağlı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Söz konusu gerekçeye katılmak mümkün değildir; çünkü hizmet sözleşmesinin sonrasında hüküm ve sonuç doğurması, rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesine bağlı olmadığı anlamına gelmez. Rekabet yasağı sözleşmeleri, ana sözleşmeden daha uzun sürse de bu onların bağlı karakterine halel getirmez⁹³. Nitekim sözleşmeye dayanan rekabet yasakları, tarafların ihtiyaçlarına göre sözleşme görüşmelerine tekabül eden dönemde (*vorvertragliche Konkurrenzverbote*), sözleşme döneminde (*vertragsparallele Konkurrenzverbote*) veya sözleşme sonrası dönemde hüküm ve sonuç

⁹¹ BECKER, Art. 340 OR N 1; BİLGE, s. 238.

⁹² AYİTER, s. 467; HAEFLIGER, s. 42.

⁹³ RÄBER, N 31, dipnot 34.

doğuracak şekilde düzenlenebilir (*nachvertragliche Konkurrenzverbote*)⁹⁴. Rekabet yasağı sözleşmeleri, TBK m. 444 vd.'nda işverenin ihtiyaçlarına cevap vermesi bakımından sözleşme sonrasında hüküm ve sonuç doğuracak şekilde düzenlenmiştir. Zira sözleşme devam ederken işçi zaten rekabet yasağına tâbidir (TBK m. 396/3). Hüküm ve sonuç doğurma anının tamamen taraf ihtiyaçları sebebiyle hizmet sözleşmesinin bitimi olarak belirlenmiş olması, rekabet yasağı sözleşmelerinin bir yan rekabet yasağı sözleşmesi olduğu ve hizmet sözleşmesine bağlı olduğu sonucunu değiştirmez.

TBK m. 396'da "*özen ve sadakat borcu*" kenar başlığı altında yer alan yükümlülüklerin iş sözleşmesinin kanundan doğan içeriğine, bir adım ötede iş sözleşmesinin içeriğine dâhil olduğuna şüphe yoktur. Bu noktada düzenlemenin dördüncü fıkrası bizim açımızdan önem taşımaktadır. Dördüncü fıkra "*sır saklama yükümlülüğünün*" hizmet sözleşmesinin bitiminden itibaren de devam edeceği bir hali düzenlemektedir. Mezkûr hüküm, kanundan doğan bir yükümlülüğün, sözleşmenin bitiminden sonraki dönemde de devam ettiğini göstermektedir. Sözleşmenin bitiminden sonra anılan hükme dayalı olarak açılan davada, uyuşmazlığın nasıl ki iş sözleşmesinden doğduğu kabul ediliyorsa, rekabet yasağı sözleşmesinden doğan uyuşmazlığın da aynı mahiyette görülmesi gerekir. Tıpkı TBK m. 396/4'te bizzat kanun koyucu tarafından sözleşme sonrası döneme de sâri olacak şekilde düzenlenen sır saklama yükümlülüğü gibi, sözleşme sonrası dönemde hüküm ve sonuç doğurması veya yükümlülüğün hizmet sözleşmesinden sonra yerine getirilmesi rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin içeriğinden kaynaklanmadığı şeklinde yorumlanamaz. TBK m. 396/4, buna yasal bir örnektir.

Rekabet yasağı sözleşmeleri, iş sözleşmesine bir hüküm olarak da eklenebilir; ayrı olarak da düzenlenebilir; ancak bu durum sözleşmenin hukuki niteliğine, onun bağlı karakterine etki etmez. Çünkü TBK m. 19/1 gereğince bir sözleşmenin türünün belirlenmesinde, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Dolayısıyla hukuki sonuçları itibarıyla sözleşme sonrası rekabet yasağına denk gelen şartlar da rekabet yasağı sözleşmesi olarak değerlendirilir ve TBK m. 444 vd. hükümlerine tâbi olur.

⁹⁴ RÄBER, N 35-38; COTTI, N 65-68.

Geldiğimiz noktada hizmet sözleşmesi ile rekabet yasağı sözleşmeleri arasında birçok yönden yakın bağlantı bulunduğu, rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesi bakımından “*yan edim yükümlülüğü*” niteliğinde ve hizmet sözleşmesinin içeriğine dâhil olduğu, dolayısıyla bu yasağın ihlali sebebiyle ortaya çıkacak uyuşmazlıkların “*iş ilişkisi sebebiyle iş sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar*” arasında mütalaa edilerek bu yönden İşMK m. 5/1-a’nın kapsamına gireceği sonucuna varılmıştır.

2. Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Tarafları: “İşçi-İşveren”

Öğretide İşMK m. 5/1-a’nın uygulanabilmesi için kişinin uyuşmazlığın doğduğu anda işçi sıfatına tâbi olması gerektiği⁹⁵, TBK m. 444-447 hükümleri arasında düzenlenen rekabet yasağı sözleşmelerinin, iş sözleşmesi sona erdikten sonra hüküm ve sonuçlarını doğurduğu, uyuşmazlığın çıktığı tarihte yasağı ihlal eden kişinin işçi sıfatı olmadığı için İşMK m. 5/1-a’nın anılan sözleşmeler hakkında uygulanamayacağı ifade edilmektedir. Hüküm ve sonuçlarını doğurmasından bağımsız olarak yukarıda izah edildiği üzere, bir sözleşmenin TBK m. 444 vd. hükümlerine tâbi olması için iş ilişkisi sebebiyle akdedilmesi gerekir; çünkü ilgili hükümlerde yer alan koruyucu düzenlemelerin amacı zayıf konumda bulunan “*işçi*”yi korumaktır. Yine yukarıda belirtildiği gibi işçi sıfatının sona erdiği veya henüz başlamadığı zamanda yapılan rekabet yasağı sözleşmeleri hakkında söz konusu hükümlerin uygulanmasına zaten imkân yoktur. Dolayısıyla TBK m. 444 vd.’nda yer alan rekabet yasağı sözleşmesinin tarafları işçi ve işverendir; aksi halde anılan hükümlerin olayda uygulanma imkânı yoktur. İşçi-işveren gibi bağımlılık ilişkisinin bulunmadığı hallerde yapılacak sözleşmeler varsa haklarındaki özel hükümlere, aksi halde genel hükümlere⁹⁶ tâbidir⁹⁷. Bu durumda görevli mahkeme, kurulan sözleşmenin hukuki niteliği ve taraflarına göre, ilgili mevzuat uyarınca belirlenir.

Rekabet yasağı sözleşmelerine ilişkin hükümler, istisnaları ile birlikte değerlendirildiğinde işçinin bağımlılık konumunun başladığı ve devam ettiği zamanda, bu bağlamda genellikle iş sözleşmesinin kurulduğu ve devam ettiği sırada kurulan sözleşmeler bakımından uygulanır. Dolayısıyla sözleşmenin kurulduğu anda, sözleşmenin bir tarafını hiz-

⁹⁵ MUTLAY/IŞIK, s. 586.

⁹⁶ UŞAN, s. 55.

⁹⁷ İstisnaen benzer bağımlılık ilişkisinin bulunduğu hallerde, bu kanuni düzenlemelerin kıyasen uygulanacağı yönünde görüşlerin de bulunduğunu tekrar hatırlatmak isteriz (RÄBER, N 99; NEERACHER, s. 16; COTTI, s. 831 vd.).

met sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçi oluşturmakta, diğer tarafta da hizmet sözleşmesinin öteki tarafı olan işveren bulunmaktadır. Rekabet yasağı, hizmet sözleşmesinde yer alan ve sözleşmeye dayanan bir yan edim yükümlülüğü niteliğindedir. İşçilik sıfatını, prensip olarak iş (hizmet) sözleşmesi ile çalışan kişiler haizdir⁹⁸; o halde onun bir parçasını teşkil eden rekabet yasağı sözleşmesinin tarafı da işçidir. Rekabet yasağı sözleşmesinin daha sonra hüküm ve sonuç doğurması sebebiyle, bu sözleşmelerin “iş ilişkisinin sonraki etkileri (*dieNachwirkungendes Arbeitsverhältnisses*)” kapsamında değerlendirildiği görülmektedir⁹⁹. Bu kabul dahi taraflar arasında bir iş ilişkisinin bulunduğunu, tarafların işçi-işveren sıfatını taşıdığını göstermektedir.

Rekabet yasağı sözleşmelerinin hizmet sözleşmesinin bitiminden itibaren hüküm ve sonuç doğuracak olması, anılan sözleşmenin tüm yönleriyle bu tarihte değerlendirileceği veya öncesinde rekabet yasağı sözleşmesinin hiç mevcut olmadığı anlamına gelmez. Bilindiği üzere sözleşmeler; “kurucu unsurlar, geçerlilik unsurları ve etkinlik unsurları”ndan oluşur¹⁰⁰. Tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanları kurucu unsurdur; istisnaen mahkeme kararı, resmi memurun işleme katılması, eşyanın teslimi de kurucu unsur olarak kanunla aranmış olabilir¹⁰¹. Sözleşmenin kurucu unsurlarının mevcudiyeti, sözleşmenin kurulması sonucunu doğurur; ancak sözleşmenin geçerliliği başkaca unsurların da varlığını gerektirebilir. Bu bağlamda ehliyet, şekil şartına ve emredici hükümlere uyma sözleşmenin geçerlilik unsurları olarak karşımıza çıkar¹⁰². Etkinlik unsurları veya diğer adıyla tamamlayıcı unsurlar ise, hukukî işlemin hüküm ve sonuç doğurmasını sağlayan ilave unsurlardır¹⁰³. Etkinlik unsurları, sözleşmenin meydana gelmesi için değil, meydana gelmiş bir sözleşmenin istenen hukuki sonuçları doğurması

⁹⁸ SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta, 20. Baskı, İstanbul 2020, 133.

⁹⁹ ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s. 99.

¹⁰⁰ Bkz. KAŞAK, Fahri Erdem, “Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, *Conditio*)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2019, s. 549 vd.

¹⁰¹ Örnekler için bkz. KAŞAK, s. 549; EREN, Genel, s. 202.

¹⁰² Örnekler için bkz. KAŞAK, s. 550; EREN, Genel, s. 202.

¹⁰³ KAŞAK, s. 550; SİRMEN, A. Lâle: Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992, s. 15-16.

için gerekli olan unsurlardır¹⁰⁴. Etkinlik unsurlarının eksikliği, sözleşmenin varlık kazanmasını değil, sadece hukuki etki doğurmasını engeller; anılan unsurların eksik olduğu dönemde sözleşme yine vardır, kurulmuştur¹⁰⁵. Etkinlik unsurları da ölüm, doğum, hastalık, belli bir sürenin geçmesi, insan filli veya bir irade beyanı şeklinde karşımıza çıkabilir¹⁰⁶.

Rekabet yasağı sözleşmesi yapabilmesi için işçinin fiil ehliyetine sahip olması gerekir (TBK m. 444/1). İşçinin fiil ehliyetine sahip olup olmadığı sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurduğu ana göre değil; yapıldığı ana göre belirlenir ve fiil ehliyetinin eksikliğinin sonucu butlandır¹⁰⁷. Nitekim 818 sayılı BK m. 348/3'te bu husus açıkça hükme bağlanmış ve *"işçi, akdin yapıldığı zamanda reşit değil ise rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır"* denilmiştir. Fiil ehliyetinin sonradan kazanılması ve işleme icazet verilmesi ile bâtil olan rekabet yasağı sözleşmesine geçerlilik kazandırılmaz¹⁰⁸. Fiil ehliyetinin sonradan kaybedilmesi de rekabet yasağı sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmaz¹⁰⁹. Hizmet sözleşmesinin sona ermesi, işçinin rekabet etmeme borcunun doğması bakımından bir etkinlik unsurudur; iş sözleşmesinin bitimine kadar rekabet yasağı sözleşmesinin hükümleri askıdadır. Rekabet yasağı sözleşmesi, daha önceki bir vakitte kurulmuştur ve hukuk dünyasında mevcuttur; ancak hizmet sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Belirtmek gerekir ki, rekabet yasağı sözleşmesinin mevcudiyeti, iş sözleşmesi sona ermeden önce iş sözleşmesi bakımından bazı hukuki sonuçlar da doğurur. Örneğin; işverenin rekabet yasağı hakkındaki sözleşmenin bâtil olduğunu bilseydi hizmet sözleşmesini yapmayacağı açıkça anlaşılırsa, işveren hizmet sözleşmesinin tamamının bâtil olduğunu ileri sürebilir (TBK m. 27/2)¹¹⁰.

¹⁰⁴ SİRMEN, s. 15; AKİPEK, Şebnem, "Tamamlayıcı Olgunun Hukukî İşleme Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, 1995, s. 278.

¹⁰⁵ SİRMEN, s. 16; KAŞAK, s. 550; AKİPEK, s. 279.

¹⁰⁶ SİRMEN, s. 16.

¹⁰⁷ RÄBER, N 370 vd.; MILANI, OFK, Art. 340 OR N 4; BİLGE, s. 239. Sözleşmenin yapıldığı sırada işçinin fiil ehliyetine sahip olmaması halinde sözleşmenin geçersiz olacağı yönünde bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s. 349; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 327; KORTAŞ, s. 22 vd.; UŞAN, Fatih/ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin, Ankara 2020, s. 122.

¹⁰⁸ RÄBER, N 379; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 327; KORTAŞ, s. 23.

¹⁰⁹ RÄBER, N 379.

¹¹⁰ AYİTER, s. 467; HAEFLIGER, s. 42.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere, TBK m. 444 vd. hükümlerine göre akdedilen rekabet yasağı sözleşmeleri, iş ilişkisinin devam ettiği bir dönemde kurulur ve sözleşmenin bir tarafında hizmet sözleşmesine tâbi işçi, diğer tarafında işveren bulunur. Nitekim TBK m. 444 vd. hükümleri incelendiğinde “eski işçi” veya “eski işveren” ifadelerinin değil, doğrudan doğruya “işçi” ve “işveren” ifadelerinin kullanılması da varılan sonucu desteklemektedir. Oysaki TBK m. 426/3’te “Hizmet belgesinin zamanında verilmemesinden veya belgede doğru olmayan bilgiler bulunmasından zarar gören işçi veya işçiyi işe alan yeni işveren, eski işverenden tazminat isteyebilir” şeklinde ifadelerle yer verilmiştir. Yargıtay 11. HD.’nin bir kararı da sözleşme sonrası dönemi de kapsayan rekabet yasağı sözleşmesinin tarafının işçi olduğunu kabul ettiği şeklinde yorumlanmaya müsaittir¹¹¹.

İşMK m. 5’in uygulanabilmesi için kişinin *uyuşmazlığın doğduğu anda* işçi sıfatına sahip olması gerektiği¹¹² ifade edilmektedir. Davanın açıldığı tarihte, hizmet sözleşmesine tâbi bir işçi ile işvereni arasında akdedilmiş, iş sözleşmesinin parçası niteliğinde olan; ancak hüküm ve sonuçlarını iş sözleşmesinden sonra doğuran bir rekabet yasağı sözleşmesi vardır. Bundan doğan uyuşmazlıklar İşMK m. 5/1-a’da aranan şartları sağlamaktadır. İşMK m. 5/1-a’da iş sözleşmesinin devam etmesi veya sona ermiş olmasına göre bir ayırım yapılmamıştır¹¹³. Bir an için aksi düşünülecek olursa, hizmet sözleşmesi sonrası sır saklama yükümlülüğünden (TBK m. 396/4) doğan davalarda, uyuşmazlık sözleşmenin bitiminden sonra ortaya çıktığı için, bunun iş mahkemelerinin görev alanına girmediğinin kabul edilmesi gerekir. Benzer şekilde TBK m. 420’de düzenlenen ibranamelerin de iş sözleşmeleri sona erdikten sonra imzalanmasına rağmen anılan sözleşmeler bakımından da iş mahkemelerinin görevli olduğuna ve bunun tartışma konusu yapılmadığına işaret edilmektedir¹¹⁴.

¹¹¹ “...davaya dayanak alınan taahhüdün işçi ile işveren arasında düzenlenmiş olduğu ve hem işverene çalıştığı süreyi hem de işten ayrıldıktan sonraki dönemi kapsadığı görülmektedir”. Bkz. Y. 11. HD., E. 2016/3381, K. 2017/6936, T. 6.12.2017 (Karararama, ET. 30.09.2021).

¹¹² MUTLAY/IŞIK, s. 586.

¹¹³ Bkz. KÖME AKPULAT, s. 138.

¹¹⁴ ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s. 100; BAYCIK, s. 194.

3. Özel-Genel/Önceki-Sonraki Kanun İlkelerinin Uygulanmasına Gerek Olmadığı

Öğretide TTK m. 4/1-c ve 5/1 ile İşMK m. 5/1-a arasındaki ilişki, önceki kanun-sonraki kanun ve özel kanun-genel kanun ilişkisine dair ilkeler açısından da ele alınmaktadır. Belirtilen ilkeler, iki farklı kanun hükmünün aynı hukuki meseleyi düzenlemesi, bir başka anlatımla belirli bir meseleye uygulanabilir gözükken en az iki kanun hükmünün bulunması ve bu iki hükmün de farklı hukuki sonuçlar öngörmesi halinde işlev görür ve bu durumlarda esas itibarıyla bir kanun hükmünün uygulanması engellenerek normlar arasındaki çelişki giderilir¹¹⁵. Anılan sebeple eğer rekabet yasası sözleşmesinin İşMK m. 5/1-a kapsamına girmediği düşünülüyorsa, “sonraki kanun önceki kanunu” veya “özel kanun genel kanunu” ilga eder şeklindeki kuralların olayda uygulanma olanağı olmayacaktır. Zira bu halde aynı konuya uygulanacak iki hüküm bulunmayacaktır. Ancak yukarıda rekabet yasası sözleşmelerinin iş sözleşmesinin içeriğine dâhil olduğu ve taraflarının işçi ve işveren sıfatını taşıdığı sonucuna varıldığından, önümüzde aynı hukuki meseleyi düzenleyen, iki ayrı kanun hükmü bulunmaktadır ve hangi hükümlere öncelik tanınması gerektiği sorununun da çözülmesi gerekir.

TTK m. 4/1-c’de TBK’nin “rekabet yasasına ilişkin 444 ve 447.” maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava olacağı öngörülmüş¹¹⁶ ve aynı Kanun’un 5. maddesinde “aksine hüküm bulunmadıkça” tüm ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceği hükme bağlanmıştır. TTK m. 5/1’de aksine hükümler saklı tutulduğundan, ticari davaların asliye ticaret mahkemelerinden başka mahkemelerde görülmesi kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir¹¹⁷. Esasen

¹¹⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, Mehmet Çelebi/KAŞAK, Fahri Erdem, “Ticari Borçlara Kefalet Halinde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirlenmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, 2020, s. 271 vd.; HAUSHEER Heinz/JAUN, Manuel, Die Einleitungsartikeldes ZGB, Stämpfli-Handkommentar, Art. 1-10 ZGB, Stämpfli-Verlag AG, Bern 2003, Art. 1 N 247-249.

¹¹⁶ Bu düzenleme bakımından eleştirel yönde bkz. EMİNOĞLU, Cafer (ERDOĞAN, Ersin), Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 403. TTK m. 4 düzenlemesi ile öngörülen sisteme eleştirel yönde bkz. KIRCA, İsmail, Nispi Ticari Davaya Dair, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, S. 1, 2017, s. 55 vd.

¹¹⁷ Bkz. KAYIHAN, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 139.

bugün Türk hukukunda “*asliye ticaret mahkemesinde görülmeyen ticari davalar*” bulunmaktadır. Örneğin; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’ndan¹¹⁸ (SMK) doğan davalar ile herhangi bir ticari işletmeyi ilgilendirmesi kaydıyla FSEK’ten doğan davalar ticari davadır; ancak açık kanuni düzenlemeler sebebiyle (FSEK m. 76, SMK m. 156) bunlar fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görülür. Hatta SMK m. 156/1’de fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye ticaret değil; asliye hukuk mahkemesince bakılacağı öngörülmüştür. Buna ilave olarak TTK m. 4 uyarınca ticari dava sayılan bir davanın taraflarından birinin tüketici olduğu hallerde, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)¹¹⁹ m. 83/2 ve m. 73/1 uyarınca davanın tüketici mahkemesinde görülmesi gerekeceği kabul edilmektedir¹²⁰. Nispi ticari davalar bakımından da benzer durumlara rastlanmaktadır. Örneğin; her iki tarafın ticari işletmesini ilgilendirse ve bu sebeple nispi ticari dava olarak kabul edilse dahi, kira sözleşmesinden doğan ve HMK m. 4/1-a kapsamında kalan uyuşmazlıklarda sulh hukuk mahkemelerinin görevli olduğu yönünde içtihatlar bulunmaktadır¹²¹. Dolayısıyla uygulamada asliye ticaret mahkemesinde görülmeyen ticari davalar bulunmakta ve örneğin tüketici mahkemeleri önlerindeki uyuşmazlığa ticari hükümleri uygulayarak yargılamayı devam ettirmektedir.

Tekrar inceleme konusuna dönülürse TTK m. 5/1’de yer alan “*ak-sine hüküm bulunmadıkça*” ifadesi sebebiyle esasen kanun normları ara-

¹¹⁸ RG. 29944/10.1.2017

¹¹⁹ RG. 28835/28.11.2013.

¹²⁰ BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021, s. 191; KAYAR, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 123-124; KAYIHAN, s. 140. Bu kabul ve ileri sürülen eleştiriler için bkz. ARKAN, s. 119.

¹²¹ Y. 20. HD., E. 2015/14389, K. 2015/12507, T. 10.12.2015: “*Somut olayda davalı şirket ve davacı şirket arasında iş makinası kiralama sözleşmesi imzalanmış, kira bedellerinin ödenmemesi sebebiyle davacı şirketçe ilamsız icra takibi yapılmış, davalı şirket tarafından takibe itiraz edilmiş ve davacı şirketçe itirazın iptali davası açılmıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın 12.09.2013 tarihli iş makinesi kiralama sözleşmesinden kaynaklandığı açıktır. Bu durumda, uyuşmazlığın sulh hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir*”; Y. 17. HD., E. 2013/18628, K. 2014/1801, T. 13.02.2014: “*...kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda TTK.’nun 5. maddesinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Buna göre kira sözleşmesi hükümlerine göre çözümlenecek olan uyuşmazlığın Sulh Hukuk Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir*” (karararama, ET.12.08.2021).

sındaki çelişkinin bizzat kanun koyucu tarafından giderildiği görülmektedir. TTK m. 5/1'de ticari davaların asliye ticaret mahkemelerinde görülmesi kural kabul edilmişse de söz konusu davaların görev yönünden başka mahkemelerde görülebileceği ihtimali de öngörülmüş, madde buna göre formüle edilmiş ve aksi yöndeki hükümler saklı tutulmuştur¹²². İşMK m. 5/1-a'nın gerekçesinde de "böylece iş mahkemeleri, işçi ve işveren arasındaki tüm ihtilafları çözmekle görevlendirilerek tam bir ihtisas mahkemesi olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşımla, işçi ve işveren arasında iş ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda istikrarlı kararların verilmesi sağlanacak, uzmanlık sebebiyle kısa sürede daha güvenilir sonuçlar elde edilecek ve yargı yoluna başvuranların hakları daha iyi korunacaktır" denilmekle, ticari nitelikte olsun veya olmasın, bir ayırım yapılmaksızın tüm işçi ve işveren uyuşmazlıklarının iş mahkemelerinde görülmesinin arzu edildiği açıkça anlaşılmaktadır. Hatta bu hususta 5521 sayılı eİşMK'ye göre iş mahkemelerinin görev alanı genişletilerek daha kararlı bir tutum sergilenmiştir.

Varılan sonuç itibarıyla TBK m. 444 vd. hükümlerinde yer alan rekabet yasağı davalarına iş mahkemeleri bakmakla görevlidir. Mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir (HMK m. 1) ve görev kamu düzenindedir (HMK m. 1/1, c. 1). Görev kuralları, kıyas veya yorum yoluyla genişletilemez¹²³. Bu sebeple İşMK m. 5/1-a'nın lafzı ve gerekçesinde yer alan açıklamalar ile TTK m. 5/1'de yer alan "aksine hüküm olmadıkça" ifadesinin görmezden gelinmesi, kanunilik ilkesine aykırı olur. Görev kurallarının kanunla belirleneceği ilkesi, Anayasa ile teminat altına alınan doğal hâkim ilkesinin bir teminatıdır ve görev kurallarının yorum yoluyla esnetilmesi bahsedilen ilkeyi zedeler¹²⁴.

Son olarak kanun koyucunun tercihinin Alman İş Mahkemeleri Kanunu'nda (*Arbeitsgerichtsgesetz*), iş ilişkisinin sonraki etkisiyle ilgili uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğine dair açık düzenleme ile de uyumlu olduğunu belirtmek gerekir (§ 2/1/3-c). Zira anılan hüküm sebebiyle sözleşmenin sona ermesinden sonraki rekabet yasağı ile ilgili uyuşmazlıklar, Alman hukukunda iş mahkemelerinde görülmektedir¹²⁵.

¹²² Bu hususta bkz. ÇAĞA, Tahir, "Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?" , Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/3, s. 368.

¹²³ YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 1 (1-70), 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 41.

¹²⁴ YILMAZ, s. 38.

¹²⁵ Bu konuda bkz. ÖZKARACA/ÖZKAN KOÇ, s. 99.

4. Mahkemelerin Uzmanlık Alanlarının Etkisi

Öğretide yazarların görüşlerine gerekçe olarak iş mahkemelerinin ve ticaret mahkemelerinin rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uzman olduklarının çeşitli yönlerden ifade edildiği görülmektedir. Gerçekten de rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların belirli yönlerden ticaret mahkemeleri, buna karşılık belirli yönlerden iş mahkemeleri tarafından daha iyi değerlendirileceği düşünülebilir.

Örneğin; TBK m. 444'te rekabet teşkil eden fiiller arasında "*rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girmekten kaçınma*" zikredilmiştir ve öğretide bu hale örnek olarak genellikle bir şirkete ortak olmak veya bir şirkette yönetim kadrosunda yer almak gösterilmektedir¹²⁶. Bu yönden hükmün isabetli şekilde yorumlanabilmesi için ticaret şirketlerinde ve adi şirketlerde yönetim esaslarının, pay sahibi ve ortakların konumunun, yönetime müdahale imkânlarının doğru bir şekilde ortaya konulması ve işçinin faaliyetinin buna göre değerlendirilmesi gerekir. Burada işçinin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen kanun hükümleri ile rekabet yasağı sözleşmelerinin işçi lehine ve dar yorumlanması gerektiği kuralı da dikkate alındığında¹²⁷ konunun ticaret mahkemeleri tarafından daha isabetli şekilde değerlendirileceği açıktır.

Rekabet yasağı kaydı, ancak hizmet ilişkisi işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerlidir. Bu şartların belirlenmesinde önem taşıyan üretim ve işle ilgili bilgilerin "*sır*" niteliği taşıyıp taşımadığı¹²⁸ veya bu niteliği sonradan kaybedip etmediği ve bu anlamda rekabet yasağı sözleşmesinin devam edip etmeyeceği (TTK m. 447/1), ticari sırların belirlenmesi¹²⁹, TTK m. 445/1 anlamında özel durumun olup olmadığının değerlendirilmesinde üst düzey yönetici kavra-

¹²⁶ Konu hakkında görüş ayrılıkları mevcuttur, bkz. KESER, Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasağı", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 24, Aralık 2011, s. 97; TAŞKENT/KABAKÇI, s. 24; AYİTER, s. 471.

¹²⁷ SÜZEK, İş Hukuku, Bs. 349; ayrıca bkz. TAŞKENT/KABAKÇI, s. 23; SCHWAI-BOLD, Matthias, KurzkomentarObligationenrecht, 1. Aufl.,Hrsg: HONSELL, Heinrich, HelbingLichtenhahnVerlag, Basel 2014, Art. 340 N 3.

¹²⁸ TBK m. 444/2'de geçen üretim sırları ve işle ilgili bilgilerin sır niteliği taşıması gerektiği yönüne bkz. SÜZEK, İş Hukuku, s. 350.

¹²⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 328.

mının belirlenmesi¹³⁰, işverenin önemli bir zarara uğrayıp uğramadığının tespitinde önem taşıyan “işverenin rekabet gücünde geriye gidiş”¹³¹ gibi durumların oluşup oluşmadığı, şirketler topluluğuna dâhil bir şirkette çalışan işçi ile kararlaştırılan rekabet yasağı sözleşmesinin kapsamı¹³² ticaret mahkemelerince değerlendirilebilecek hususlardandır. Ancak iş sözleşmesi devam ederken söz konusu olan rekabet yasağı ihlalleri sebebiyle iş mahkemelerinin de bu alanların çoğunda uzmanlaştığı inkâr edilemez. Ayrıca iş sırrı, işçinin rekabet yasağı konularında iş hukukunda uzman bilim insanları tarafından yazılan değerli eserlerin de göz ardı edilmemesi gerekir.

Taraflar arasında bir hizmet sözleşmesinin bulunup bulunmadığı, işçi-işveren sıfatının tespiti, işverenin rekabet yasağının devamında bir yararının kalmadığının belirlenmesinde (TBK m. 447/1) kullanılan bir ölçüt olan işyerinin farklı bir bölgeye taşınması olgusunda “işyeri” kavramının açıklığa kavuşturulması, rekabet yasağına ilişkin kanuni düzenlemelerin ve sözleşme hükümlerinin işçi lehine olacak şekilde yorumlanması¹³³, hizmet sözleşmesinin haklı sebeple feshi hususlarının tespiti de iş mahkemeleri tarafından daha isabetli şekilde belirlenecek konulardır.

Bundan başka, eski işverenin zarara uğramasına neden olan ihlal, TTK m. 56 vd. hükümleri doğrultusunda aynı zamanda işçinin yanında çalıştığı işverenin bir haksız rekabet oluşturan fiili olarak değerlendirildiği takdirde, tazmin için eski işçinin yanında, yeni işverene de başvurulması mümkündür (TBK m.51)¹³⁴; bu durumda sorumluluk müteselsil

¹³⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL, s. 155.

¹³¹ İşçinin edindiği bilgileri kullanılmasının, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikte olup olmadığının tespitinde yararlanılacak ölçütler hakkında bkz. TAŞKENT/KABAKÇI, s.27; SÜZEK, İş Hukuku, s.351; ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, 329.

¹³² TAŞKENT/KABAKÇI, s. 26.

¹³³ SÜZEK, İş Hukuku, s. 349

¹³⁴ TAŞKENT/KABAKÇI, s. 38; SÜZEK, İş Hukuku, s. 355. “Davaya konu somut olayda, davalı şirkete isnat edilen maddi eylem, 6102 S. TTK’nın 54 vd. maddeleri kapsamında yer alan haksız rekabet kurallarının, davacıların eski işçileri olan diğer davalılara isnat olunan eylemin ise 6098 S. TBK’nın 445 vd. da düzenlenen rekabet yasağı kurallarının uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Ticaret mahkemelerinin görev kurallarını düzenleyen 6102 S. TTK’nın 4/1 (a) ve (c) maddesi uyarınca her iki eylem de mutlak ticari davalardan olup, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın ticaret mahkemelerinde görülüp sonuçlandırılacak eylemlerden olduğu halde, mahkemece yanlış gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi

olur¹³⁵. Şüphesiz bu iki davanın birlikte görülmesi de faydalı olur. Anılan durum asliye ticaret mahkemelerinin görevli olmasını haklı gösterir. Buna karşılık, sözleşme öncesinde olduğu gibi, sözleşme sonrasında söz konusu olacak rekabet yasağı ihlalleri bakımından görevli mahkemenin iş mahkemesi olması, uygulama birliğinin ve bu kapsamda hukuki belirliliğin sağlanmasına hizmet edecektir¹³⁶. Bu son hal de iş mahkemelerinin görevli olmasına haklı gerekçe oluşturur.

Mahkemelerin uzmanlık alanı ile ilgili olarak yukarıda belirtilen hususlar dikkate alındığında, rekabet yasağından doğan uyuşmazlıklara belirli yönlerden iş mahkemelerinin belirli yönlerden ise asliye ticaret mahkemelerinin bakmasının daha faydalı olacağı düşünülebilir. Ancak ileri sürülen gerekçeler daha ziyade olması gereken hukuk ve kanunlaştırma faaliyetleri bakımından fayda sağlar. Kanun koyucu, işçi ve işverenin taraf olduğu uyuşmazlıkların, bu uyuşmazlıklar için kurulan mahkemelerde görülmesini arzu etmektedir. Anılan eğilim olması gereken hukuk bakımından isabetli bulunmayabilir. Bununla birlikte olması gereken hukuk ile olan hukuk arasına çizginin çekilmesi gerekir. Aksi yöndeki bir yaklaşım, mahkemelerin “yorum” şapkası altında yasama yetkisini kullanması anlamına gelir ve güçler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil eder. Ayrıca olması gereken hukukun tesisini sağlamak için, olan hukuku doğru yorumlamak ve uygulamak gerekir.

III. REKABET YASAĞI SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA DAVA ŞARTI ARABULUCULUK

Arabuluculuk; Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) m. 2/1-a’ya göre uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuk esas itibarıyla ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak Türk hukukuna girmişse de, daha sonra bazı davalar bakımından, arabulucuya başvurmak dava şartı haline getirilmiştir. Mevcut yasal düzenlemelerde, İşMK m. 3, TKHK m. 73/A ve TTK m. 5/A’da öngörülen şartları taşıyan davaların açılmasından evvel arabulucuya başvurulması gerekir. Aksi halde açılan dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilir (HUAK m. 18/A).

doğru görülmeyip hükmün davacılar yararına bozulması gerekmiştir”. Bkz. Y. 11. HD., E. 2015/15715, K. 2016/150, T. 12.1.2016 (Kazancı, ET. 28.09.2021).

¹³⁵ SÜZEK, İş Hukuku, s. 355.

¹³⁶ Bu konuda bkz. 7036 sayılı İşMK m. 5 gerekçesi.

İş ve ticari dava şartı arabuluculuk uygulaması, özellikle arabulucunun yapılan başvuruyu sonuçlandırma süresi (İşMK m. 3/10, TTK m. 5/A/2), arabuluculuk görüşmelerine katılabilecek kişiler (İşMK m. 3/18), Bakanlık bütçesinden arabulucuya yapılacak ödeme bakımından farklılıklar gösterir. Bu sebeple rekabet yasağı sözleşmesinden doğan davalar bakımından yapılacak dava şartı arabuluculuk başvurularının hangi kapsamda kaldığının belirlenmesi uygulanacak kanun hükümlerinin tespiti bakımından pratik bir önemi haizdir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TTK m. 4/1-c’de rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hakkında açılacak davaların ticari dava olacağı ifade edilmiş ve m. 5’te de ticari davaların prensip olarak asliye ticaret mahkemelerinde görüleceği hükme bağlanmıştır. İşMK m. 5/1-a, görevli mahkeme bakımından TTK m. 5/1’ya istisna getirirse de, bu hükmün TTK m. 4/1-c’yi açıkça ilga ettiği şeklinde bir peşin yargıya varılması mümkün değildir¹³⁷. Çünkü her ne kadar İşMK m. 5/1-a, TTK m. 5/1 açısından aksine hüküm niteliğinde ise de; ticari dava olmaya bağlanan tek sonuç görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olması değildir¹³⁸. Davanın ticari dava vasfı ortadan kalkmayınca, ticari dava olmaya bağlanan diğer sonuçların da olayda uygulanma imkânı bulup bulmayacağına ortaya konulması gerekir ki; bunlardan biri dava şartı arabuluculuğa ilişkin TTK m. 5/A hükmüdür.

Dava şartı arabuluculuk uygulamasının ticari davalar bakımından da uygulanmasına yasal zemin oluşturan bu hüküm, 7155 sayılı “Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun”¹³⁹ m. 20 ile TTK’ye eklenmiştir. TTK m. 5/A’da

¹³⁷ Bu açıdan bazı BAM kararlarında kullanılan “7036 sayılı kanun, yeni ve özel kanun olarak 6102 sayılı TTK’dan sonra yürürlüğe girmiş ve TTK’nın 4/1-c maddesindeki düzenlemenin uygulanma imkânını ortadan kaldırmıştır (İst. BAM13. HD, E. 2021/282, K. 2021/416, 25/03/2021)” veya “7036 sayılı yasa, 6102 sayılı TTK’ dan sonra yürürlüğe girmiş ve TTK’nın 4/1-c maddesindeki düzenlemeyi değiştirmiştir (İst. BAM 32. HD, E. 2020/1232, K. 2021/1033, 24/06/2021) şeklindeki sonuca, salt görevli mahkemenin değişmesinden dolayı, varmak aceleci bir tutumdur.

¹³⁸ Bu kapsamda akla gelen diğer husus TTK m. 4/2’de hükme bağlanan yargılama usulüne ilişkin hükmüdür. Ancak bu çalışmada konu, sadece görevli mahkeme ve dava şartı arabuluculuk bakımından incelenmiştir. Ticari davaya bağlanan tüm sonuçların ortadan kalkması ve bu sebeple TTK m. 4/1-c’nin zımnen ilga edildiği sonucuna varılması, diğer yönlerden de incelemeyi gerektirmektedir. Yaptığımız çalışmanın kapsamı ise bu genellemeyi yapacak genişlikte değildir.

¹³⁹ RG. 30630/19.12.2018.

ticari davalar bakımından “konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. İşMK m. 3/1’de, “kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır” denilmiştir. TBK m. 444 vd. hükümlerine göre cezai şart ve tazminat alacağının talep edilmesi halinde, her iki hükme göre de uyuşmazlık dava şartı arabuluculuğa tâbi olacaktır. Çünkü yukarıda rekabet yasağı sözleşmesinin hizmet sözleşmesi bakımından bir yan edim yükümlülüğü olduğu ve hizmet sözleşmesinin içeriğine dâhil olduğu sonucuna varıldığından, tazminat ve cezai şart alacağının bireysel iş sözleşmesine dayandığı rahatlıkla söylenebilir¹⁴⁰. Benzer şekilde anılan dava bir ticari davaya vücut verecek; bir alacak ve tazminat talebi söz konusu olduğundan ticari dava şartı arabuluculuk hükümlerinin de uygulama alanına girecektir.

Dava şartı arabuluculuk bakımından konu her iki hükmün de uygulama alanına girmekte ve bu sorunu gidermeye yönelik bir kanun hükmü (“aksine hüküm olmadıkça”, “...hükümleri uygulanmaz” gibi), TTK m. 5/1’den farklı olarak burada bulunmamaktadır. Tıpkı görevli mahkemenin belirlenmesinde de olduğu gibi, rekabet yasağından doğan uyuşmazlıkların iş dava şartına mı, yoksa ticari dava şartına mı tâbi olduğu konusunda öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüş iş dava şartına tâbi olacağı yönündeyken¹⁴¹; diğer görüş ticari dava şartına tâbi olacağı şeklindedir¹⁴².

TTK m. 5/A’da konusu alacak ve tazminat talebi olan “tüm ticari davalar” arabuluculuğa tâbi tutulmuştur ve bu düzenleme sonraki tarihidir. Oysa İşMK m. 3 hükmünde iş sözleşmeleri özelinde düzenleme yapılmıştır ve bahsedilen düzenleme ticari davalardan rekabet yasağı

¹⁴⁰ Aynı yönde bkz. ÖZKARACA/ÜNAL, s. 21; İş Mahkemeleri Kanunu henüz tasarı halindeyken ileri sürülen aksi görüş için bkz. SARIKAYA, s. 1124, dipnot 10. Hizmet sözleşmesinden doğan alacak ve tazminat taleplerinin İşMK m. 3/1’in kapsamına girdiği yönünde bkz. ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, “7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler”, Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine” Toplantısı (23 Aralık 2017), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 95-96.

¹⁴¹ ÖZKARACA/ÜNAL, s. 21; ÖZEKES/ATALI/EKMEKÇİ/SEVEN, s. 207, karş. s. 305.

¹⁴² EMİNOĞLU (ERDOĞAN), s. 404; UYSAL TUNA, Büşra, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, Seçkin, Ankara 2019, s. 127; DOĞAN, Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 175.

sözleşmeleri olmak üzere yalnızca birine şamil olup önceki tarihtir. TTK m. 5/A ile daha sonraki bir tarihte tüm ticari davaları kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemenin yürürlüğe girdiği sırada ticari dava sayılan rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davalar, iş dava şartı arabuluculuk uygulamasına tâbidir. Şu halde ticari davalar bakımından daha genel bir düzenleme getiren TTK m. 5/A'nın amacına bakılmalı ve kanun koyucunun rekabet yasağı sözleşmelerini iş dava şartından çıkarma yönünde bir iradesinin olup olmadığı ortaya konulmalıdır.

İşMK m. 3/1 hükmünün gerekçesinde, *“Bu çerçevede 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenen “Hizmet Sözleşmeleri” (genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmesi ve evde hizmet sözleşmesi) kapsamında kalan işçi ve işveren arasındaki alacak ve tazminat talepleri için de arabulucuya başvuru zorunluluğu bir dava şartı olarak kabul edildiğinden Kanun’un 5 inci maddesi bu tür uyuşmazlıkları iş mahkemelerinin görevine dâhil etmektedir”* denilmiştir. Gerekçede, kanun koyucunun aslında hizmet sözleşmelerinden (-dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmelerinden-) doğan uyuşmazlıkları iş dava şartına tâbi kabul ettiği için söz konusu davaları iş mahkemelerinin görev alanına aldığı görülmektedir.

7155 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde *“7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunuyla işçi ve işveren uyuşmazlıkları bakımından kabul edilen ve 1 Ocak 2018 tarihinden bugüne kadar uygulanan “dava şartı olarak arabuluculuk” kurumunun uygulamada sağladığı başarı ve fayda göz önünde bulundurularak bu kurumun ticari uyuşmazlıklara da teşmil edilmesi yönünde düzenlemeler yapılmaktadır”* ifadelerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, TTK m. 5/A ile esasen arabuluculuk uygulamalarının genişletilmesi amaçlanmıştır. Bu sebeple zaten 01.01.2018 tarihinden beri (İşMK m. 38/3) iş dava şartı arabuluculuğuna tâbi tutulan ve hatta bu sebeple iş mahkemelerinin görev alanına taşındığı belirtilen rekabet yasağı sözleşmelerinin tekrar ticari dava şartına tâbi tutulması yönünde bir iradeye gerekçeden ulaşılamamaktadır. Dolayısıyla rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan alacak ve tazminat talebine dayanan uyuşmazlıklar iş dava şartı kapsamında değerlendirilecektir. İşverenin rekabet yasağına aykırı davranışa son verilmesi talebi (TBK m. 446/3) ise bir tazminat veya alacağa ilişkin olmadığından dava şartı arabuluculuğa tâbi olmayacaktır¹⁴³.

SONUÇ

TBK m. 444-447 hükümleri arasında hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmesi düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler ile işçi belirli bir süre için, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten kaçınmayı üstlenir. Uygulamada sıklıkla rastlanan bu sözleşmeler dolayısıyla çok sayıda uyuşmazlık yargı önüne taşınmakta; ancak bu uyuşmazlıklar bakımından görevli mahkemenin iş mahkemesi mi olduğu yoksa asliye ticaret mahkemesi mi olduğu konusunda hem öğretilerde hem de yargı kararlarında fikir ve içtihat ayrılıkları bulunmaktadır. 7036 sayılı İşMK m. 5/1-a'nın yürürlüğe girmesinden önce yargı kararlarındaki eğilim 6102 TTK m. 4/1-c ve 5/1 uyarınca görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemeleri olduğu yönündeydi. Ancak 7036 sayılı İşMK m. 5/1-a'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte Yargıtay 9. HD. istikrar kazanmış önceki içtihadından dönerek bu davalarda iş mahkemelerinin görevli olduğu yönünde karar vermiştir. Ayrıca İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 13., 32. ve 43. Hukuk Daireleri ile bazı ilk derece mahkemelerinin kararları da bu doğrultuda olmuştur.

TTK m. 4/1-c'de TBK'nin rekabet yasağına ilişkin 444-447. maddelerinde öngörülen hususlardan doğan hukuk davalarının ticari dava olacağı öngörülmüş ve aynı Kanun'un 5/1 düzenlemesinde aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın tüm ticari davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceği ifade edilmiştir. Bu çerçevede hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmelerinin, TTK m. 4/1-c kapsamına girdiğine şüphe yoktur. İşMK m. 5/1-a'da ise, hizmet sözleşmelerine tâbi işçiler ile işveren veya işveren vekilleri arasında, iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden veya kanundan doğan her türlü hukuk uyuşmazlıklarına iş mahkemelerince bakılacağı belirtilmiştir. Rekabet yasağı sözleşmelerinin İşMK m. 5/1-a'nın kapsamına girebilmesi için bundan doğan uyuşmazlığın "*iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık*" olarak nitelendirilmesi ve taraflarının "*işçi ve işveren*" olması gerekir.

Rekabet yasağı sözleşmeleri, kanundan veya sözleşmeden doğabilir. Sözleşmeden doğanlar, bir başka sözleşme ile (satış, kira, hizmet vs.) bağlantılı olarak "*yan rekabet yasağı sözleşmesi*" veya bağımsız olarak "*asli rekabet yasağı sözleşmesi*" şeklinde imzalanabilir. Hizmet sözleşmesi sonrası rekabet yasağı sözleşmeleri bağımsız değil; yan rekabet yasağı sözleşmesi mahiyetindedir. Rekabet etmeme yükümlülüğü, hizmet sözleş-

mesinde yan edim yükümlülüğü niteliğindedir; hizmet sözleşmesinin içeriğine dâhildir ve onun bir parçasını oluşturur. Bu nedenle rekabet yasağından doğan bir uyumsuzluk, İŞMK m. 5/1-a anlamında “iş ilişkisi nedeniyle sözleşmeden doğan bir uyumsuzluk” şartını yerine getirir.

Rekabet yasağı sözleşmeleri ile hizmet sözleşmeleri arasında yakın ilişki bulunur. TBK m. 444 vd.’nda yer alan hükümler sadece bir hizmet sözleşmesi ile bağlantılı olarak imzalanan rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanır. Satış, kira gibi diğer bir sözleşme ile bağlantılı olarak akdedilen veya bağımsız nitelikteki rekabet yasağı sözleşmelerine uygulanmaz. İki sözleşme arasındaki ilişkinin yakınlığı TBK m. 444 vd. hükümleri incelendiğinde, rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerliliği, sona ermesi gibi çeşitli yönlerden de görülmektedir. Rekabet yasağı sözleşmesinin, hizmet sözleşmesinin bitmesinden sonra hüküm ve sonuç doğurması ile sistematik açıdan TBK’de hizmet sözleşmesi içerisinde yer alması da iki sözleşme arasındaki bağlantıyı ortaya koymaktadır.

Sözleşmeden doğan rekabet yasakları, tarafların ihtiyacına göre, başka bir sözleşme için yürütülen görüşmeler safhasına veya sözleşmenin devam ettiği süreye veyahut sözleşmenin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olabilir. İş sözleşmesi devam ederken zaten işçi rekabet yasağı altındadır. Bu sebeple TBK m. 444-447’de düzenlenen rekabet yasağı sözleşmeleri işverenin sözleşme sonrası menfaatlerini korumak amacıyla yapılır. Dolayısıyla hizmet sözleşmesinden sonra hüküm ve sonuç doğurması, onun hizmet sözleşmesine bağlı olmadığını göstermez, bu görüşe gerekçe olamaz. Aksi halde TBK m. 396/4’te öngörülen sözleşme sonrası sır saklama yükümlülüğünün de, sırf iş sözleşmesi sona erdiği dönemde ifa edilmesi gerektiği için iş sözleşmesinin içeriğine dâhil olmadığı kabulü gerekir.

Rekabet yasağı sözleşmenin kurulduğu anda, sözleşmenin bir tarafını hizmet sözleşmesine dayalı olarak çalışan işçi oluşturmakta, diğer tarafta da hizmet sözleşmesinin öteki tarafı olan işveren bulunmaktadır. Rekabet yasağı sözleşmesi, hizmet sözleşmesinin bir parçası olduğuna göre bu sonuca varılması gerekir. Rekabet yasağı sözleşmelerinin hizmet sözleşmesinin bitiminden itibaren hüküm ve sonuç doğuracak olması, anılan sözleşmenin tüm yönleriyle bu tarihte değerlendirileceği veya öncesinde rekabet yasağı sözleşmesinin hiç mevcut olmadığı anlamına da gelmez. Hizmet sözleşmesinin sona ermesi, işçinin rekabet etmeme borcununun doğması bakımından bir “etkinlik unsuru”dur. Rekabet yasağı sözleşmesi, daha önceki bir vakitte kurulmuştur; ancak hükümleri askı-

dadır. Dolayısıyla bu sözleşmeler İşMK m. 5/1-a'da aranan, tarafların işçi ve işveren olması şartını da sağlamaktadır.

Görüldüğü üzere, İşMK m. 5/1-a hizmet sözleşmesinden doğan rekabet yasağı sözleşmelerini kapsamına almaktadır. Bu yönüyle TTK m. 5/1 bakımından aksine hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla TBK m. 444 vd.'nda düzenlenen rekabet yasağı sözleşmelerinden doğan davaların iş mahkemelerinde görülmesi gerekir. Mahkemelerin uzmanlık alanlarına ilişkin olarak ileri sürülen gerekçeler bir taraftan iş mahkemelerinin, diğer taraftan asliye ticaret mahkemelerinin davaya bakmakla görevli olması gerektiğini haklı gösterecek mahiyettedir ve daha çok olması gereken hukuk bakımından kanunlaştırma faaliyetlerinde yararlı olacak niteliktedir. Dava şartı arabuluculuk bakımından da, rekabet yasağı sözleşmelerine dayanan tazminat ve alacak talepleri için iş dava şartı hükümlerinin (İşMK m. 3) uygulanması gerekir.

KAYNAKLAR

- ABEGG, Andreas, Präjudizienbuch OR, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875-2015), 9. Aufl., Hrsg: GAUCH, Peter/AEPLI, Viktor/STÖCKLI, Hubert, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016.
- AKİPEK, Şebnem, "Tamamlayıcı Olgunun Hukukî İşleme Etkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 44, S. 1, 1995, s. 270-271.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, Seçkin, Ankara 2021.
- ALPAGUT, Gülsevil, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1-79.
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 25. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Yayınları, Ankara 2019.
- AYDINLI, İbrahim, İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

- AYİTER, Nuşin, "Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi", Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara 1958, s. 463-479.
- BASKAN, Ş. Esra, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Rekabet Yasası Sözleşmesi", Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2012, s. 116-125.
- BAŞBUĞ, Aydın/YÜCEL BODUR, Mehtap, İş Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2018.
- BAŞTÜRK, Faruk, "Rekabet Yasası Sözleşmesinde Görevli Mahkemeye İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2011, s. 1539-1556.
- BAYCIK, Gaye, "İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2016, s. 1-355.
- BECKER, Hermann, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551 OR), Stämpfli Verlag, Bern 1934.
- BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1971.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Dora Yayınları, Bursa 2016.
- BOZER, Ali/GÖLE, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2021.
- BOZKURT, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2019.
- BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, Ticari Dava, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- BÖRÜ, Levent/KOÇYİĞİT, İlker, Ticari Dava, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- CAN, Mehmet Çelebi/KAŞAK, Fahri Erdem, "Ticari Borçlara Kefalet Halinde Teselsül Karinesinin (TTK m. 7), Müteselsil Kefil Sifatının El Yazısıyla Belirlenmesini Arayan TBK m. 583 Hükmü Karşısında Uygulanabilirliği", Terazi Hukuk Dergisi, C. 15, S. 162, 2020, s. 266-277.
- COTTI, Lukas, Das vertragliche Konkurrenzverbot, Voraussetzungen, Wirkungen, Schranken, Universitätsverlag Freiburg, Schweiz 2001.

- ÇAĞA, Tahir, "Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder mi?" , Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1991/3, s. 366-375.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, Beta, İstanbul 2020.
- DELİDUMAN, Seyithan/ORUÇ, Yakup, "Ticari Davalar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 99-110.
- DOĞAN, Sevil, İşçinin Rekabet Yasağı İş Sırrının Korunması, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.
- DOMANIÇ, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Cilt: I, Fatih Gençlik Vakfı Matbaası, İstanbul 1988.
- EKMEKÇİ, Ömer, "Maddi İş Hukuku Yönünden 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu", Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine, Editör: Ömer Ekmekçi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 5-38.
- EKMEKÇİ, Ömer/ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat/SEVEN, Vural, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş hukuku Dersleri, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- EMİNOĞLU, Cafer/ERDOĞAN, Ersin, Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- EMMEL, Frank, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft Art. 319-529 OR, 3. Aufl., Herausgeber: HUGUENIN, Claire/MÜLLER-CHEN, Markus, Verlag Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2016.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017 (Özel).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Yetkin, Ankara 2017 (Genel).
- FURRER, Andreas/MÜLLER-CHEN, Markus/ÇETİNER, Bilgehan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- HAEFLIGER, Arthur, Das Konkurrenzverbot im neuen schweizerischen Arbeitsvertragsrecht, Stämpfli Verlag, Bern 1974.

- HAUSHEER Heinz/JAUN, Manuel, Die Einleitungsartikel des ZGB, Stämpflis Handkommentar, Art. 1-10 ZGB, Stämpfli Verlag AG, Bern 2003.
- HEEB, David, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot nach Art. 340-340c OR, Eine Untersuchung über Sinn und Gehalt des nachvertraglichen Konkurrenzverbotes unter Berücksichtigung von Abgrenzungsfragen und der Durchsetzung eines Unterlassungsanspruchs nach der ZPO, Stämpfli Verlag AG, Bern 2016.
- KAR, Bektaş, İş Yargılaması Usulü, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- KARAGÖZ, Veli, "Rekabet Yasası Sözleşmesinde Cezai Şart (Karar İncelemesi)", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, Y. 2009, s. 193-216.
- KARAYALÇIN, Yaşar, Ticaret hukuku I. Giriş-Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.
- KAŞAK, Fahri Erdem, "Roma Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Türk Hukukunda Şart (Koşul, *Conditio*)", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2019, s. 548-562.
- KAYA, Arslan (ÜLGEN, Hüseyin/HELVACI, Mehmet/NOMER ERTAN, N. Füsün), Ticari İşletme Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019.
- KAYAR, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin, 11. Baskı, Ankara 2018.
- KAYIHAN, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, Seçkin, 6. Baskı, Ankara 2019.
- KESER, Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Rekabet Yasası", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 24, Aralık 2011, s. 88-106.
- KIRCA, İsmail, "Nişpi Ticari Davaya Dair", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, S. 1, 2017, s. 55-61.
- KOÇYİĞİT, İlker/YEŞİLKAYA, İzzet, Ticari Davalarda İş Uyuşmazlıklarında Tüketici Mahkemelerinde Dava Şartı Arabuluculuk Uygulamaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- KORTAŞ, Arda, Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasası Sözleşmesi, Seçkin, Ankara 2021.
- KÖME AKPULAT, Ayşe, İş Mahkemelerinde Yargılamanın Özellikleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- KURT KONCA, Nesibe, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 4, S. 15, 2013, s. 79-125.

- KUTTLER, Alfred, Vertragliche Konkurrenzverbote, Helbing&Lichtenhahn, Basel 1955.
- LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts Band I: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., C.H.BECK., München 1987.
- MANAV ÖZDEMİR, Eda, "İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 87, 2010, s. 322-364.
- MILANI, Dominik, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 3. Aufl., Hrsg: KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER Roland, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2016.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin/BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2018.
- MUTLAY, Faruk Barış/IŞIK, Melih, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Uyarınca Görev", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 68, S. 3, 2019, 565-634.
- MÜLLER, Roland/ZÜND, David, "Die Durchsetzung von Konkurrenzverboten im Arbeitsrecht", Aktuelle Juristische Praxis, 2012/12, s. 1781-1792.
- NEERACHER, Christoph, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zürcher Kommentar, Das arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot, Stämpfli Verlag, Bern 2001.
- ÖZEKES, Muhammet/ATALI, Murat, "7036 Sayılı Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine Eleştiri, Değerlendirme ve Öneriler", Yeni İş Mahkemeleri Kanunu Üzerine" Toplantısı (23 Aralık 2017), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 41-122.
- ÖZKARACA, Ercüment, "Genel Görüşme", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, On İki Levha Yayıncılık, Ankara 2017, s. 370-373 (Genel Görüşme).
- ÖZKARACA, Ercüment, "Rekabet Yasağı Sözleşmesinde Karşı Edim", Prof. Dr. Turhan Esener, III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin, Ankara 2021, s. 341-367 (Karşı Edim).

- ÖZKARACA, Ercüment/ÖZKAN KOÇ, Sema Deniz, "Rekabet Yasası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 45, Y. 2021, s. 75-105.
- ÖZKARACA, Ercüment/ÜNAL, Canan, "Dava Şartı Olarak Arabuluculuk Hükümlerinin Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından Uygulanması", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 42, 2019, s. 16-41.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 18. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.
- PORTMANN, Wolfgang/RUDOLPH, Roger, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Hrsg: WIDMER LÜCHINGER, Corinne/OSER, David, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020.
- RÄBER, Joe, Das nachvertragliche Konkurrenzverbot im Arbeitsvertrag de lege lata und de lege ferenda, Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2020.
- REHBINDER, Manfred/STÖCKLI, Jean-Fritz, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Aufl., Hrsg: HAUSHEER, Heinz/WALTER, Hans Peter, Verlag Stämpfli Verlag AG, Bern 2014.
- SARIKAYA, Sinan, "İşçinin Rekabet Yasası Sözleşmesinden Kaynaklı Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu", Legal Hukuk Dergisi, C. 15, S. 171, 2017, s. 1121-1145.
- SCHWAIBOLD, Matthias, Kurzkomentar Obligationenrecht, 1. Aufl., Hrsg: HONSELL, Heinrich, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2014.
- SİRMEN, A. Lâle, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1992.
- SOYER, Polat, "Rekabet Yasası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu Nihayet (Fakat "Şimdilik") Çözümledi - Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun İki Farklı Kararı Hakkında Not-", Yıldırım Uler'e Armağan, Editör: ERDAL, Muhammed, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa 2014, s. 473-501 (Rekabet).
- SOYER, Polat, "Yeni" İş Mahkemeleri Kanunu Karşısında Rekabet Yasası Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda Görevli Mahkeme Sorunu", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C. 15, S. 60, 2018, s. 1259-1271 (Yeni).

- STAEHELIN, Adrian, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag: Art. 330b-355 OR, Art. 361-362 OR, 4. Aufl., Hrsg: SCHMID, Jörg, Zürich 2014.
- STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Schulthess Juristische Medien, Zürich 2012.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin, Ankara 2020.
- SÜZEK, Sarper, "Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İşçinin Rekabet Etmeme Borcu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXII, S. 2, 2014, s. 457-467 (Yeni).
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, Beta, 20. Baskı, İstanbul 2020 (İş Hukuku).
- ŞAHLANAN, Fevzi, "Rekabet Yasağı Sözleşmelerinde Görevli Mahkeme", Tekstil İşveren Dergisi, Hukuk 102, 2016, s. 2-8.
- ŞENER, Oruç Hami, Ticari Uyuşmazlıklarda Ticaret Mahkemelerinin Görev Alanı ve Yetki Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- TAŞDELEN, Nihat, Ticari Uyuşmazlıkların Çözümünde Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Arabuluculuk, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- TAŞKENT, Savaş/KABAKÇI, Mahmut, "Rekabet Yasağı Sözleşmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık, Y. 4, S. 16, 2009, s. 21-46.
- UŞAN, Fatih, İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı, Seçkin, Ankara 2003.
- UŞAN, Fatih/ERDOĞAN, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Seçkin, Ankara 2020.
- UYSAI TUNA, Büşra, İş Hukukunda Rekabet Yasağı Sözleşmeleri, Seçkin, Ankara 2019.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 15. Bası, Beta, İstanbul 2018.
- YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 1 (1-70), 3. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- ZENGİN, İbrahim Çağrı, "Pazarlamacının -ve İşçinin- Taraf Olduğu Rekabet Yasağı Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Görevli Mahkeme- 7036 Sayılı (Yeni) İş Mahkemeleri Kanunu Bakımından Değerlendirme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 75, S. 2, Y. 2017, s. 791-812.

emsal.uyap:

<http://emsal.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>.

Karararama:

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>.

Kazancı: <https://www.kazanci.com.tr/>.

CUMHURBAŞKANI KARARLARININ YARGISAL DENETİMİ

Arş. Gör. Yücel ÖZDEMİR*

Öz

Cumhurbaşkanının bireysel nitelikteki işlemlerini ifade eden Cumhurbaşkanlığı kararları, yargısal denetim açısından birçok sorunla karşı karşıyadır. Bu sorunlar arasında Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle Cumhurbaşkanlığı kararları arasındaki ilişki ve Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemleriyle bireysel işlemleri arasındaki geçişkenlik öne çıkmaktadır. Yeni hükümet sisteminden sonra Cumhurbaşkanlığı kararları daha da önem kazanmıştır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararlarının teorik ve pratik sorunlarını ve Anayasal düzenlemesini ele almak gerekir. Çalışmada Cumhurbaşkanlığı kararlarının hukuki niteliği ortaya konulmuş, Cumhurbaşkanının diğer işlemleriyle karşılaştırması yapılmıştır. Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin öncesi ve sonrası değerlendirilmiş, Cumhurbaşkanlığı kararlarının geldiği nokta bu kapsamda ele alınmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararlarının yargısal denetiminde mevcut durum tartışılmış, ortaya çıkabilecek sorunlara dikkat çekilmiştir. Yargısal denetimi kolaylaştıracak olan hukuki dolgu-lara işaret edilerek belirli önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler

Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi • Cumhurbaşkanlığı Kararı • Yargısal Denetim •
Düzenleyici İdari İşlem • Bireysel İdari İşlem

* Arş. Gör., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Research Asst., KTO Karatay University, Faculty of Law, Department of General Public Law, Konya, Turkey.

✉ yucel.ozdemir@karatay.edu.tr • ORCID 0000-0003-2046-5158

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZDEMİR Yücel, "Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Yargısal Denetimi", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3211-3256.

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

JUDICIAL REVIEW OF THE PRESIDENT'S EXECUTIVE ORDERS

Abstract

The President's Executive Orders expressing their individual action face many problems in terms of judicial review. Some of these problems' relationship between Presidential Decrees and President's Executive Orders and pass-through between these actions. After the new government system, President's Executive Orders became even more important. Therefore, it is necessary to address the theoretical and practical problems and Constitutional arrangements of The President's Executive Orders. In this study, the legal nature of The President's Executive Orders has been revealed. The President's Executive Orders are compared with other President's administrative act. President's administrative act were evaluated with before and after. The current situation of The President's Executive Orders is dealt with in this context. The current situation is discussed in the judicial review of The President's Executive Orders. Attention has been drawn to possible problems. Legal regulations that will facilitate judicial review have been pointed out and suggestions were made.

Key Words

Presidential Decree • The President's Executive Orders • Judicial Review • Regulatory Administrative Act • Individual Administrative Act

I. GİRİŞ

Cumhurbaşkanı kararlarının niteliklerine ve yargısal denetimlerine dair inceleme yapmak, hukuki süreç açısından birçok sürprize açık olan Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin işleyişi içinde kolay gözükmemektedir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleriyle ilgili Anayasada ayrıntılı hükümler olmasına rağmen Cumhurbaşkanı kararları için aynı şey söylenemez. Genel bir tanım yapmak gerekirse Cumhurbaşkanı kararları Cumhurbaşkanının yaptığı özel, somut nitelikte bireysel idari işlemlerdir. Başka bir ifadeyle Cumhurbaşkanı kararları, kararname, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlem türünde olmayan bireysel nitelikteki işlemlerdir. En azından öyle olması gerekir. Ancak bugün yayımlanan Cumhurbaşkanlığı kararlarının arasında bireysel nitelikte olmayan işlemler de vardır. Sorun da buradan başlamaktadır.

Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimini ortaya koymak için öncelikle Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ara-

sındaki nitelik farkı ortaya konulmalıdır. Çünkü Anayasada 2017 değişikliklerinden sonra bu farkı belirginleştirecek açık hükümler olmadığı için yargısal denetim aşamasında görev sorunları oluşabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine Anayasayla özel bir statü ve yargısal denetim usulü öngörölmüş olmasına rağmen işlemin adının kararname olması Cumhurbaşkanlığı kararı niteliğinde bir kararname olmasının önüne geçmeyecektir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında Cumhurbaşkanlığı kararı niteliğinde kararlar alınması muhtemeldir. Bu ise görevli yargı yerinin Anayasa Mahkemesi mi yoksa Danıştay mı olacağı sorunu ortaya çıkaracaktır.

Yargısal denetimde oluşabilecek görev sorunlarının çözümüyle ilgili doğrudan bir yargısal karara araştırma kapsamında rastlanılmadığı için teorik bir incelemede bulunmak, Cumhurbaşkanlığı kararlarının bugünkü statüsünü anlamak ve bunun türleri üzerinde durmak gerekir. Cumhurbaşkanlığı kararlarının bu kadar önem kazanmasının nedeni yeni hükümet sisteminde yürütmenin tek başlı hâle gelmesi olduğuna göre, parlamenter sistemin öngördüğü eski uygulamaların, örneğin Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin ve eski Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin akıbetinin ne olduğuna da değinmek yerinde olacaktır. Çünkü yürütmede tek başlılığın Cumhurbaşkanına sağladığı normal bir başkanlık sistemini aşan nitelikteki avantajlar vardır ve bunlar orantısız bir şekilde tanındığı için, parlamenter sistemin yerleşmiş kurumlarının aksine birbirine geçmiş ve nitelik saptamasında zorluklar yaşatacak yetkiler getirilmiştir. Bu yetkilerin önceki sistemdeki görünümünün ne olduğuna bakmak sorunu anlamakta faydalı olacaktır.

Cumhurbaşkanlığı kararlarının nitelik saptamasında ve dolayısıyla yargısal denetim aşamasında bireysel işlem-düzenleyici işlem ayrımı önem kazanmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri esasen asli düzenleyici nitelikte işlemler olmalıdır. Cumhurbaşkanlığı kararlarının ise idari işlem teorisi açısından bireysel nitelikte, yani tali olması beklenir. Ancak uygulamada ve mevzuatta Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin bireysel işlem yapmaya müsait

olmasının yanında Cumhurbaşkanı kararları da düzenleyici işlem şeklinde yapılabilmektedir. Kavramsallaştırmaya uymayan bu durum, yargısal denetim aşamasında da sorunlar olacağına habercisidir.

Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetiminin sorunlarını ortaya koyarken kaynağa inebilmek için Cumhurbaşkanı kararlarının kavramsal incelemesini yapmak, farklarını ortaya koymak ve hukuki niteliğinin çerçevesini çizmek gerekli görülmüştür. Bu kapsamda genel olarak Cumhurbaşkanı kararlarının Cumhurbaşkanının işlemleri arasındaki yeri gösterilerek Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle arasında nasıl bir fark olduğuna bakılmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal süreci bir kenara ayrılarak Cumhurbaşkanı kararları da dahil olmak üzere Cumhurbaşkanının diğer işlemlerinin idari yargıya tabi olması gerektiği ortaya konulmuştur. Çalışmanın son kısmında işlemin düzenleyici nitelikte bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi mi, bireysel nitelikte bir Cumhurbaşkanı kararı mı olduğu noktasında ortaya çıkabilecek sorunlara ilişkin doktrinde yapılan tartışmalara yer verilmiştir.

I. CUMHURBAŞKANININ İŞLEMLERİ

21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la birlikte Türkiye'de hükümet sistemi değişmiştir. Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi¹ denilen bu sistem, Anayasal olarak bazı kurumları kaldırırken, yerine bazı yeni kurumlar getirmiştir. En önemli değişiklik ise bu sistemle parlamenter rejimden çıkılmış, başkanlık rejimine geçil-

¹ TURAN, A. Menaf, "Türkiye'nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", Social Sciences Research Journal, C. 7, S. 3, Y. 2018, s. 42.

miş² ve Cumhurbaşkanının yönetimde ve kural koymada daha geniş yetkilerle donatılmış olmasıdır³.

Yeni sistemde Bakanlar Kurulunun kaldırılmasının doğal sonucu olarak Bakanlar Kuruluna tanınan kanun hükmünde kararname ve tüzük çıkarma yetkileri Anayasadan çıkarılmıştır⁴. Cumhurbaşkanının karar ve kararname yetkileri ise oldukça genişlemiştir. Esasen bu durum, yetki genişlemesine paralel olarak Cumhurbaşkanının eskiden yürütmenin sorumlu kanadını oluşturan Bakanlar Kurulunun yetkileriyle birlikte sorumluluğunu da üstlenmesi ile ilgilidir.

Cumhurbaşkanının görev ve yetki alanının genişlemesi, yapacağı işlemlerin tür, nitelik, kapsam ve yargısal denetimleri konusunda değerlendirmelerin önem kazanmasına neden olmuştur. Yeni sistemden önce de Bakanlar Kurulunun varlığına rağmen Cumhurbaşkanının sahip olduğu görev ve yetkiler klasik bir parlamenter sisteme göre olması gerekenden fazlaydı. Dolayısıyla geçmiş dönemde de Cumhurbaşkanının kullandığı atama ve kararname çıkarma gibi yetkiler önemli inceleme konuları olmuştur. Ancak Cumhurbaşkanının yürütmede tek söz sahibi olması ve işlemlerine karşı farklı yargısal denetim yolları belirlenmesiyle birlikte Cumhurbaşkanı işlemlerinin önemi daha da artmıştır⁵.

“Cumhurbaşkanının işlemleri” Türk hukukunda yeni sistemden önce bilinen bir kavram olsa da yaygın olarak kullanıldığı söylenemez. Bu durumu parlamenter sistemler için normal karşılanmıştır. Ancak değişen hükümet sistemiyle birlikte Cumhurbaş-

² Bu konudaki tartışmalar için bkz. GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi Yoksa Neverland Sistemi mi?”, Bursa Barosu Dergisi, C. 42, S. 99, Y. 2017, s. 53.

³ Yeni sistem birçok eleştirilere konu olmuş, daha taslak aşamasındayken örnek alındığı ABD’deki sistemi yozlaştıran “seçilmiş bir padişahlık rejimi” olarak adlandırılmıştır. TÜRK, Hikmet Sami, Nasıl Bir Anayasa Değişikliği?, Ankara, 2014, s. 444.

⁴ ÜLGEN, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2018, s. 4.

⁵ İBA, Şeref/ SÖYLER, Yasin, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 197.

kanunun işlemleri kavramını daha çok kullanmaya ihtiyaç vardır. Dolayısıyla bu kavramın açıklanması gerekmektedir⁶.

A. CUMHURBAŞKANI İŞLEMLERİNİN ÇEŞİTLERİ

Cumhurbaşkanının işlemleri düzenleyici işlemler ve bireysel işlemler olarak iki türe ayrılır. Bu işlemler arasındaki ayrım işlemin şekline değil içeriğine bakılarak yapılır. İşlemin Resmî Gazete’de yayınlanırken karar ya da kararname şeklinde düzenlenmesi de önem arz etmez. Önemli olan içeriktir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının genel, kişilik dışı, objektif, sürekli ve bir kez uygulanmakla tükenmeyen durumlara ilişkin işlemleri düzenleyici işlem olarak adlandırılırken; belli bir kişiye veya belli bir duruma ilişkin işlemleri ise bireysel işlemler olarak tanımlanmaktadır. Cumhurbaşkanı, düzenleyici işlemleriyle kural koyarken bireysel işlemleriyle belli bir kişi veya olaya ilişkin iradesini açıklar⁷.

Cumhurbaşkanının işlemlerinin hukuki niteliği yargısal denetimlerinin de hangi makamlar tarafından ve ne şekilde yapılacağını belirleyecektir⁸. Uygulamada Cumhurbaşkanının belirtilen işlemlerine karşı yargısal içtihatlar henüz gelişmediği için bu durum daha da önem arz etmektedir.

1. Cumhurbaşkanının Düzenleyici İşlemleri

“Düzenleme”, kural koymak anlamına gelmektedir. Düzenleyici işlem yapabilme yetkisi ise, birinci derecede yasama organına verilmiştir⁹. Günümüz modern hukuk devletlerinde kural koyma yetkisinin asıl sahibinin yasama organı olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte pratik bazı ihtiyaçlardan dolayı yürüt-

⁶ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Bursa, 2019, s. 340.

⁷ GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, 2018, s. 801.

⁸ ARDIÇOĞLU, M. Artuk, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 29; BOZTEPE, Mehmet, “2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin hukuki Rejimi”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. V, S. 1, Y. 2018, s. 26.

⁹ ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004, s. 426.

me organı da böyle bir yetki kullanmaktadır¹⁰. Yürütme organının tek unsuru hâline gelen Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemleri, Anayasada gösterilen esaslar çerçevesinde düzenleme yetkisinin asıl sahibinin yasama organı olması kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir¹¹.

Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri ve Cumhurbaşkanının diğer düzenleyici işlemleri olarak üçe ayrılır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı yönetmeliği önemine binaen Anayasada doğrudan düzenlenmiştir¹².

Cumhurbaşkanlığı kararnamesi yeni sistemden önce bu adla ilk defa 1982 Anayasasının mülga 107. maddesinde öngörülmüş ve bu hâliyle Cumhurbaşkanına yardımcı idari bir teşkilat olan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş, teşkilat ve çalışma esaslarını, personel atama işlemlerini düzenleyecek anayasal bir kurum olarak belirlenmiştir¹³. Buna göre Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş, teşkilat ve çalışma esaslarının, personel atama işlemlerinin ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenebileceği, bu alanda kanuni düzenleme yapılırsa yetki gaspı teşkil edebileceği ve kanunlarla Cumhurbaşkanlığı karar-

¹⁰ YENİAY, Lokman/ YENİAY, Gülten, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 107.

¹¹ Cumhurbaşkanının Anayasa değişiklikleri sonrasında asli düzenleme yetkisine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Asli düzenleme yetkisini kabul edenlerin yanı sıra değişiklik sonrasında dahi asli düzenleme yetkisinin olmadığını ifade edenler olduğu gibi varlığını kabul edip dar yorumlanması gerektiği belirtenler bulunmaktadır. EROL, Ömer Faruk, "Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi", Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 68.

¹² GÖZLER, s. 346. (İdare)

¹³ "Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir." Anayasa Mülga 107. md.

namesi arasında bir çatışma çıktığında bunun konu bakımından yetki kuralları üzerinden çözülmesi gerektiği ileri sürülmüştür¹⁴.

Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle ilgili Anayasanın yeni 104. maddesinde Cumhurbaşkanının yürütmeye ilişkin konularda bu yetkiyi kullanabileceği belirtilmiştir. Bu kural ortaya konulduktan sonra Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin sınırları çizilmiş ve sadece sosyal ve ekonomik haklar alanında çıkarılabileceği, kanunda açıkça düzenlenen konularda çıkarılamayacağı, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle aynı konuda kanun çıkarılması durumunda hükümsüz hâle geleceği açıklanmıştır.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri beş düzenleme alanını kapsamaktadır¹⁵. Buna göre Anayasanın 104. maddesinde belirtilen üst kademe yöneticilerinin atanmalarına ilişkin usul ve esaslar¹⁶; 106. maddede belirtilen bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulmasına ilişkin hususlar¹⁷; 108. maddede belirtilen Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri¹⁸; 118. maddede belirtilen Milli Güvenlik Kurulu

¹⁴ TAŞDÖĞEN, Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 3, Y. 2016, s. 941; Bununla birlikte 17.08.1983 tarih ve 2879 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu da aynı dönemde yürürlükte kalmıştır. Bu Kanun şimdi mülga olup yerine aynı sayılı Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun getirilmiştir.

¹⁵ SÖYLER, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara, 2018, s. 123.

¹⁶ "Üst kademe kamu yöneticilerini atar, görevlerine son verir ve bunların atanmalarına ilişkin usul ve esasları Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenler." 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin eki olan I sayılı cetvele göre Diyanet İşleri Başkanı, MİT Başkanı, MGK Genel Sekreterini, Devlet Denetleme Kurulu başkan ve üyeleri, Savunma Sanayii Başkanı, bakan yardımcılarını, Cumhurbaşkanlığı ofis başkanları, Özelleştirme İdaresi başkanı, Merkez Bankası başkanı, valiler, büyükelçiler, Gelir İdaresi başkanı, Sosyal Güvenlik Kurumu başkanı, genel müdürler üst kademe kamu yöneticileri arasındadır.

¹⁷ "Bakanlıkların kurulması, kaldırılması, görevleri ve yetkileri, teşkilat yapısı ile merkez ve taşra teşkilatlarının kurulması Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."

¹⁸ "Devlet Denetleme Kurulunun işleyişi, üyelerinin görev süresi ve diğer özlük işleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."

Genel Sekreterliği Teşkilatı ve görevleri¹⁹; 123. maddede belirtilen kamu tüzel kişiliğinin kurulması konuları²⁰ Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenecektir²¹.

Belirtilen düzenleme alanlarının hepsinde Cumhurbaşkanı genel, soyut, objektif kurallar koymakta, düzenleme yapmaktadır. Dolayısıyla bunlar düzenleyici idari işlemlerdir. Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi şeklinde yapılan her işlemin düzenleyici işlem olması gerekmediği, çünkü kararname ifadesinin her zaman düzenleyici işlemler için kullanılmadığı öne sürülmektedir. Gözler'e göre 104. maddede "yürütme yetkisine ilişkin konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabilir" hükmünün bireysel işlemleri de kapsadığı açıktır. Burada bir lafız sorunu olduğu ve Anayasa yapıcının da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleyici kararnameleri kastettiği ifade edilmektedir²².

Nitekim bazı görüşlere göre Anayasada lafzi olarak açıkça belirtilmese de Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanının düzenleyici olmayan işlemleri arasında açık bir ayırım yapıldığına yönelik çıkarımda bulunmak mümkündür. Bu ayırma ilişkin Anayasal hükümlere bakıldığında, örneğin, Anayasanın 104. maddesinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin çıkarılması ya da düzenlenmesinden; 106, 108, 118. maddelerinde düzenlen-

¹⁹ "Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin teşkilatı ve görevleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenir."

²⁰ "Kamu tüzel kişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur." Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin beş düzenleme alanından sadece birinde yetkisi sadece kendisine ait değildir. Çünkü kamu tüzel kişileri Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulabileceği gibi kanunla da kurulabilir. Mahfuz alan tartışmasında bu noktaya değinilebilir. Çünkü Anayasa diğer dört düzenleme alanında sadece Cumhurbaşkanını adres gösterirken, kamu tüzel kişilerinin kurulmasında hem kanunu hem Cumhurbaşkanını adres göstermiştir. Burada amaçsal yorumla hareket edersek gerçekten de diğer dört düzenleme alanında Anayasanın kanunla düzenleme yapılmamasını istediği söylenebilir.

²¹ Bu beş düzenleme alanından ilk dördü hakkında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanun benzeri bir hukuki niteliğe sahiptir. Bu alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması yetkisi doğrudan Anayasa tarafından Cumhurbaşkanına verilen asli bir yetkidir. TUNÇ, Hasan, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2018, s. 228.

²² GÖZLER, s. 348. (İdare)

mesinden bahsedilmiştir. İşlem teorisi bakımından çıkarılma ve düzenlenme ibarelerinin doğrudan düzenleyici işlemlere hitap eden bir yönünün olduğu şüphesizdir²³. Yine Anayasanın 104/17 hükmünde kanun ile Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin arasındaki düzenleniş şeklinden Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici nitelikte işlemler olması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Çünkü bu hükümde belirtilen kanunlarda açıkça düzenlenen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenleme yapılamaması, ancak düzenleyici nitelikte bir işlemle gerçekleştirilebilecek bir husustur. Anayasanın 104/17 hükmü ayrıca “Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hale gelir.” demektedir. Bu da kararnamelerin bireysel nitelikte işlemler olarak tesis edilmesini engellemektedir²⁴.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici işlem olarak kabul edilmesi yargısal denetim açısından önemlidir. Her ne kadar Anayasada düzenlendiği şekliyle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tartışmaları beraberinde getirdiği ileri sürülse de Anayasa yapıcının amacı Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini genel, soyut, objektif kurallar koyan işlemler olarak ortaya koymaktır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile bireysel işlemler yapılabileceği kabul edilir ya da uygulamada böyle örnekler olursa, ortaya çıkan uyuşmazlıkların yargısal denetim yeri açısından çatışmalar yaşanacaktır²⁵.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri Anayasanın 148. maddesine göre Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri iptal davasına konu olabileceği gibi itiraz yoluyla da Anayasaya aykırılıkları ileri sürülebilecektir. İtiraz yo-

²³ Esasen bu durum maddi kanunlar açısından böyledir. Şekli kanunlar açısından tersi savunulabilir.

²⁴ İBA/SÖYLER, s. 200-201.

²⁵ Ocak, Kasım, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet yetkisi Düzenlemesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 167. Karşıt görüşler için bkz.; TAMER, Giray, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu”, www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi, E.T.17.09.2019.

lunda reddedilen başvurular açısından on yıl içinde tekrar başvurulamama kuralı bulunmamaktadır²⁶. Olağanüstü hâllerde çıkarılacak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ise olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenemez²⁷. Bu kararnamelerin ancak siyasi denetimi yapılabilir²⁸. Bu da Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılacaktır²⁹.

Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemlerinin tamamı Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılmaz. İdarenin başı olarak Cumhurbaşkanı, yönetmelik biçiminde işlemler de gerçekleştirebilir. Danıştay Kanununun 24. maddesinde 2018 yılında yapılan değişiklikle "...Cumhurbaşkanınca çıkarılan ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları... hakkında Danıştay ilk derece mahkemesi olarak inceleme yapar" hükmü getirilmiş ve Cumhurbaşkanının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle diğer düzenleyici işlemleri ara-

²⁶ Ardıçoğlu, s. 35.

²⁷ Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri hala Anayasa Mahkemesinin önemli bir iş yükü alanını teşkil etmektedir. Olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinde de mevcut Anayasa Mahkemesi yaklaşımı bu kararnamelerin hiçbir şekilde denetlenmeyeceği şeklindedir. "İhraç KHK'ları" olarak bilinen olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinde iç hukukta etkili bir başvuru yolunun olmaması nedeniyle bireysel başvuru yolu düşünülebilirse de Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı yine hiçbir şekilde bu kararnamelerinin denetlenmeyeceği yönündedir. Günday, Metin, "OHAL, İhraç KHK'leri ve Hukuki Durum", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2017, s. 35. Bu durum Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin de bireysel işlemler içerse bile yargısal denetimden geçmeyecekleri anlamına gelmektedir.

²⁸ Bu durum eleştirilmektedir. Nitekim hukuk devletinin egemen olduğu ülkelerde siyasi denetimden çok yargısal denetim söz konusudur. ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı, Ankara, 1997, s. 33. Yine Zabunoğlu da idarenin yargısal denetiminin sağladığı etkinliğin siyasi denetimde olanaksız olduğunu ifade etmektedir. ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku Cilt 2, Ankara, 2012, s. 52.

²⁹ AKYILMAZ, Cemre, "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, S. 1, Y. 2019, s. 204.

sında bir ayırım belirlenmiştir. Bu ayırma yönetmeliklerin de dahil olduğu açıktır³⁰.

Yönetmelikler, kamu yönetiminde ve genelde toplumsal yaşamın hemen her kesiminde düzenleyici ve yönlendirici etkinlikleri nedeniyle çok önemli işlevleri bulunan düzenleyici işlemlerdir³¹. Anayasanın 104. maddesine göre Cumhurbaşkanı, kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilir. Yine Anayasanın 124. maddesine göre “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler”. Yani Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanarak da çıkarılabilir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi gibi yönetmelikler de Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girer.

Yönetmelik bakanlıklar, kamu tüzel kişiliği olan kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahalli idarelerce de çıkarılabilir. Ancak Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri dışındaki yönetmeliklerin hepsi Resmî Gazete’de yayımlanmaz. Bunun yanında Cumhurbaşkanlığı yönetmelikleri diğer yönetmeliklerden hiyerarşik olarak üstündür ve yargısal denetimi de ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da gerçekleştirilir³².

Cumhurbaşkanı idari bir makam olarak asli nitelikte olmayan ve kanunlara dayanan diğer düzenleyici işlem türlerini de gerçekleştirebilir. Cumhurbaşkanına tanınan bu tür bir düzenleyici işlem yapmaya yönelik yetki Anayasanın 73. ve 167. maddelerinde düzenlenmiştir. Anayasanın 73. maddesinde; “Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yu-karı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Cumhur-

³⁰ ŞİRİN, Tolga, “İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”, <https://www.academia.edu/>, s. 8, E.T. 18.09.2019.

³¹ ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku Cilt 1, Ankara, 2012, s. 454.

³² GÖZLER, s. 1405. (İdare)

başkanına verilebilir.” denilmiştir. Yine Anayasanın 167. maddesinde “Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Cumhurbaşkanına yetki verilebilir.” denilmiştir. Her iki işlemin yapılması her ne kadar yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin istisnası olarak görülse de kanun koyucunun yetkilendirme işlemi yapması şartına bağlı olduğu için türev nitelikte düzenleme alanlarıdır. Objektif/kaide kararname olarak adlandırılan bu işlemler, bu yönüyle asli nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinden farklıdır³³.

Cumhurbaşkanının adsız düzenleyici işlemleri olarak ifade edilen diğer düzenleyici işlemleri kendisine kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ve yetkileri kullanırken; yönerge, genelge, sirküler, esaslar, talimat, tarife gibi adlar altında yapacağı düzenleyici işlemlerdir³⁴. Şu ana kadar düzenleyici işlem niteliğinde çıkarılmış Cumhurbaşkanlığı genelgesi ve usul ve esasları vardır. Burada dikkat edilmesi gereken konu, Cumhurbaşkanının düzenleyici işlemlerinin de Cumhurbaşkanı kararı olarak adlandırılabilirdir. Nitekim Cumhurbaşkanı genelgesi, usul ve esasları dışındaki Cumhurbaşkanının adsız düzenleyici işlemleri Resmî Gazete’de Cumhurbaşkanı kararları başlığı altında yayımlanmaktadır³⁵. Bu işlemlerin yargısal denetimi Danıştay Kanununun 24. maddesi gereği ilk derece mahkemesi olarak Danıştay’da yapılacaktır.

2. Cumhurbaşkanının Bireysel Nitelikli İşlemleri

Bireysel işlemler doktrinde belirli kişi ya da kişilerin hukuki durumlarını değiştiren, bunları belli bir hukuki duruma sokan, bir hukuki durumdan çıkararak³⁶ işlemler; genel düzenleyici işlemlerin belli bir kişiye, nesneye ya da olaya uygulanması sonucu ve yalnız

³³ ÜLGEN, s. 12.

³⁴ GÖZLER, s. 809. (Anayasa)

³⁵ GÖZLER, s. 356-357. (İdare)

³⁶ YILDIRIM, Turan/ YAŞIN, Melikşah/ KAMAN, Nur/ ÖZDEMİR, H. Eyüp/ ÜSTÜN, Gül/ OKAN TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2018, s. 338.

bunlar için geçerli durumlar yaratan özel nitelikteki işlemler³⁷; ilgisine iletilmesi ve bildirilmesi gereken, kurulup uygulanınca hüküm ve sonuçları yaratıp bir daha uygulanmaları ve etkinliklerini sürdürmeleri söz konusu olmayan, bireylerle ilgili ve özel durumlarla ilişkili işlemler³⁸ olarak tanımlanmıştır.

Cumhurbaşkanı kararları, idari birer karar olarak Cumhurbaşkanının bireysel işlemlerindendir³⁹. Cumhurbaşkanının üst kademe yöneticilerini atama işlemi, Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve başkanını atama işlemi, Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçme ve atama işlemi, üniversite rektörlerini seçme ve atama işlemi bireysel işlemlerdir. Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanması zorunlu değildir⁴⁰, ancak ilgililerine bildirilmekle yürürlüğe girebilir. Uygulamada çoğunlukla bireysel işlemler karar adını alır⁴¹.

Anayasada Cumhurbaşkanının bireysel işlemlerine örnek olarak Cumhurbaşkanının atama, seçme, göreve son verme işlemleri ile; Cumhurbaşkanı yardımcılarını ile bakanları atama ve görevlerine son verme işlemi (md. 104/8), sürekli hastalık, sakatlık, kocama nedeniyle kişilerin cezalarını hafifletme veya kaldırma işlemi (md. 104/16), Genelkurmay Başkanını atama işlemi (md. 117/3), mahalli idarelerin kendi aralarında birlik kurmalarına izin verme işlemi (md. 127/6), Anayasa Mahkemesine üye seçme işlemi (md. 146/3), Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını ve Cumhuriyet Başsavcivekilini seçme işlemi (md. 154/4), Danıştay üyelerinin dörtte bi-

³⁷ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, 33. Baskı, Ankara, 2015, s. 310.

³⁸ ZABUNOĞLU, s. 305.

³⁹ Uygulamada düzenleyici nitelikte Cumhurbaşkanı kararları yayımlanıyor olması bu kararların genel olarak hukuki niteliğinin bireysel idari işlem olduğu gerçeğini değiştirmez.

⁴⁰ Hangi tür Cumhurbaşkanı kararlarının Resmî Gazete’de yayımlanacağı 10 Nolu “Resmî Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”nin 4. maddesinde belirtilmiştir. Bu kapsamda örneğin Cumhurbaşkanınca yapılan seçme ve atamalar ile göreve son vermeler ve Cumhurbaşkanlığınca Resmî Gazete’de yayımlanması uygun görülen diğer kararlar Resmî Gazete’de yayımlanır.

⁴¹ GÖZLER, s. 342. (İdare)

rini seçme işlemi (md. 155/3), Hakimler ve Savcılar Kuruluna üye seçme işlemi (md. 159/3) gösterilebilir⁴².

3. Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Cumhurbaşkanlığı İşlemleri İçindeki Yeri

Yukarıda belirtilen konular göz önüne alındığında Cumhurbaşkanının bireysel işlemleri ve Cumhurbaşkanlığı kararları arasında tam bir örtüşmenin olmadığı göze çarpmaktadır. Cumhurbaşkanlığı kararları doktrinde Cumhurbaşkanının bireysel işlemlerinin genel görünümü olarak kabul edilse de⁴³ uygulamada bireysel işlem niteliğinde olmayan Cumhurbaşkanlığı kararları da vardır. Bu, yargısal denetim açısından da sorun oluşturabilecek bir konudur. Cumhurbaşkanlığı, yürütmenin ve idarenin başı olarak elbette hem düzenleyici hem bireysel idari işlemler yapabilir. Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi gibi asli nitelikte bir düzenleyici işlem yapma yetkisinin Cumhurbaşkanlığına verilmesi ve dolayısıyla bu işlem türünün Anayasa Mahkemesinin denetimine açılması, bu yapılırken de kullanılan işlem adının özensiz bir şekilde Anayasada ifade edilmesi Cumhurbaşkanlığı kararı olarak adlandırılan işlem türünün de içeriğinin belirlenmesini zorlaştırmıştır.

Normal şartlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adıyla yayımlanan bir Cumhurbaşkanlığı işlemi ile bireysel bir işlem yapılmaması, Cumhurbaşkanlığı kararı adıyla yayımlanan bir işlemle de düzenleyici bir işlem yapılmaması gerekir. Ancak uygulamada hukuki açıdan Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bireysel bir işlem yapmaya engel bir durum olmadığı gibi Cumhurbaşkanlığı yönetmeliğiyle düzenlenebilecek bir konunun Cumhurbaşkanlığı kararıyla düzenlenebildiği göze çarpmaktadır. Burada hem Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hem Cumhurbaşkanlığı kararının hukuki niteliği ve çerçevesi bakımından sorunlar bulunmaktadır. Çünkü her iki işlem türü düzenleyici işlemler ve bireysel işlemler alanında ayrıştırılmak istense de bu kalıpların dışında kalabilmek-

⁴² EROL, s. 75.

⁴³ Esasen Cumhurbaşkanının bireysel işlemleri Cumhurbaşkanının siyasi işlemleri, idari işlemleri ve özel hukuk işlemleri olarak da sınıflandırılabilir. Çünkü Cumhurbaşkanlığı bireysel işlemlerini sadece kamu hukuku alanında yapmaz.

tedir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile Cumhurbaşkanlığı kararlarının farklarına değinip tartışmalı noktaları ortaya koymakta yarar vardır.

4. Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Cumhurbaşkanlığı Kararlarının Karşılaştırılması

Yeni sistemle birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelemleri ile Cumhurbaşkanlığı kararlarının teorik tartışmalara yol açmasının ve ilerde yargısal denetimler yoluyla pratik sorunlara yol açabilme potansiyelinin nedenleri, Cumhurbaşkanlığının bu işlemlerindeki adlandırma sorunlarından başlamaktadır. Çünkü Anayasanın 104. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanlığı kararnamelemlerinin kanunlarla kıyaslanan ve her an kanunları ihlal edebilecek potansiyelde görülüp çeşitli önlemlerle sınırlanan çok önemli ve asli nitelikte düzenleyici işlemler⁴⁴ olmasına rağmen adına kararname denilmesi, atama kararı gibi bireysel işlemlerinin adının da karar olarak ifade edilmesi; buna karşın idari işlem literatüründe bu iki kavramın önceden beri çok da birbirinden ayrı görülmemesi, “uygulamada neden bu iki kavram birbirinin yerine kullanılmasın” sorusunu doğurmaktadır.

Kararname uygulaması ilk kez 1876 Anayasasının 36. maddesinde “kanunu muvakkat” olarak düzenlenmiş ve doğrudan Anayasadan kaynaklandığı, olağanüstü durumlara özgü ve kanun hükmünde olduğu belirtilmiştir⁴⁵. Yetki kanununa dayalı kanun hükmünde kararname uygulaması ise ilk kez 1961 Anayasasında düzenlenmiş ve 1982 Anayasasının eski hâlindeki 64. maddede sürdürülmüştür⁴⁶. Kanun hükmünde kararnamelemlerin de (KHK) adının kararname olmasına rağmen kanun hükmünde olduğu bizzat

⁴⁴ Cumhurbaşkanlığı kararnamelemlerinin 2019 itibarıyla TBMM’de yapılan toplam kanun maddelerinden 3 kat daha fazla madde içerdiği ve bu şekilde Cumhurbaşkanlığı eliyle TBMM’den daha fazla yasama faaliyeti yapıldığı iddia edilmiştir. KABOĞLU, İbrahim Özden, <https://www.dogrulukpayi.com/>, E.T. 23.09.2019.

⁴⁵ TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 27. Baskı, İstanbul, 2016, s. 141.

⁴⁶ EREN, Abdurrahman, “Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelemlere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamelemlerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 12.

Anayasa tarafından ifade edilmiş, dolayısıyla şu an Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niteliğine ve adlandırmasına ilişkin tartışmalar kanun hükmünde kararnameler için bu kadar yapılmamıştır. Bütün kanun hükmünde kararnamelerin yargısal denetim yerinin Anayasa Mahkemesi olduğu konusunda da şüphe duyulmamıştır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Cumhurbaşkanı kararlarıyla sınırlarının belirsizleşmesinin bir diğer nedeni de Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kavramının yeni bir kavram olmaması ve kavramın tarihsel kullanımı içerisinde bugünkü Cumhurbaşkanlığı kararnamesi işleminin hukuki niteliğini tam karşılamıyor olmasıdır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin tarihsel kaynağı olan “Reisicumhur kararnamesi”, herhangi kavramsal bir ayırım kullanılmadan hem düzenleyici işlemler hem bireysel işlemler için kullanılmıştır⁴⁷.

“Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” adıyla Cumhurbaşkanına ilk kez düzenleyici işlem yapma yetkisi 1982 Anayasası ile verilmiş ve Anayasanın 107. maddesinde “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir.” denilmiştir. Bunun yanında 1983 tarihli ve 1 Sayılı Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin 10. maddesinde Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterinin “Cumhurbaşkanı kararnamesiyle” atanacağı belirtilmiştir. Böylece eski sistemde Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Cumhurbaşkanlığı teşkilatına yönelik genel düzenlemelerin yapı- lış şekli olarak; Cumhurbaşkanı kararnamesi ise bireysel bir işlemin yapı- lış şekli olarak gösterilmiştir⁴⁸.

İki tür kararname arasındaki fark bugünkü Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanı kararı arasındaki farka benzetilmektedir. Ancak yeni sistemden önce Cumhurbaşkanı kararnamesi adı sınırlı bir alanda kullanıldığı ve zaten Cumhurbaşka-

⁴⁷ ONAR, Sıddık Sami, “Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kazai Murakebe”, Cemil Birsell’e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1939, s. 319-320.

⁴⁸ ŞİRİN, s. 10.

nının kararname çıkarma yetkisi bugünkü gibi yürütmenin bütün alanlarına ilişkin olmadığı için bu farkı tespit etmek zor olmamıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanlığı kararı arasındaki sınırlar ise o kadar kolay tespit edilememektedir. Çünkü doktrinde her ne kadar uygulamanın gelişimi bakımından Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bireysel nitelikte işlem yapılmadığı, bireysel işlemlerin Cumhurbaşkanlığı kararıyla yapıldığı ve bu nedenle uygulamada karışıklığın ya da belirsizliğin önlendiği belirtilse de⁴⁹ adlandırma sorunları ve Anayasadaki düzenleme eksiklikleri nedeniyle Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında bireysel nitelikte işlemler de yapılması⁵⁰ ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanlığı kararı arasındaki farkın belirsizleşmesi muhtemeldir⁵¹.

Karar ve kararname kavramları idarenin bireysel işlemleri anlamında önceden beri birbirinin yerine kullanılan kavramlar olmuştur⁵². Örneğin parlamenter sistemdeki bazı atamalarda karar değil de kararname adı kullanılmıştır. Müşterek kararnameler de böyledir. Ancak Cumhurbaşkanının yürütme alanına ilişkin asli nitelikte düzenleyici işlem yapma yetkilerini Cumhurbaşkanlığı

⁴⁹ İBA/SÖYLER, s. 209.

⁵⁰ GÖZLER, s. 360. (İdare)

⁵¹ Covid-19 Sürecinde 25.03.2020 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan Cumhurbaşkanlığı Kararı ile süreçten etkilenen esnafa destek olmak için Halk Bankası tarafından kredi kullandırılması hakkında düzenleme getirilmiştir. Niteliği itibarıyla bu da bir düzenleyici işlemdir, ancak adı Cumhurbaşkanlığı Kararı’dır. chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200325-3.pdf, E.T. 11.08.2020.

⁵² 30.11.1983 tarihli, 3 karar numaralı ve 18237 sayılı “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kararname” metninin içinde hem karar ve hem kararname kavramları aynı yerde birlikte kullanılmıştır. <http://www.resmigazete.gov.tr/>, E.T. 23.09.2019. Yine her ne kadar Bakanlar Kurulunun yetkilerinin Cumhurbaşkanına devredildiği ve işlem türlerinin benzerliği dikkati çekse de Bakanlar Kuruluna verilen kararname çıkarma yetkisine bireysel nitelikte işlemler de dahildi. Örneğin Bakanlar Kurulu kararnamelerle Diyanet İşleri başkanını, TRT genel müdürünü ya da valileri atayabilirdi. AÇIL, Murat, “2017 Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, İstanbul Üniversitesi İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 76/2, Y. 2018, s. 741.

kararnamesi adı altında kullanması, karar ve kararname kavramlarının birbirinin yerine kullanılmasında daha dikkatli olunmasını gerektirmiştir. Buna karşın bu kavramsal sorunun aşılması ve farklı işlem türlerinin ayrılması konusunda bazı görüşler Cumhurbaşkanının asli nitelikte düzenleyici işlem yapma yetkilerinin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında kullanılırken diğer işlemlerin “Cumhurbaşkanı kararnamesi” adıyla yapılmasının uygun olacağını belirtmekte⁵³; bazı görüşler ise işlemin adına değil içeriğine bakılarak muamele yapılmasına, kavramsal bir ayrıma gitmenin gerek olmadığına ve bunun çok da faydasının olmayacağına vurgu yapmıştır⁵⁴.

Sonuç olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile Cumhurbaşkanının diğer işlemlerinin ayrılması yönünden doktrinde devam eden bir tartışma mevcuttur. Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin⁵⁵ getirdiği bu kavramsal ve niteliksel tartışmalar, ilgili Anayasal düzenlemeler yapılırken yeterince özen gösterilmemesinden kaynaklanmaktadır. Elbette bu kavramsal ve niteliksel tartışmalar en başta Cumhurbaşkanının işlemlerinin yargısal denetimi aşamasında sonuç doğuracaktır. Şu ana kadar Cumhurbaşkanının işlemlerine karşı açılmış dava bulunmamaktadır⁵⁶ ve tartışmalara katkı sağlayacak bir kararın çıkması için biraz daha beklemek gerekecektir.

⁵³ ÜLGEN, s. 9.

⁵⁴ GÖZLER, s. 361. (İdare)

⁵⁵ KAHRAMAN, Mehmet/ BALKAN, Ali, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi”, *International Journal of Academic Value Studies*, C. 4, S. 19, Y. 2018, s. 240.

⁵⁶ “Cumhurbaşkanı kararnamelerine ilk dava!”, <https://www.yenicaggazetesi.com.tr/cumhurbaskanligi-kararnamelerine-ilk-dava-205296h.htm>, E.T. 23.09.2019. Şu ana kadar anayasallık denetimi yapılacak olan 21 Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin bulunduğu ve kanunlaşan olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleriyle birlikte bu Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin, Anayasa Mahkemesinin iş yükünün yüzde yetmişini oluşturduğu belirtilmektedir. DEMİRBAĞ, Cengiz, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama-Yürütme İlişkisi”, *Yasama Dergisi*, S. 39, Y. 2019, s. 22.

B. CUMHURBAŞKANI İŞLEMLERİNİN YARGISAL DENETİMİ

Anayasanın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. Siyasi olduğu kadar idari bir makam olan Cumhurbaşkanlığının işlemleri için de anayasa yargısı ve idari yargı kolları yargısal denetim ile görevlendirilmiştir⁵⁷. Ancak belirtmek gerekir ki Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin hukuki niteliğine ilişkin farklı yaklaşımların bulunması bu düzenlemele- rin yargısal denetimine ilişkin yaklaşımların da ilke ve esas açısın- dan farklı olmasına neden olmaktadır⁵⁸. Bunun yanında yeni sistemle Anayasanın 125. maddesinde öngörülen “Cumhurbaşka- nının tek başına yapacağı işlemlerin yargı denetimi dışında oldu- ğu” hükmünün kaldırılması doktrinde hükümet tasarrufu⁵⁹ olarak ifade edilen yargı dışı alanı yeniden tartışmaya açmıştır. Dolayı- sıyla yürürlükteki Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetim kurallarını ve bu kurallarla ilgili çelişkili görüşleri anlamak için Cumhurbaşkanı işlemlerinin geçmişine göz atmak yerinde olacaktır.

a) 2017 Anayasa Değişiklikleri Öncesi Durum

2017 Anayasa değişiklikleri öncesi Cumhurbaşkanının işlemleri, karşı imza kuralına tabi işlemler ve Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler olarak ikiye ayrılmıştır. Bu ayırım esasen

⁵⁷ Anayasada idarenin işlemlerine karşı özellikle idari yargı yolunun açık olduğundan değil, genel olarak yargı yolunun açık olduğundan bahsedilmiştir. Bunda az da olsa idarenin bir kısım işlemlerinin adli yargı koluna tabi olması etkili olmuştur. AK- YILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Huku- ku, Ankara, 2018, s. 3. Anayasanın 125. maddesinde genel olarak yargı yolunun açık olduğunun belirlenmesi Cumhurbaşkanlığı karnamelerinin de idari işlem olmalarına rağmen anayasal yargıya tabi olmalarını kapsamaktadır. Dolayısıyla ül- kemizde idare hukuku bakımından ayrı bir yargı kolu olmasına rağmen idarenin bütün işlemleri idari yargıya tabi değildir.

⁵⁸ EROL, s. 76.

⁵⁹ Yürütmenin yaptığı bütün işlemler salt idari nitelikte değildir. Bunlardan bir kısmı siyasiyedir. Bu tür işlemlerin hangilerinin siyasi niteliklerinin idari niteliğine üstün geldiğine zaman içinde yargı yerleri karar vermiş ve bunlara Fransızcada Türkçeye de olduğu gibi çevrilen adıyla hükümet tasarrufları denilmiştir. ÖZAY, İl Han, Gü- nişliğinde Yönetim, İstanbul, 2004, s. 420.

parlamenter hükümet sistemine ait bir durumdur. Parlamenter hükümet sistemlerinde yürütme organı iki yapıdır ve bir yanda sorumsuz Cumhurbaşkanı bir yanda sorumlu kanat olan hükümet bulunmaktadır. Demokratik mantıkta yetki sorumluluğu, sorumluluk yetkiyi doğurmaktadır. Dolayısıyla yetki sorumlulukla beraber olduğu için sorumsuz olan kişinin yetkisiz de olması gerekmektedir. İşte parlamenter düzende sorumsuz olan devlet başkanının yetkilerini sınırlamak için onun işlemlerinin sorumlu başbakan veya ilgili bakan tarafından imzalanması usulü getirilmiştir⁶⁰. “Karşı imza kuralı”⁶¹ adı verilen bu kurala göre Anayasa tarafından aksi öngörülmediği sürece devlet başkanları sorumlu başbakan veya bakanların karşı imzasını almadıkça herhangi bir yetki kullanamayacaktır⁶². Bu durumun aksi ise Anayasada Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler olarak öngörülmüştür.

Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri 104. maddede belirtildiği hâlde tek başına yapacağı işlemler açıkça belirtilmemiştir. Bu nedenle Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin neler

⁶⁰ Her ne kadar karşı imza kuralının parlamenter sistemin bir gereği olduğu vurgulansa da Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla tek başına işlemler yapması sistemin parlamenter sistem olmasına engel değildir. Turhan, Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No; 9, Diyarbakır, 1989, s. 116.

⁶¹ Anayasa değişikliğinden önce Anayasanın 105. maddesinde karşı imza kuralı şöyle açıklanmıştır; “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.” Yine 105. maddede “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil yargı mercilerine başvurulamayacağı” belirtildikten sonra 125. maddede; “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin yargı denetimi dışında olduğu” vurgulanmıştır. Yani Cumhurbaşkanı genel olarak işlemlerinde karşı imza almasına rağmen bazı işlemleri Anayasaya göre tek başına yapmıştır. Bu işlemler bakımında da ilgili Anayasa hükümleri gereği yargısal denetimin dışında tutulmuştur.

⁶² GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 21. Baskı, Bursa, 2017, s. 323. (Anayasa), Karşı imzayla ilgili AYM kararında da; “Devlet Başkanı'nın bir kararının Başbakan ve ilgili Bakan tarafından imzalanmasından çok, aslında Başbakan ve ilgili Bakanlar tarafından alınan bir kararın Devlet Başkanı'nca imzalanarak biçimsel olarak tamamlanması söz konusudur.” denilmiştir. AYM, E. 1992/37, K. 1993/18, K.T. 27.02.1993, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 23.09.2019.

olduğu Anayasadan tam olarak anlaşılammamaktadır⁶³. Uygulamada Anayasada ve kanunlarda yürütmeye ilişkin işlemin yapılışına başka bir makam ya da merciinin katılımı öngörülmemişse Cumhurbaşkanının işlemi tek başına yaptığı kabul edilmiştir⁶⁴.

21.01.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dan önce uygulamada Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlere örnek olarak, kanunları yayımlamak, TBMM'ye geri göndermek; Anayasa değişikliklerini halkoyuna sunmak; Anayasa değişikliklerine karşı iptal davası açmak; Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek; MGK'yı toplantıya çağırarak; TBMM adına TSK'nın Başkomutanlığını temsil etmek; YÖK'e, Anayasa Mahkemesine, Danıştay'a, HSYK'ya üye seçmek; sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerden cezalarını hafifletmek veya kaldırmak; silahlı kuvvetlerin kullanılmasına karar vermek, gerekli gördüğünde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak; Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarmak gösterilmiştir⁶⁵.

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler Anayasa değişikliğinden önce 125. ve 105. maddelerde açıkça yargı denetimi dışında bırakılmış ve yasama kısıntısı oluşturulmuştur. Buna göre bu işlemlere YAŞ ve HSYK kararları gibi idari ve icrai nitelikte olabilmesine rağmen 1982 Anayasasının yürütmenin elini güçlendirme amaçlı politikasına uygun olarak, ancak hukukun temel ilkelerine aykırı olacak şekilde yargı yolu kapalı tutulmuştur. Bu noktada parlamenter düzendeki karşı imza kuralına ve demokrasilerde asıl olan yetki ve sorumluluk uyumuna ters bir şekilde so-

⁶³ KALELİ, Temel, 1982 Anayasasına Göre Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemler ve Bu İşlemlerin Hukuk Devleti İlkesi Yönünden İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 51.

⁶⁴ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2016, s. 185.

⁶⁵ GÖZLER, s. 325. (Anayasa Dersleri)

rumşuz Cumhurbaşkanına bir takım idari kararlar alma yetkisi verilmiştir⁶⁶.

b) 2017 Anayasa Değişiklikleri Sonrası Durum

16.04.2017 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği referandumu sonucu kabul edilen Anayasa Değişikliği Kanunuyla Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerle ilgili hükmü düzenleyen Anayasanın 105. ve 125. maddesi değiştirilmiştir. 6771 sayılı Kanun, Türkiye’de genel olarak parlamenter sistemi sonlandırdığı için parlamenter sistemde devlet başkanının sorumsuzluğunu ve yetkisizliğini sağlayan karşı imza kuralının uygulanma zorunluluğu kalmamıştır. Bu nedenle Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler gibi bir kategorinin de anlamı kalmamıştır. Nitekim 105. ve 125. maddenin yeni hâlinde ya da Anayasanın başka bir yerinde “Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler”, “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler” gibi bir ifadeye yer verilmemiştir⁶⁷.

⁶⁶ 2017 değişiklikleri öncesinde her ne kadar Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında bırakılması hukuka uygunluk bakımından sorunlu bulunsa da Anayasanın açık hükmü karşısında bunun tartışmaya açılmasının Anayasanın ve kanunların zorlanması anlamına geleceği ve yargının etkinliğini ve saygınlığını etkileyeceği ifade edilmiştir. ULUSOY, s. 25.

⁶⁷ Yeni sistemde “Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler” ifadesi kullanılmamasına ve zaten artık Cumhurbaşkanı bütün işlemlerini tek başına yapıyor olmasına rağmen ilginç bir şekilde Azaklı, “Mahfuz alan” olarak nitelendirilebilecek doktrinde tartışmalı bulunan işlem alanını Cumhurbaşkanının tek başına işlem yapabileceği alan olarak ifade etmiştir. Yazar muhtemelen bu ifadeyi “Bu alanda işlem yapmaya sadece Cumhurbaşkanı yetkilidir.” anlamında kullanmıştır. AZAKLI, Murat, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 77. Gözler de kitabında Cumhurbaşkanının yürütmenin tek unsuru haline geldiğine vurgu yapmak için “Cumhurbaşkanı görev ve yetkilerini tek başına kullanabilir” başlığına yer vermiştir. Gözler, s. 338. (İdare); Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı/yapabileceği işlemler ifadesi bu çalışmada parlamenter sistemdeki anlamıyla kullanılmıştır. Yoksa elbette yeni sistemde de Cumhurbaşkanı şu şu işlemleri tek başına yapar demekle bir sorun yoktur. Çünkü gerçekten de bazı işlemleri doğrudan kendisi yaparken bazı işlemleri onaylama yoluyla yapar. Yani bazı işlemleri tek başına yapmayabilir. Örneğin üst kademe yöneticilerinin bazılarını atarken bazılarının atanmasını onaylaması gibi. Ancak Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlem ifadesini kullanırken parlamenter sistemdeki anlamını anımsatmayacak şekilde belirtilmesinde fayda vardır.

Daha önce yürütmenin sadece başı olan Cumhurbaşkanı, 2017 Anayasa değişiklikleri sonrası aynı zamanda yürütmenin tek unsuru hâline gelmiştir. Dolayısıyla hükümet ya da kabine denilen kurumun ortadan kaldırılmasıyla yürütme organının görev ve yetkilerini tek başına üstlenmiştir. Yetki ve sorumluluğun bir arada bulunmasını öngören hukuk devleti ilkesi gereği Cumhurbaşkanı tek başına yapacağı işlemlerde artık sorumsuz değildir. Yeni sistemle birlikte Cumhurbaşkanının bütün işlemlerine karşı yargı yolu açılmıştır. Her ne türde olursa olsun Cumhurbaşkanı kararları da yargısal denetime tabi olacaktır. Cumhurbaşkanı işlemlerinin hukuki niteliklerinin tartışmalı olduğu göz önüne alındığında denetimi ayrı bir yargı koluna ait olan Cumhurbaşkanı kararnamelerinin sınırlarını yüzeysel olarak belirlemek ve sonra Cumhurbaşkanı kararlarını incelemek yerinde olacaktır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine ilişkin Anayasal hükümler doktrinde açık, tutarlı ve bütüncül bir çalışmanın ürünü olarak görülmemekte, bunun da bugün bizi belirlilikten yoksun bir hukuk düzeniyle karşı karşıya bıraktığı savunulmaktadır⁶⁸. Hatta doktrinde Anayasada yapılan değişikliklerin içi boş sloganlara dayandırılan, aceleye gelmiş değişiklikler olduğu ileri sürülmekte, Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yargısal denetim merciindeki aksaklıkların, sorunun boyutunu gösterdiği iddia edilmektedir⁶⁹. Dolayısıyla Anayasadaki yargısal denetim hükümlerini okumak yeni sistemde Cumhurbaşkanının işlemlerinin yargısal denetimini anlamak için tek başına yeterli olmayabilir. Nitekim daha sonra ilgili tartışmalar ışığında incelenmeye çalışılacaktır.

Anayasanın 148. maddesinde Anayasa Mahkemesinin Kanunlar ve TBMM içtüzüğüyle birlikte Cumhurbaşkanı kararnamelerini şekil ve esas bakımlarından denetleyeceği belirtilmiştir. Bu

⁶⁸ ÜLGEN ADADAĞ, Özen, “Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar”, https://www.anayasa.gov.tr/media/6106/ulgen_adadag.pdf, E.T. 24.09.2019, s. 261.

⁶⁹ YILDIRIM, Turan, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 2, Y. 2017, s. 28.

şekilde yürütme alanına ilişkin asli düzenleyici işlemler olan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesine havale edilmiştir. Esasen Anayasada kanunlarla kıyaslanan ve düzenlediği alanlarda kanunlar gibi etki doğuran Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi denetimine verilmesi hukukun bir gereğidir⁷⁰. Nitekim Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasada yer aldığı 148. madde hükmünde daha önce kanun hükmünde kararnameler yer almıştır.

Cumhurbaşkanlığı kararnameleri kanundan kaynaklanmadığı ve doğrudan Anayasadan alınan yetkiyle çıkarıldığı için bu kararnamelerin kanunlara aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine iptal davası açılması söz konusu değildir⁷¹. Ancak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle 150. maddeye göre doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılabilir. Yine 152. maddeye göre bir davaya bakmakta olan mahkeme de uygulanacak bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükmünü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin aykırılık iddiasını ciddi bulursa bunu itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine taşıyabilecektir.

Anayasanın 150. maddesine göre Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, Türkiye Büyük Millet Meclisinde en fazla üyeye sahip iki siyasi parti grubuna ve üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. Anayasa metnine göre Cumhurbaşkanının kendi kararnamelerine karşı iptal davası açabilme hakkı vardır. Ancak bu tabi ki pratik bir durum değildir⁷². Pratikte Cumhurbaşkanlığı kararnameleri

⁷⁰ Bu tespit, kanunlar gibi etki doğuracak olan ve düzenleyici nitelikte olacak olan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri açısından yapılmıştır. Cumhurbaşkanlığı kararnameleri her ne kadar bir idari işlem niteliğinde olsa da belirtilen nitelikteki işlemler yasama işlemi olan kanunların tabi olduğu yargısal denetim sürecine tabi tutulmalı, Danıştay denetiminde olmamalıdır.

⁷¹ EREN, s. 55.

⁷² Buna benzer bir durum Devlet Denetleme Kurulunun işleyişinde de vardır. Örneğin Cumhurbaşkanı devlet idaresine bağlı bakanlık ve kamu kurumlarını yapılan-

ihtiyaç duyulduğunda yine Cumhurbaşkanlığı eliyle değiştirilmektedir⁷³.

Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceği belirtilen bir de olağanüstü hâl düzenlemeleri vardır. Olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetimi Anayasanın 148. maddesine göre mümkün değildir. Buna göre Anayasa Mahkemesine olağanüstü hâl dönemlerinde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle ilgili şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılık iddiasıyla dava açılmaz. Bu kararnameler için yalnızca TBMM tarafından yapılacak siyasi denetim mümkündür⁷⁴. Ancak olağanüstü hâl Cumhurbaşkanlığı kararnameleri TBMM tarafından onaylandıktan sonra birer kanun olarak Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi olabilir⁷⁵.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetiminin çerçevesi genel olarak bu kapsamdadır. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliği ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle Cumhurbaşkanı kararı niteliğinde idari işlem yapılabileceği tartışmaları bir kenara bırakılırsa Anayasanın lafzından olağan

dırmakta, atamalara karar vermekte, bunların denetimini isteği üzerine Devlet Denetleme Kurulu yapmakta ve bir nevi Cumhurbaşkanının kendi uygulamalarının kendisi tarafından denetlenmesi beklenmektedir. BEKTAŞ, Eda, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri", Yasama Dergisi, S. 39, Y. 2019, s. 209. Cumhurbaşkanının kendi uygulamalarının kendisi tarafından denetlenmesi örneğine Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini denetleyecek olan Anayasa Mahkemesi üyelerinin 15'inin 12'sini 146. maddeye göre kendisinin seçecek olması eklenebilir.

⁷³ Örneğin; Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (Kararname Numarası: 46), K.T. 13.09.2019, S. 30887, <http://www.resmigazete.gov.tr/fihrist?tarikh=2019-09-13>, E.T. 24.09.2019. Bununla birlikte Cumhurbaşkanlığı kararnamesi olağanüstü hale ilişkinse Cumhurbaşkanının kendi kararnamesine karşı iptal davası açması anlamlı hale gelebilir. Çünkü olağanüstü hâl kararnamesi sonradan TBMM tarafından kabul edildiğinde Cumhurbaşkanının bunu başka bir kararnameyle değiştiremez.

⁷⁴ AKYILMAZ, s. 204.

⁷⁵ ATAR, Yavuz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasalılık Denetimi", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 259.

dönem Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceğini söyleyebiliriz.

Çerçevesi Anayasada belirlenen Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin yargısal denetim yeri Anayasa Mahkemesi değildir. Anayasa Mahkemesi sadece Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini denetler. Diğer Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin, Cumhurbaşkanlığı kararları da dahil olmak üzere, yargısal denetim yeri Danıştay olarak belirlenmiştir. Danıştay Kanunu 24. maddeye göre Danıştay, Cumhurbaşkanlığı kararlarına ve Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere karşı açılacak iptal ve tam yargı davalarını karara bağlayacaktır. Bu hükümde her ne kadar bireysel nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararları ile düzenleyici nitelikteki Cumhurbaşkanlığı kararları arasında bir ayırım yapılmış olsa da iki işlem türü için de idari yargı kolu olan Danıştay görevli gösterilmiştir⁷⁶.

Anayasanın sistematik ve teolojik yorumunun sonucu olarak kanun ve kanuna eşdeğer işlemlerin denetim organının Anayasa Mahkemesi olduğu, kanuna eşdeğer olmayan Cumhurbaşkanlığı kararlarının ise türevsel yetki kullanımından kaynaklı olarak yürütme/idare işlemlerinin yargı kolu olan idari yargının denetim alanında kaldığı görülmektedir⁷⁷. Yasama yetkisinin ilk ellığı ilkesi gereği idare genel kural olarak türevsel bir yetki kullanır⁷⁸. Dolayısıyla Cumhurbaşkanlığı kararnameleri istisna tutulursa Cumhurbaşkanlığı kararları ve yönetmeliklerinde de idarenin kanuniliği esastır. İdarenin kanuniliğini denetlemek üzere uzmanlaşmış yargı kolu ise bu konuda idari yargıdır.

İdari yargı denetimine tabi olmak bakımından Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin bireysel ya da düzenleyici işlem olması önemli değildir. Çünkü Cumhurbaşkanının düzenleyici nitelikte kararları da vardır. Önemli olan Anayasada özel olarak statüsü belirtilen

⁷⁶ İBA/SÖYLER, s. 213.

⁷⁷ ÜLGEN, s. 7.

⁷⁸ SANCAKDAR, Oğuz/ US, Eser/ KASAPOĞLU TURHAN, Mine/ ÖNÜT, Lale Burcu/ SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2017, s. 55.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki niteliğini taşımalarındır. Yine yukarıda ifade edildiği üzere idari yargı denetimine tabi olan Cumhurbaşkanlığı kararları genel olarak üst kademe yöneticisi atama, farklı kurumlara üye atama ve seçme gibi bireysel işlemlerdir. Bu işlemler 2017 değişikliklerinden önce Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler kategorisinde değerlendiriliyor ve bizzat Anayasanın öngördüğü yasama kısıntısı nedeniyle denetlenemiyordu. Artık bu Cumhurbaşkanlığı kararları da idari yargı denetimine tabidir. Dolayısıyla Anayasanın lafzına göre bugün hiçbir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi (Olağanüstü dönem Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hariç), Cumhurbaşkanlığı kararı ya da yönetmeliği yargı denetimi dışında tutulmamalıdır.

II. BİR CUMHURBAŞKANI İŞLEMİ OLARAK CUMHURBAŞKANI KARARLARININ YARGISAL DENETİMİNDE ORTAYA ÇIKAN TEORİK BAZI SORUNLAR

Cumhurbaşkanlığı kararlarının yargısal denetiminde en çok tartışılan konulardan biri Cumhurbaşkanlığı kararıyla yapılması gereken bir işlemin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında yapılması durumunda sorunun nasıl çözüleceğidir. Burada yine adlandırma sorunu gündeme gelmektedir. Yani yargısal denetimde Cumhurbaşkanlığı kararı ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi şeklindeki adlandırmalara göre mi yoksa bu işlemlerin maddi açıdan yapılacak nitelik değerlendirmelerine göre mi denetim faaliyeti yürütülmelidir⁷⁹? Henüz Cumhurbaşkanlığı işlemi olarak bireysel ya da türevsel nitelikteki bütün işlemler Cumhurbaşkanlığı kararı ya da yönetmeliği şeklinde yapıldığı ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle bireysel işlemlere gidilmediği için bu tartışma teorik bir tartışmadır. Ancak Anayasanın bazı görüşlere göre değişiklik gerektiren⁸⁰ belirsiz hükümleri dolayısıyla bu çatışma ilerde Anayasa Mahkemesiyle Danıştay arasında görev problemine dönüşebilir⁸¹.

⁷⁹ İBA/SÖYLER, s. 213.

⁸⁰ YILDIRIM, s. 28.

⁸¹ Anayasa Mahkemesinin Resmî Gazete’de yayımladığı kararları Anayasanın 153. maddesine göre bütün yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Buna karşın 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanununun

Cumhurbaşkanının bireysel işlemlerinin Cumhurbaşkanı kararıyla yapılması ve bu tür işlemlerin yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesine gitmemesi gerektiği genel kabul görmesine rağmen bazı yazarlar aksini savunmaktadır. Kahraman/Balkan, Anayasanın 148. maddesinde bahsedilen “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler...*” hükmünden, hangi konuda çıkarıldığına ya da niteliğine bakılmaksızın bütün Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasa Mahkemesinin uygunluk denetimine tabi olduğunu, dolayısıyla Anayasanın 104. maddesinde belirtildiği gibi kural olarak yürütmeye ilişkin bütün konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılabileceğini, bu konulara atama ve seçme işlemi gibi bireysel işlemlerin de dahil olduğunu belirtmektedir⁸².

Tabi ki bu noktada bir bireysel işlemin Cumhurbaşkanı kararıyla değil de Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılmasının mahsurları ortaya çıkacaktır. Bu konuda Anayasanın hükümlerinden açık bir şekilde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin düzenleyici nitelikte olması zorunluluğu çıkmamasına rağmen Anayasada düzenleniş şekline ve sürekli kanunlarla düzenleyici alanlara yönelik kıyaslamaları yapılmasından dolayı bireysel alanlara ilişkin çıkarılamayacağından yukarıda bahsedildi. Ancak böyle bir görüşün pratiğe dökülmesi ve bireysel alanlarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması durumunda işlemlerin muhataplarının hak arama özgürlüklerinin kısıtlanabileceği söylenebilir. Pratikte böyle bir kararnamenin çıkarılması ve bu kararnamenin denetiminin Anayasa Mahkemesinde görülmesi durumunda işlemin muhatapları Anayasa Mahkemesine başvuramayacaktır. Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilecekler Anayasanın 150. maddesinde sınırlı olarak sayılmıştır. Bu tür işlemler idari yargı deneti-

11. maddesine göre uyumsuzluk çıkarılamayacak haller arasında sadece Yüce Divan yargılamaları ve siyasi partilerin kapatılması davaları sayılmıştır.

⁸² Kahraman/Balkan, çıkartılabilecek bireysel nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin niteliği ve görevli yargı yerinin belirsizliği nedeniyle hem Anayasa Mahkemesinde hem de Danıştay’da denetiminin sorunlu olduğunu ileri sürmektedir. KAHRAMAN/BALKAN, s. 244-245.

mine tabi olduğu takdirde menfaat koşulunu sağlayan herkes Danıştay'da dava açabilir. Oysa Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine karşı sadece Meclisteki en fazla üyeye sahip iki siyasi parti ve üye sayısının beşte biri tutarındaki milletvekili iptal davası açabilecektir⁸³.

Cumhurbaşkanı kararıyla yapılması gereken işlemlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılması, dolayısıyla bu tür bireysel işlemlerin yargısal denetiminin anayasa yargısına mı idari yargıya mı tabi olacağı konusu önemlidir. Çünkü başvuru yolları ve başvurabilecek kişiler de dahil olmak üzere bu yargı kolları arasında çok büyük farklılıklar vardır. Öncelikle anayasal yargının işlevi kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve Meclis içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu sağlamak iken idari yargının temel işlevi menfaati ya da hakkı ihlal edilen bireyi, üstün kamu gücüne sahip olan ve tek yanlı işlemler yapan idareye karşı korumaktır⁸⁴. Anayasa yargısında anayasal hukuk düzeninin korunması önceliklidir, ancak idari yargıda davalar öncelikle davacının çıkarına hizmet eder⁸⁵. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürümez. Kararları etki ve sonuçlarını yayımlandığı andan itibaren doğurur. Bu nedenle de geçmişte iptal edilen işleme dayalı olarak yapılan işlemler hüküm ve sonuçlarını devam ettirir. İptal kararları bu işlemler üzerinde etki yapmaz⁸⁶. Dolayısıyla bireysel işlemlere muhatap olan kişilerin Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla hakları iade edilemeyecektir⁸⁷.

Her ne kadar 148. maddeyle Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin Anayasada bireysel ya da düzenleyici işlemler konusunda ayırım yapılmaksızın Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceğinin açık olduğu ileri sürülse de doktrinde, maddedeki Anayasa uygunluk denetimine özellikle vurgu yapılmıştır. Anayasa Mah-

⁸³ GÖZLER, s. 1333. (İdare)

⁸⁴ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 6.

⁸⁵ KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa, 2016, s. 10.

⁸⁶ ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku, Ankara, 2018, s. 721.

⁸⁷ Somut norm denetiminde bu durum geçerli olmayacaktır. Çünkü burada Anayasa ya aykırılık itirazı haklı bulunan kişi için geriye etki yasağı geçerli olmayacaktır.

kemesinin görev alanına Anayasaya uygunluk denetimi yapılabilecek işlemlerin girdiği, Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluk denetiminin ise bireysel idari işlemleri içermediği belirtilmiştir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı kararı niteliğinde bireysel işlemlerin Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılırsa da Anayasa Mahkemesinin denetimine girmemesi gerektiği yönünde görüş bildirilmiştir⁸⁸.

Benzer bir başka görüşe göre de bireysel nitelikteki işlemlerin denetiminin Anayasa Mahkemesinde yapılmaması gerekir. Bu görüşe göre, Anayasa Mahkemesi bir norm denetimi mahkemesi olduğundan ve normların Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli bulunduğu kararnamesinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceğini öne sürmek aslen idari yargıya ait olan bir yetkinin tamamıyla Anayasa Mahkemesine verilmesi anlamına gelecektir ki böyle bir mahsuru önlemek için, bireysel karar niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanması niteliğinde bir idari işlem kabul ederek idari yargı denetimine tabi kılmak gerektiği ileri sürülmektedir. Bu değerlendirmenin de mümkün olmaması hâlinde bu tür işlemler yönünden Anayasa Mahkemesine kişilerin başvuru hakkının getirilmesini başka bir tercih yolu olabileceği ifade edilmektedir⁸⁹.

Bireysel karar niteliğinde Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin denetim yeri konusunda yargı yerinin işlemin adıyla bağlı olmaması gerektiğini ifade eden görüşlere göre yerleşmiş içtihatlar, işlem türlerinin adından bağımsız olarak taşıdıkları niteliğe ve hukuk düzenindeki doğurduğu etkilere göre bir değerlendirme yapılmasını öngörmektedir⁹⁰. Anayasa Mahkemesinin “eylemli içtüzük değişikliği”⁹¹ içtihatları buna örnek gösterilebilir. Nitekim

⁸⁸ YILDIRIM, s. 17.

⁸⁹ TUNÇ, s. 232.

⁹⁰ İBA/SÖYLER, s. 214.

⁹¹ Anayasa gereği TBMM çalışmalarını kendi içtüzük hükümlerine göre yürütür. İchtüzüklerin Anayasaya uygunluğunu Anayasa Mahkemesi denetler. Ancak Anayasa Mahkemesi usulüne uygun yapılmassa bile içtüzük değişikliği sayılabilecek uygulamaları da 1991 yılından beri içtüzük değişikliği sayarak denetim

bir kararında Anayasa Mahkemesi; "...Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği gibi, iptali istenilen bir yasama tasarrufunun Anayasal denetime bağlı tutulabilecek nitelikte olup olmadığı saptanırken sadece, onun bu tasarrufta bulunan organ tarafından nasıl nitelendirildiğine ve hangi ismin verildiğine veya bu işlemin nasıl bir yöntem izlenerek yapıldığına bakılması yeterli olmayıp, yapılış yöntemi ve adı ne olursa olsun hukuksal niteliği, etkisi ve doğurduğu sonuçlar da gözetilmelidir." şeklinde hüküm vermiştir⁹².

Başka bir kararında Anayasa Mahkemesi, bir kanunu uygulamak amacıyla çıkarılması gereken Asarı Atika Nizamnamesinin⁹³ bu amaçla düzenlenmiş olmayıp "konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar koymakta" ve bu yönüyle kanun niteliğinde olduğunu belirterek⁹⁴; eylemli içtüzük değişikliği olarak gördüğü düzenlemelerde olduğu gibi adlandırmadan ya da düzenlemeyi yapan organın kim olduğundan bağımsız olarak bir değerlendirmeye gitmiştir.

Yine 2017 değişikliklerinden önceki sistemde 5018 sayılı Kamu Mali Kontrol Kanununun örtülü ödenekle ilgili bir hükmü hakkında Anayasa Mahkemesinin verdiği bir kararında aynı değerlendirme yapılmıştır. Kanununun 24. maddesinin şu an mülga olan son fıkrasında Cumhurbaşkanına verilen örtülü ödeneye iliş-

kapsamına almaktadır. BAKIRCI, Fahri, "Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 112, Y. 2014, s. 278.

⁹² AYM, E. 2007/45, K. 2007/54, K.T. 01.05.2007, TOPAL, Emre, "Eylemli İçtüzük Değişiklikleri", Yasama Dergisi, S. 16, Y. 2010, s. 38.

⁹³ Eski Eserler Tüzüğü olarak ifade edilebilecek bu nizamnamenin ilki 1869 yılında hazırlanmış, sonuncusu 1884 tarihinde hazırlanmış ve yürürlüğe konulmuştur. Eski eserlerin bulunması halinde uygulanacak kuralları ve yurt dışına çıkarılmayacağına dair yasakları düzenleyen, 1973 yılına kadar yürürlükte kalmış ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununa temel oluşturan önemli bir normdur. <https://acikders.ankara.edu.tr/mod/resource/view.php?id=18586>, E. T. 01.10.2019. ÇAL, Halit, Devletinde Asar-ı Atika Nizamnameleri, s. 391, https://www.academia.edu/11015908/Osmanli%C4%B1_Devletinde_Asar%C4%B1_Atika_Nizamnameleri, E.T. 1.10.2019.

⁹⁴ AYM, E. 1965/16, K. 1965/41, K.T. 06.07.1965, İBA/SÖYLER, s. 214.

kin bazı hususların eski Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle belirleneceği belirtilmiştir. Bu konuyla ilgili açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, başvuruda belirtilmediği hâlde Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin nitelik incelemesine girmiş, Kanunda belirtilen kararnamenin Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine yönelik asli nitelikte bir Cumhurbaşkanlığı kararnamesi değil, Kanunla verilen yetki çerçevesinde çıkartılacak “Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan kararname” olarak görmüştür⁹⁵.

Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ilgili son verilen örnek, bireysel nitelikte olup Cumhurbaşkanı kararıyla düzenlenmesi gerekirken Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenen konuların yargısal denetimi konusunda da hukuki isabet taşımaktadır. Bu tür kararnamelere uygulanması gereken yargılama kuralları Cumhurbaşkanlığı kararnamesi için öngörülen anayasa yargısına bağlı değildir. Böyle bir durumda kararnamenin genel ve kişilik dışı olması gerektiği kabulünden yola çıkarak, bu nitelikte olmayan kararnameler için Anayasa Mahkemesinin “kararname” nitelmesiyle kendini bağlı görmeyip görevsizlik kararı vermesi mümkündür. Yine bu durumda işlem hakkındaki uyuşmazlık Danıştay’ın görev alanına girecektir⁹⁶.

Cumhurbaşkanı kararı niteliğindeki atama ve görevden alma gibi bazı işlemler Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin içinde düzenleyici hükümlerle birlikte yapılabilir. Sadece görev pozisyonu veya unvanı zikredilerek belli bir kesim kamu görevlisinin görevinin sona ermesine yol açacak düzenlemeler böyledir. Burada belli bir kesim kamu görevlisinin görevinin sona ermesi daha çok idarenin yeniden örgütlenmesi ile birlikte gerçekleşmektedir. Örneğin bakanlık örgütlenmesinde değişiklik gerektiren bir kararnamenin geçici hükümlerle kamu görevlilerinin görevlerine son vermesi ihtimal dahilindedir. Böyle bir durumda işlemin bir kısmının yargısal denetiminin başka bir yargı koluna havale edilmesi

⁹⁵ AYM, E. 2015/42, K. 2017/8, K.T. 18.01.2017, <https://www.lexpera.com.tr>, E. T. 01.10.2019, ÜLGEN, s. 13-14.

⁹⁶ YILMAZ, Halit, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 13, Y. 2019, s. 387.

uygun görülmemektedir. Yani bu tür bireysel işlemler bakımından Danıştay'ın değil Anayasa Mahkemesinin yetkili olacağı ileri sürülmektedir⁹⁷. Ancak bu görüşte bireysel haklar yönünden yargısal korumanın tam gerçekleşmeyeceğinin belirtilmesi gerekir.

Nitekim benzer bir durum için verilen bir Danıştay kararında "652 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye, 14.3.2014 günlü, 28941 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6528 sayılı Yasa'nın 25. maddesi ile eklenen geçici 10. maddenin 8. fıkrasında, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hâlen Okul ve Kurum Müdürü, Müdür Başyardımcısı ve Yardımcısı olarak görev yapanlardan görev süresi dört yıl ve daha fazla olanların görevinin, 2013-2014 ders yılının bitimi itibarıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği, görev süreleri dört yıldan daha az olanların görevinin ise bu sürenin tamamlanmasını takip eden ilk ders yılının bitimi itibarıyla başka bir işleme gerek kalmaksızın sona ereceği" hükmü gereği davacının yöneticilik görevinin sona erdirilmesinde, "fiili olarak yerine getirilen bir icrai işlem" olduğuna ve işin esasına girilerek idare mahkemesinde bir karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir⁹⁸.

Danıştay ve Anayasa Mahkemesi arasında oluşabilecek görev sorununa ilişkin, Devlet Denetleme Kurulunu düzenleyen Cumhurbaşkanlığı kararnamesine karşı açılan bir davada Ankara Barosu, Devlet denetleme Kurulunun meslek örgütlerini, işçi ve işveren örgütlerini, dernekleri ve vakıfları denetleme ve görevden uzaklaştırma yetkisinin⁹⁹ tam kanunsuzluktan Anayasaya aykırı

⁹⁷ YILMAZ, s. 388.

⁹⁸ Danıştay, 2. D., E. 2014/9392, K. 2015/3585, K.T. 01.04.2015, <https://www.lexpera.com.tr>, E. T. 01.10.2019.

⁹⁹ 5 Nolu Devlet Denetleme Kurulu Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi madde 6; "Grup başkanı; a) Denetlemeler sırasında denetimi güçleştiren veya engelleyen davranışlarda bulunan, b) Görevde kalması halinde kamu zararını artıracığı anlaşılan, c) Suç delillerini karartacağı anlaşılan, ç) Kamu hizmetinin gerekleri yönünden görevi başında kalmasında sakınca görülen, her kademe ve rütbedeki görevliler hakkında görevden uzaklaştırma tedbiri uygulayabilir veya bu tedbirin uygulanmasını yetkili makamlara önerebilir."

olduğu iddiasıyla iptalini istemiştir. Ancak bu davayı Anayasa Mahkemesine gönderilmek üzere Danıştay'da açmıştır¹⁰⁰. Olaydaki Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin yürütme alanına ilişkin asli nitelikte düzenleyici bir işlem olduğu ve dolayısıyla anayasal yargı denetimine tabi olduğu konusunda bir sorun yoktur. Ancak Ankara Barosunun Anayasa Mahkemesine gönderilmek üzere Danıştay'da dava açmasında bir sorun vardır. Bu dava Anayasanın 150. maddesine göre Baro tarafından doğrudan Anayasa Mahkemesinde açılmazdı. Ancak Anayasa Mahkemesinin yetkisine girdiği için Danıştay'da da açılmaması gerekirdi. YSK'nın seçilme yeterliliğine ilişkin ağır sakatlıkların seçimlerin kesinleşmesinden sonra bile süre ve iddialara bakılmaksızın denetlenebileceğine ilişkin olan tam kanunsuzluk içtihadı, bu davanın Danıştay'da Ankara Barosu tarafından açılabilmesine yeterli değildir. Danıştay'ın incelemeye geçtikten sonra itiraz yoluyla dosyayı Anayasa Mahkemesine göndermesi de beklenemez. Çünkü Danıştay Anayasa Mahkemesinin görevli olduğu bir alanda esas incelemesine girmeden görevsizlik kararı verecektir. Dolayısıyla her ne kadar menfaatini ilgilendirse ve hatta ilgili kararname ağır yaptırımlar getirirse de bu kararnamenin Anayasaya aykırılığı konusunda Ankara Barosu dava açamayacaktır. Ancak kararnamenin Baro üyelerinden birine uygulanması durumunda işlem somutlaştırılmış olacağı için menfaat ihlalinin geniş yorumlanmasıyla Danıştay'da dava açılacaktır. Bu olay Anayasa Mahkemesiyle Danıştay arasındaki görev ve kişiler açısından oluşan yargısal korunma sorunlarına ilişkin önemli bir örnektir.

Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetimiyle ilgili başka bir sorun eskiden Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler kapsamında kalan bazı kararların bugün yargısal denetiminin mümkün olup olmadığı konusudur. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında tutulan işlemler olarak önceki Anayasada yasama kısıntısı getirilmiş olduğu yukarıda belirtilmiştir. Ancak Cumhurbaşkanının bu tür kararlarının yargı

¹⁰⁰ http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/1083271/Kararnamelere_ilk_dava.html, E.T. 01.10.2019.

denetiminin dışında tutulmasının tek nedeni Anayasada yasama kısıntısı getirilmesi olmadığı gibi Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında kaldığını belirten Anayasa hükmünün ilga edilmesiyle de bu tür kararların bugün yargı denetimine tabi olacağı tartışmalıdır. Çünkü bu tür kararlar aynı zamanda Cumhurbaşkanının devletin başı olması sıfatıyla yaptığı ya da Devletin yüksek menfaatini ilgilendiren ve hükümet tasarrufu olarak adlandırılan işlemler sınıfına girebilmektedir.

2017 Anayasa değişikliklerinden önce Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin yargı denetimi dışında kalacağı belirtilmiş, ancak Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapacağı belirtilmemiştir. Bu işlemlerin tespiti için eski sistemde yapılan tartışma bugün de hangi Cumhurbaşkanı kararlarının hükümet tasarrufu olarak değerlendirileceği ya da hangilerinin idari işlem sınıfı içerisinde görülemeyecek işlemler olduğu şeklinde devam etmektedir. Bu tartışma sonucuna göre yargısal denetimin olup olmayacağı ortaya çıkacaktır.

Hükümet tasarrufu teorisi Türkiye’de 1924 Anayasası döneminde görülmeye başlanmıştır. Hükümetin bazı işlemlerinin Danıştay kararlarında devletin siyasi tasarrufları olarak nitelenmesi ve devletin yüksek menfaatlerini korumak amacıyla yapıldığı için yargı denetimi dışında bırakılması şeklinde içtihatlarla yansımıştır. Bu işlemlere karşı açılan davalarda Danıştay inceleme yapmak için herhangi bir hukuki engel olmamasına rağmen görev yönünden ret kararları vermiştir. Bu şekilde bir yargı kısıntısı oluşturarak hukuk devletinin işlemlerinin yargı denetimine tabi olması ilkesine bir istisna getirmiştir. 1924 Anayasası döneminde hükümet tasarrufu olarak görülen işlemler genel olarak Cumhurbaşkanının işlemlerinin dışındadır. Mukabele bilmişil kararları, zorunlu iskana tabi tutulma kararları, Türk vatandaşlığından çıkarma kararları, yabancıların sınır dışı edilmesi kararları böyledir¹⁰¹.

¹⁰¹ KAYA, Cemil, “Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/Egemenlik Hakkı Teorisine”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, Y. 2016, s. 638-639.

1961 Anayasası döneminde ise Danıştay, Cumhurbaşkanının Cumhuriyet Senatosuna üye seçiminin niteliği itibariyle yargı denetimi dışında olduğunu belirterek üstü kapalı şekilde hükümet tasarrufu içtihadını uygulamıştır. Ancak burada Danıştay işlemin niteliğini ortaya koymamış ve hükümet tasarrufu teorisinin kapsamını belirtmemiş, sadece görevsizlik kararıyla tartışmayı noktalamıştır¹⁰². 1961 Anayasasından sonra hükümet tasarrufları teorisi siyasi etki ve düşüncelerle ayakta kalabildiği, bu özelliği dolayısıyla da kişi hak ve özgürlükleri bakımından tehlikeler taşıdığı için eleştirilmiş, bu kapsamda kalan işlemlerin yargısal denetime tabi olması gerektiği önceden beri iddia edilmiştir¹⁰³.

Gerçekten de günümüzde örneğin üst düzey kamu yöneticilerinin atanması, Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemelere üye seçilmesi ya da af yetkisinin kullanılması gibi Cumhurbaşkanı kararları bakımından hükümet teorisi içtihadını işletip devletin yüksek menfaatinden bahsetmek yerinde olmayacaktır¹⁰⁴. Çünkü buradaki örnekler 1924 Anayasası döneminde Danıştay kararlarına konu olan örnekler gibi değildir. Ancak bu tür Cumhurbaşkanı kararlarının siyasi tasarruf yönünün ağır bastığından hareketle ne yönden ve nasıl bir yargısal denetime tabi tutulacağı tartışılabilir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının bu kararları takdir yetkisi kapsamında ve yerindelikle ilgili olarak aldığı kabul edilebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken konu Cumhurbaşkanının yetkisini kullandığı alanların yüksek mahkemelere üye seçmek, üst düzey kamu yöneticilerini atamak ya da hakkında hüküm ku-

¹⁰² Danıştay, E. 1979/547, K. 1979/575, K.T. 16.02.1979, ERKUT, Celal, İptal Davasını Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No; 51, Ankara, 1990, s. 160.

¹⁰³ ERKUT, s. 159.

¹⁰⁴ Gözler, hükümet tasarrufu denilen işlemlerin siyasi yönünün ağır basmasından ya da Cumhurbaşkanının devlet başkanı sıfatıyla yaptığı işlemler olması nedeniyle yargı denetimi dışında kalmadığını, bunların idari işlemler olmadığı için yargı denetimi dışında kaldığını belirtmektedir. Sayılan yetkiler de Gözler'in belirttiği hükümet tasarrufu kapsamına girmemektedir. Gözler'e göre Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakan atama işlemi, seçimlerin yenilenmesi kararı, olağanüstü hâl ilan etme kararı birer hükümet tasarrufudur ve idari işlem olmadıkları için yargı denetimine tabi tutulamaz. GÖZLER, s. 757. (İdare)

rulmuş kimselerin affedilmesi gibi çok önemli konular olmasıdır. Bu alanda alınan Cumhurbaşkanı kararlarının siyasi yönünün ağırlığından, idari işlem niteliğini kaybettiğinden ya da takdir yetkisi kapsamında kaldığından hareketle yargı denetimi dışında kalmasını kabul etmek riskli olabilir.

2017 Anayasa değişiklikleri öncesi Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerle ilgili çarpıcı bir örnekte 10. Cumhurbaşkanı'nın tek başına kullanabildiği af yetkisiyle terör eylemlerinden hüküm giyen bir mahkûmu affetmesi ifade edilmiştir. Somut olaya göre jandarma karakoluna bombalı saldırı suçundan on beş yıl hapis cezasına mahkûm olan Orhan Gül adlı kişi, 10. Cumhurbaşkanı'nın 31.01.2003 tarihinde 19 sayılı kararıyla affedilmiştir. Ancak daha sonra aynı kişi 26.10.2004 tarihinde Tunceli'de güvenlik güçleriyle girdiği çatışma sonucunda ölü olarak ele geçirilmiştir. Bu olayda 10. Cumhurbaşkanı'nın önceki Cumhurbaşkanı'na oranla çok daha fazla af kararı imzalamasının yanında bu af kararlarını tek başına imzalaması ve bu işlemlerinden dolayı yargı denetimine tabi olmadığı için sorumsuz olması kamuoyunda ve doktrinde eleştirilmiştir¹⁰⁵. Aynı af yetkisi bugün de geçerlidir.

Elbette Cumhurbaşkanı kararlarının alınması konusunda geniş bir takdir yetkisi alanı bulunmaktadır. Ancak bu işlemlerin bir kısmının hatalı yetki devriyle, Resmî Gazete'de yayımlanmadan ya da diğer şekil eksiklikleriyle hukuki sakatlık taşıması mümkündür. Yine yüksek mahkemelere üye seçimi Cumhurbaşkanı'nın salt devletin başı olmaktan kaynaklanan bir yetkisi olmaktan çıkmış, idari görünümü ağır basan bir işlem olmuştur. Böylece boş kadro olmadığı hâlde fazladan üye seçimi, seçilen kişinin kanuni şartları taşıyaması gibi muhtemel usulsüzlükler, minimum düzeyde de olsa esastan bir denetimi gerekli kılmaktadır¹⁰⁶.

Cumhurbaşkanının siyasi yönü ağır basan, yerindeliğini kendisinin tespit edeceği ve geniş takdir yetkisinin olduğu karar-

¹⁰⁵ GÖZLER, s.326. (Anayasa Dersleri)

¹⁰⁶ IŞIKLAR, Celal, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Sonrası Yasama Kısıntıları", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 17, Y. 2019, s. 113-114.

lar da vardır. Örneğin yabancı devletlerle ilişkiler kapsamında alınan uluslararası anlaşmaların görüşmesini yapma için yetki belgesi verilmesine dair Cumhurbaşkanı kararı, büyükelçi atama kararı, ani bir saldırıda silahlı kuvvetlerin kullanılmasına derhâl karar verilmesi gerektiği hâllerde Cumhurbaşkanının Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılması kararı¹⁰⁷ böyledir. Ancak burada da bir hükümet tasarrufu aramak ya da bu işlemlerin idari işlem olmadığını kabul edip yargı denetimi dışında tutmak isabetli olmayacaktır. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetimi dışında kalacağı hükmünün kaldırılmasıyla ve 2017 değişiklikleriyle birlikte yürütmenin tek sorumlu kanadının Cumhurbaşkanı olmasıyla birlikte Cumhurbaşkanlığı işlemleri bakımından yargı denetimi dışında alan kalmamıştır. Cumhurbaşkanının bir idari makam olarak hukuki etki ve sonuç doğuran bütün işlemleri idari işlemdir ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleri hariç bütün işlemleri şu veya bu şekilde idari yargı denetimine tabidir. Burada eğer Cumhurbaşkanının yerindeliliğini kendisinin tespit edeceği, takdir yetkisi kullanacağı bir alan varsa bunun da tespitini yapacak olan yine yargı mercileridir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı kararlarının siyasi yönü ağır basanları az, siyasi yönü bulunmayanları çok oranda denetlenebilecektir¹⁰⁸. Ancak az veya çok bütün Cumhurbaşkanı kararları yargısal denetime açık olmalıdır.

SONUÇ

Yeni sistemin işleyişinin ilerlemesiyle birlikte, Cumhurbaşkanı kararları hakkında yapılan teorik incelemelerin güncellenme ihtiyacının olduğu gün yüzüne çıkmaya başlamıştır. Çünkü yeni sistemin uygulanmaya başladığı andan itibaren geçen süre zarfında doktrinde yapılan çalışmalarda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve Cumhurbaşkanı kararının kavramsal olarak oturduğu söylenemez. Yukarıda ifade edildiği gibi bazı yazarlar Cumhurbaşkanının bireysel işlemleri hakkında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ya da Cumhurbaşkanı kararnamesi gibi ifadeleri kullanmakta sa-

¹⁰⁷ GÖZLER, s. 758. (İdare)

kınca görmemiş, hatta bu işlemlerin Anayasa Mahkemesi denetiminde kalabileceğini bile belirtmiştir. Bugün ise bireysel işlemlerin genel olarak Cumhurbaşkanı tarafından Cumhurbaşkanı kararıyla yapıldığını ve bu konuda yargısal bir görev sorunu oluşturmaya-
cak şekilde işleyişin devam ettiğini söyleyebiliriz.

Tabi ki bu işleyişin aksamadan devam edeceğini öngörmek zordur. Bu öngörümezliğin nedeni bizzat Anayasadan kaynaklanan düzenleme sorunlarıdır. Anayasanın pozitif olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine bireysel işlemler yapma yönünden bir engel oluşturmadığı ya da bir belirlemeye gitmediği ortadadır. Hâlbuki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri asli nitelikte ve kanunlar gibi etki oluşturan düzenleyici işlemler olması dolayısıyla Anayasa Mahkemesi denetimine sokulmuştur. Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine Anayasada verilen önemden ve sürekli kanunlarla kıyaslanmasından bireysel işlemlerin aracı olamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumun Anayasada da açıkça ifade edilmesi ilerde yaşanabilecek yargısal sorunların önünü bir ölçüde alabilir.

Cumhurbaşkanı kararı, idari bir karar olarak somut durumlara ve belirli kişilere özgü yapılmalıdır. Cumhurbaşkanı kararıyla düzenleyici hükümler getirmek yargısal denetim açısından sorun teşkil edebilecek bir diğer konudur. Bugün düzenleyici nitelikte Cumhurbaşkanlığı kararları mevcuttur. Bu durumun kavramsal ve niteliksel açıdan hukuki belirliliği etkilediği ortadadır. Düzenleyici nitelikte olan işlemlerin Cumhurbaşkanı kararı adı altında değil de türüne göre yönetmelik, genelge veya diğer düzenleyici işlem adlarıyla yürürlüğe konulması yerinde olacaktır. Cumhurbaşkanlığı kararlarının sadece bireysel işlemler için alınması önemlidir.

Bazı Cumhurbaşkanlığı kararlarının yargı denetimi dışında kalabileceğine yönelik görüşlere katılmak isabetli görülmemektedir. Bir Cumhurbaşkanlığı kararının hükümet tasarrufu olabileceği ya da siyasi yönünün öne çıkması nedeniyle idari işlem özelliğini kaybedeceği argümanı mantığa uygun değildir. Öncelikle hükümet tasarrufu denilen kavramın hukuk devleti ilkesinin tam işletilmediği dönemlerde çokça kullanıldığına dikkati çekmek gereklidir. Bugün ise bu kavram işlerliğini kaybetmiştir. Cumhurbaşkanının

hiçbir kararında devletin yüksek menfaati nedeniyle hükümet tasarrufu teorisini işletip yargısal denetime sınır koymak gerekmemektedir. Bir olayda Cumhurbaşkanı devletin yüksek menfaati gereği bir karar alacaksa, o alanda zaten Cumhurbaşkanına yerindediğin takdirini yapma yetkisi verilmiş demektir. Bir Cumhurbaşkanı kararının idari işlem gerekçesiyle yargı denetimi dışında kalabileceği iddiası da sağlam bir iddia değildir. Gerçekten de Cumhurbaşkanının bazı sembolik işlemlerini idari nitelikte görmemek gerekir. Örneğin Cumhurbaşkanının Mecliste açılış konuşması yapması ya da mesaj vermesi idari bir işlem olarak görülemez. Ancak icrai niteliği bulunan, hukuk dünyasında etki ve sonuç doğuran Cumhurbaşkanı kararları tamamen idari işlemdir. Dolayısıyla hiçbir Cumhurbaşkanı kararı yargı denetimi dışında bırakılamaz, bırakılmamalıdır.

Cumhurbaşkanının icrai nitelikte ancak siyasi yönü ağır basan Cumhurbaşkanı Yardımcısı ataması, bakan ataması, diplomatik faaliyetlere ilişkin kararları ise siyasi işlem görünümüne idari işlemlerdir. Bu alandaki takdir yetkisinin sınırları çok geniş olabilir. Yargısal denetimin kapsamı da çok dar olabilir. Ancak yargısal denetimin olmayacağını savunmak hukuk devleti ilkelerine uygun değildir.

Cumhurbaşkanının karar aldığı bazı alanlar Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetiminde yargısal korunmadan faydalanacaklar açısından sorun oluşturabilir. Örneğin bugüne kadar Resmî Gazete’de yayımlanan Cumhurbaşkanı kararları arasında bir çok acele kamulaştırma kararı bulunmaktadır. Elbette böyle bir idari işlemi yapmaya Cumhurbaşkanının yetkisi vardır. Ancak devletin başı olan Cumhurbaşkanı zaten çok fazla iş yüküyle meşgulken, acele kamulaştırmaya ilişkin kararların alınması gerekiyorsa, bunların tespitini ve kararını bakanlıkların belirlemesi daha uygun olabilir. Cumhurbaşkanının böyle bir karar alması sonucunda, yargısal denetimin normal kamulaştırmaya göre acele kamulaştırmada idare karşısında kişiler için daha dezavantajlı olmasının yanı sıra, yargısal korunma talebinde bulunanların karşısında normal bir idarenin değil Cumhurbaşkanının bulunması açı-

sından da dezavantajlı bir durum oluşmaktadır. Cumhurbaşkanı kararını denetleyecek olan Danıştay'a Cumhurbaşkanı tarafından üye seçildiğini bu noktada hatırlamakta fayda vardır.

Sonuç olarak 2017 Anayasa değişiklikleri sonrası Cumhurbaşkanı'nun yürütmenin tek yetkilisi hâline gelmesiyle hukuki zeminde bir güç patlaması yaşanması kaçınılmazdır. Bunu şu ana kadar yapılan Cumhurbaşkanı işlemlerinin sayısına ve ayrıntısının derinliğine bakarak anlayabiliriz. Yürütme alanına ilişkin bu neredeyse sınırsız yetki kullanımı Cumhurbaşkanı kararlarıyla da hukuk dünyasına yansımaktadır. Cumhurbaşkanı başka bir makam ya da kişi katılmaksızın o kadar çok yetki kullanmaktadır ki, Cumhurbaşkanı kararları ve Cumhurbaşkanı kararları arasında değinilen ilişkide olduğu gibi bu yetkilerin birbirine geçmesi ve nihayet yargı organlarına havale edileceği aşamada sorunların ve içtihat farklılıkların ortaya çıkması mümkündür. Cumhurbaşkanı kararlarının yargısal denetiminin sorunları karşısında, yargı organlarının işin içinden çıkıp çıkamayacağını bu konuda kararlarını yayımlamaya başladığında anlayacağız. Ancak ilerleyen süreçte Cumhurbaşkanı işlemleri hakkında Anayasal düzenlemelerin açık olmadığı eleştirilerinin giderek yüksek perdeden dile getirileceğini ve yeni değişikliklerin ya da eklemelerin zorunluluğunu göreceğimiz kanaatindeyiz. Çünkü şu ana kadar idari işlem açısından Cumhurbaşkanlığı kararları ve Cumhurbaşkanı kararları genel olarak tutarlı bir şekilde uygulanıyor görülse de Cumhurbaşkanı'nın, karar ve kararnamelerin bu hâliyle uygulanışına riayet edeceği ve Anayasadaki düzenleme eksikliklerinden faydalanıp karar ve kararnameleri birbirinin yerine kullanmayacağı garanti edilemez.

KAYNAKLAR

- AÇIL, Murat, "2017 Değişiklikleri Çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", İstanbul Üniversitesi İstanbul Hukuk Mecmuası, S. 76/2, Y. 2018, s. 725-756.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Ankara, 2018.
- AKYILMAZ, Cemre, "2017 Anayasa Değişikliğine Göre Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 23, S. 1, Y. 2019, s. 191-207.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı, Ankara, 1997.
- ANAYURT, Ömer, Anayasa Hukuku, Ankara, 2018.
- ARDIÇOĞLU, M. Artuk, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2017, s. 21-51.
- ATAR, Yavuz, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi ve Anayasallık Denetimi", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 241-259.
- AZAKLI, Murat, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Somut Norm Denetimi Yoluyla İncelenmesi", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 73-103.
- BAKIRCI, Fahri, "Anayasa Mahkemesinin Eylemli İçtüzük Kuralına İlişkin İçtihat Değişikliğinin Gerekçesi Üzerine", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 112, Y. 2014, s. 257-296.
- BEKTAŞ, Eda, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama-Yürütme İlişkisi ve Bu Sistemin Türkiye Demokrasisine Etkileri", Yasama Dergisi, S. 39, Y. 2019, s. 199-218.
- BOZTEPE, Mehmet, "2017 Yılı Anayasa Değişikliği Sonrası Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Hukuki Rejimi", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, Y. 2018, s. 5-31.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2016.
- DEMİRBAĞ, Cengiz, "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Yasama Organı, Yasama Süreci ve Yasama Sürecinde Yasama-Yürütme İlişkisi", Yasama Dergisi, S. 39, Y. 2019, s. 13-50.
- EREN, Abdurrahman, "Anayasa Mahkemesinin Kanun Hükmünde Kararnamelere İlişkin İçtihadı Doğrultusunda Cumhurbaşkanlığı

- Kararnamelerinin Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 1-72.
- ERKUT, Celal, İptal Davasını Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları No; 51, Ankara, 1990.
- EROL, Ömer Faruk, “Cumhurbaşkanlığı Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi”, Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yürütme Sempozyum Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 65-87.
- GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi Yoksa Neverland Sistemi mi?”, Bursa Barosu Dergisi, C. 42, S. 99, Y. 2017, s. 51-64.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Bursa, 2019. (İdare)
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, 2018. (Anayasa)
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 21. Baskı, Bursa, 2017. (Anayasa Dersleri)
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, 33. Baskı, Ankara, 2015.
- GÜNDAY, Metin, “OHAL, İhraç KHK’leri ve Hukuki Durum”, Ankara Barosu Dergisi, S. 1, Y. 2017, s. 29-39.
- İŞIKLAR, Celal, “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Sonrası Yasama Kısıntıları”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 17, Y. 2019, s. 71-132.
- İBA, Şeref/ SÖYLER, Yasin, “Yeni Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Cumhurbaşkanı Kararının Nitelik Farkı ve Hukuki Sonuçları”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 195-223.
- KAHRAMAN, Mehmet/ BALKAN, Ali, “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve Denetimi”, International Journal of Academic Value Studies, C. 4, S. 19, Y. 2018.
- KALELİ, Temel, 1982 Anayasasına Göre Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemler ve Bu İşlemlerin Hukuk Devleti İlkesi Yönünden İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
- KAPLAN, Gürsel, İdari Yargılama Hukuku, Bursa, 2016.

- KAYA, Cemil, "Danıştay İçtihatlarında Hükümet Tasarrufu Teorisinden Devletin Hükümranlık/Egemenlik Hakkı Teorisine", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 7, Y. 2016, s. 637-663.
- OCAK, Kasım, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile İdari Vesayet yetkisi Düzenlemesinin Bir Örneği Olarak Cumhurbaşkanlığı Ofisleri", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 163-193.
- ONAR, Sıddık Sami, "Amme Hukukunda Hukuki Tasarruflar ve Kazai Murakebe", Cemil Birselle Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1939, s. 275-335.
- ÖZAY, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, 2004.
- SANCAKDAR, Oğuz/ US, Eser/ KASAPOĞLU TURHAN, Mine/ ÖNÜT, Lale Burcu/ SEYHAN, Serkan, İdare Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2017.
- SÖYLER, Yasin, Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Ankara, 2018.
- ŞİRİN, Tolga, "İşlemeyen Sistemlerin Fonksiyonel Olmayan Yanıtı: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", <https://www.academia.edu/>, s. 1-48, E.T. 18.09.2019.
- TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 27. Baskı, İstanbul, 2016.
- TAMER, Giray, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ile Cumhurbaşkanının Kanunları Veto Yetkisi Karşısında Meclisin Durumu", www.anayasa.gen.tr/tamer-ay-degisikligi, E.T.17.09.2019.
- TAŞDÖĞEN, Salih, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 3, Y. 2016, s. 937-966.
- TOPAL, Emre, "Eylemli İçtüzük Değişiklikleri", Yasama Dergisi, S. 16, Y. 2010, s. 35-55.
- TUNÇ, Hasan, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2018.
- TURAN, A. Menaf, "Türkiye'nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", Social Sciences Research Journal, C. 7, S. 3, Y. 2018, s. 42-91.
- TURHAN, Mehmet, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No; 9, Diyarbakır, 1989.
- TÜRK, Hikmet Sami, Nasıl Bir Anayasa Değişikliği?, Ankara, 2014.

- ULUSOY, Ali, "Cumhurbaşkanının Tek Başına Yaptığı İşlemler ve Yargısal Denetimi Sorunu", Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2008, s. 13-25.
- ÜLGEN ADADAĞ, Özen, "Kanun-Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi İlişkisinin Yargısal Denetimine Yönelik Sorunlar", https://www.anayasa.gov.tr/media/6106/ulgen_adadag.pdf, E.T. 24.09.2019, s. 261-277.
- ÜLGEN, Özen, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, Y. 2018, s. 3-39.
- YENİAY, Lokman/ YENİAY, Gül den, "Türk Hukukunda Yürütme Organının Düzenleme Yetkisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, S. 1, Y. 2019, s. 105-138.
- YILDIRIM, Turan, "Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 2, Y. 2017, s. 13-28.
- YILDIRIM, Turan/ YAŞIN, Melikşah/ KAMAN, Nur/ ÖZDEMİR, H. Eyüp/ ÜSTÜN, Gül, OKAN TEKİNSOY, Özge, İdare Hukuku, 7. Baskı, İstanbul, 2018.
- YILMAZ, Halit, "Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Yargısal Denetimi", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 13, Y. 2019, s. 373-392.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku Cilt 1, Ankara, 2012.

6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU KAPSAMINDA ECZACILARIN YARDIMCI KİŞİLERİN EYLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUKLARI

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet DOĞAR*

Öz

Eczacılar mesleki faaliyetlerini sürdürdükleri eczanelerde işin doğası gereği zorunlu olarak yardımcı personel çalıştırmak zorunda kalmaktadır. Eczacıların, ilaç ve benzeri ürünlerin satışı nedeniyle sözleşmeden, tüketici hukukundan ya da haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukları düşünüldüğünde, eczacılarla birlikte çalışan yardımcı personelin çalıştırılmasında gereken özenin gösterilmesi gerekir. Eczanelerde yardımcı personel olarak çalışan kişilerin başkalarına verdikleri zararlardan eczacının ne şekilde sorumlu olacağı ve alt çalışan olarak tabir edilen diğer personellerin (çırak, temizlik görevlisi vb.) durumu da bu çalışmada incelenecektir. Son yıllarda satış oranları gittikçe artan ve OTC (Over The Counter) "tezgâh üstü" denilen reçetesiz ilaçların yardımcı personel tarafından satışı halinde doğabilecek zararlar açısından da eczacının sorumluluğuna değinilecektir.

Anahtar Kelimeler

Eczacının Sorumluluğu • Adam Çalıştıranın Sorumluluğu • Sağlık Hukuku • Tezgah Üstü İlaç • Yardımcı Kişi

* Dr. Öğr. Üyesi, Harran Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Şanlıurfa, Türkiye | Asst. Prof., Harran University, Faculty of School of Economics and Administrative Sciences, Department of Commercial Law, Şanlıurfa, Turkey.

✉ mdogar@harran.edu.tr • ORCID 0000-0003-0730-7366

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: DOĞAR Mehmet, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eczacıların Yardımcı Kişilerin Eylemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3257-3298.

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

LEGAL LIABILITY OF THE PHARMACISTS FOR ACTS OF ASSISTANT PERSONS IN ACCORDANCE WITH THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS NO 6098

Abstract

Pharmacists have to employ assistant personnel in pharmacies where they carry out their professional activities. Considering the responsibilities of pharmacists arising from the contract, consumer law or tortious act due to the sale of drugs and similar products, due care should be taken in employing the auxiliary personnel working with the pharmacists. In this study, how the pharmacist will be responsible for the damages caused to others by the people working as assistant personnel in pharmacies and the situation of the other personnel (apprentice, cleaning staff, etc.) who are called sub-employees will be examined. The responsibility of the pharmacist will also be mentioned in terms of the damages that may arise in the case of sales of OTC (Over The Counter) medicines, whose sales rates have increased in recent years, by assistant personnel.

Key Words

Liability of Pharmacist • Liability of Employer • Health Law • OTC Medicine • Assistant Person

GİRİŞ

Eczacılık (Apothekerwissenschaft, Pharmacy), hastalıkların teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması, ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkinliği ve maliyeti bakımından gözetimi; ilaçla ilgili standardizasyon ve kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildirimini yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten bir sağlık hizmeti olarak tanımlanmaktadır (EEHK m.1)¹.

6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun (EEHK) m. 1/2'ye göre Türkiye'de eczane açma yetkisi münhasıran eczacılık fakültesi mezunu olan eczacılara tanınmış bir haktır. Eczacılar, akademik ve

¹ İlaçların toplanması, hazırlanması, standart hale getirilmesi ile uğraşan sanat ve tatbiki bilim dalı. Eczacılık alanına, ilaç olarak kullanılan bitkilerin elde edilmesi ve tıbbi değeri olan kimyevi maddelerin sentezi girmektedir. Tıpta kullanılan ajanların analizi ve standartlaştırılması da eczacılığın konusudur. Ayrıca bkz. www.tdk.gov.tr. www.turkcebilgi.com (16.03.2021).

mesleki eğitim almış, deneyim sahibi ve nitelikli bireylerden oluşan bir meslek grubudur.

Eczaneler hastalara ilaçların doğru kullanımını tarif eden, yönlendiren ve hatta ilacın kullanımını da takip etmesi gereken sağlık birimidir. Bunlarla birlikte, üretici firmaların hazırladığı müstahzar ilaçların yanında, majistral ilaç olarak da tabir edilen “yapma ilaçların” hekim reçetelerine göre hazırlanıp satıldığı yerlerdir.

Eczacılar kendilerinden ilaç, tezgâh üstü ilaç, kozmetik vb. ürün satın alan hastalarla aralarında kurdukları güven duygusu nedeniyle halk tarafından güvenilen bir meslek kolu olarak görülmekte ve hastalarla doğrudan muhatap olduğundan en yakın ve kolay ulaşılabilir bir sağlık danışmanı olarak da kabul edilmektedir. Eczaneler ve dolayısıyla eczacılar, hastalığın tedavi sürecinde ilaç kullanımının önem arz ettiği durumlarda kritik bir görev üstlenirler. Zira ilaç veya farklı ürünlerin kullanımı ve takibinde eczacı önemli rol oynar². Hastalara ilacın temin edilmesi, ilaç kullanımının tarifi, doğru ilacın verilmesi gibi hususlar tedavi süreci ve hastanın kısa zamanda iyileşmesi adına mühim aşamalar olduğundan eczacılık mesleğini yapacak kişilerde belirli bilgi ve tecrübenin kanuni olarak aranması isabetlidir³.

Eczacıların tedavi sürecinde yapabilecekleri hatalar, aynen hekimin görevini yerine getirirken yapacağı hatalar gibi, hastanın hayatını tehlikeye sokabilecek ve hatta ölümüne yol açabilecek nitelikte olabilir. Bu derece önemli bir görevi yerine getiren eczacıların elbette gereken özen ve dikkati göstermesi kendilerinden beklenmektedir⁴. Ancak birçok

² ATİLA, Sıtkı, “Hastanın Eczacıya Bakışı”, İstanbul Medipol Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 8 vd.

³ Bkz. EEHK m. 1/2, m. 2 ve m. 5/9. EEHY m. 5. Ayrıca bkz. Dn. 1.

⁴ Eczacıların, kendilerinden ilaç vb. ürün satın alan hasta/tüketicilere karşı aydınlatma yükümlülüğünün ilk kanuni dayanağı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik m. 7/a hükmünde görülmektedir. Buna göre eczacı hastanın ilaçlarını, ilaçların uygulanmasında kullanılan araçları ve tıbbi cihaz ve malzemeleri güvenli ve etkin bir şekilde kullanabilmesine yardımcı olur, bunlar hakkında yeterli bilgi ve kavrayışa sahip olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bir görüşe göre, eczacının aydınlatma yükümlülüğü sözleşme öncesi görüşmelerden (culpa in contrahendo) dolayı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle eczacı, satış yapılmadan önce hastaya dürüst davranmak ve özenli bir şekilde bilgilendirme yapmak zorundadır. Aksi durumda culpa in contrahendo sorumluluğu gereği sözleşmeye aykırılıktan bahsedilmesi müm-

faaliyet alanında olduğu gibi, eczacıların da günümüzde mesleklerini tek başına yürütmeleri mümkün değildir. Özellikle yoğun çalışan veya yüksek ciro lu eczanelerde yardımcı personel sayısı ihtiyaca göre artmaktadır. Eczanelerde çalışan “kalfa” veya “eczane teknikeri” gibi kişiler de hastalara ilaç temin etmekte, ilaç satışı yapmakta ve ilacın kullanım tarifi gibi konularda bilgi vermektedir⁵. Hatta çoğu kez bu kişiler, eczacının olmadığı zamanlarda hastalara danışmalık da yapmaktadır⁶.

İşte tam bu noktada yardımcı personelin ilaçları hatalı veya eksik vermesi ya da kırmızı/yeşil reçete ile satılması gereken ilaçların reçetesiz satılması veyahut hastaya ilacın kullanımı ile alakalı gerekli bilgilerin anlatılmaması (hastanın aydınlatılmamış olması) gibi durumlar ciddi zararların doğmasına neden olabilmektedir. Bu çalışmada, ortaya çıkan

kündür. Bkz. DOĞAN, Cahid, “Eczacı Uygulamalarında Aydınlatılmış Rıza”, Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı 6-7 Kasım 2015, Ankara, s. 127. Diğer bir görüşe göre, eczacının hasta ile arasındaki satım sözleşmesi ilişkisi, eczacının hastayı bilgilendirme yükümlülüğünün dayanağıdır. Sözleşme öncesi sorumluluk nedeni ve dürüstlük kuralının bir sonucu olarak eczacı, hastayı aydınlatmalıdır. ÖZEL, Çağlar/ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, İÜHFM, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 339 vd.

- 5 1219 Sayılı Kanunun geçici 7. maddesinin son fıkrasında, gerekli eğitimleri alan kişilerin eczane teknikeri olarak çalışabileceği düzenlenmiş, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik (EEHY- RG. Tarih: 12.04.2014, Sayı: 28970) m. 37’ye göre ise, eczanelerde çalışan personelin eczane mesul müdürünün sorumluluğu altında mesleki faaliyetlerini sürdürebileceği hüküm altına alınmıştır. 1219 Sayılı Kanun m. 7, Ek fıkra: 04/07/2012-6354/22 m.
- 6 EEHY m. 7/ç’ye göre eczacı, sağlığa ilişkin tüm ürünlerin hastanın gereksinimlerine uygun, güvenli ve akılcı bir şekilde tedarikini sağlamak ve bu konuda danışmanlık hizmeti verme yükümlülüğündedir. Bu noktada, “danışma yükümü” kavramından bahsetmek gerekir. Danışma yükümü, muhatabın vereceği bir karar için önemli olan hususlarda bilgilendirilmesidir. Ancak aydınlatma yükümlülüğünden farklı olarak, danışma yükümünde daha geniş ve kapsamlı bir bilgilendirme olduğu gibi, danışılan konu hakkında belirli fayda ve risklere ilişkin değerlendirme ve nihayetinde bir tavsiyede bulunma söz konusudur. Aydınlatma yükümlülüğünde verilecek bilginin talep edilmesi gerekmiyorken, danışma yükümünde bu bilgi veya tavsiye hasta tarafından talep edilmiş olabilir. Bkz. ERBEK, Özge, “Tüketici Satımlarında Satıcının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü ve İhlalinin Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2010, s. 72; HAKERİ, Hakan, İlaç Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 303 vd. Ayrıca bkz. 6197 sy. EEHK m.1 ve EEHY m. 6/d. Diğer açıklamalar için bkz. Dn. 21.

bu tip zararlarla alakalı eczacının hukuki sorumluluğu TBK m. 66 ve 116 kapsamında değerlendirilip incelenmeye çalışılacaktır.

Tüm bunlarla beraber son zamanlarda özellikle büyük eczanelerde dermokozmetik türü ürünler ile birlikte OTC (Over The Counter) yani “tezgâh üstü” olarak adlandırılan reçetesiz ilaçların yardımcı personel tarafından satışı durumunda doğabilecek zararlar açısından da eczacının sorumluluğu tartışılmalıdır. Bu nedenle, reçetesiz yani tezgâh üstü satılan ilaç veya kozmetik ürünlerin yardımcı personel danışmanlığı ya da tavsiyesi üzerine satışı dolayısıyla ortaya çıkan zararlar bakımından eczanın sorumluluğu konusu da irdelenecektir. Çalışmanın sınırlarını belirlemek adına ilaç veya kozmetik ürün üreticisi ile hekimin kusurundan doğan sorumluluklar konusu çalışma kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. ECZACI, ECZANE, YARDIMCI PERSONEL VE İLAÇ KAVRAMLARI

A. Eczacı ve Eczane Kavramı

Ecza Arapça da “ilaç”, “hane” ise Farsçadan dilimize geçerek oluşturulmuş ancak zamanla “eczane” halini almış bir kelimedir. Eczane, ilaçların hazırlandığı veya hazır ilaçların satıldığı yer anlamında kullanılmaktadır⁷. Eczacı ise, eczacılık fakültesinden mezun olmuş ya da Kanuna göre yabancı okullardaki eğitiminin yeterliliğini ispat ve tescil ettirmiş, eczacılık faaliyetlerini yürütmeye yetkili sağlık meslek mensubunu ifade eder (EEHY m.4/c). Bir diğer tanıma göre eczacı, ilacın üretiminden tüketimine kadar her aşamasında yetkili, akademik eğitim ve birikime sahip sağlık elemanı olarak belirtilir⁸. Başka bir tanım ise eczacılığı, ilacın yapımı ve hazırlanması (toplama sentezleme ve belli ölçüde üretme); ilacı pazarlayan (izinleri alan, pazarlayan, satan, dağıtan), ilaç temin eden ve ilaç bilgisi sunan (hastane eczanesi veya serbest eczanede) ve dolayısıyla ilacın üretilmesi aşamasından itibaren tüketimi ve hatta

⁷ www.sozluk.gov.tr (17.03.2021).

⁸ ŞENTÜRK, İsmail Hakkı, “Eczacının Hukuki Açısından Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 3. nek.istanbul.edu.tr:4444/ekos/TEZ/31197.pdf (15.03.2021).

tüketilmesinden sonraki her bir basamakta sorumluluğu olan kişi olarak ifade etmektedir⁹.

Eczacıların hastaya ilaç temini sürecinde yapacağı hatalar da tıpkı hekimin vazifesini ifa ederken yaptığı hatalar gibi yaşamını tehdit eden neticelere yol açabilir. Bu sebeple bu mesleği yapanların akademik ve mesleki bilgi birikimlerinin belirli bir olgunluk düzeyine erişmiş olmasının aranması son derece isabetlidir¹⁰.

Eczacı, hekim ve diğer sağlık profesyonelleri tarafından reçete edilen ilaçları hazırlayıp satmak ve hastalara ilaç kullanımı hakkında bilgi vermekle de yükümlü olup, ilacın son tüketiciye (hastaya) ulaşmasında deyim yerindeyse “tekel niteliğinde” hakka sahip bir statüdedir¹¹.

Eczacı ilaç sunumunun hatasız, reçete edilme amacına uygun, hastanın gereksinimleri ile uyumlu ve güvenli olmasını temin etmelidir. Reçeteye tâbi olmayan ilaçların ve sağlığa ilişkin tüm ürünlerin hastanın gereksinimlerine uygun, güvenli ve akılcı bir şekilde tedarikini sağlamakla da yükümlüdür. İlaçların kullanımı, saklanması ve imhası ile ilgili potansiyel zarar risklerine karşı gerekli tedbirleri alır. En önemli sorumluluklarından biri ise mesleki etiğe uygun davranması gerekliliğidir. Bilhassa hastaların özel yaşam ve mahremiyetini korumak bu anlamda ciddi önem arz eder (EEHK m.7/c-ç-d-e)¹².

⁹ DEMİR, Mehmet, “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, TBB Dergisi, Yıl: 23, S. 89, 2010, s. 119.

¹⁰ ALP, Cihan, “Ayakta Tedavilerde Özel Sağlık Kuruluşunun Eczacının Ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu”, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 67.

¹¹ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G./ OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila, “Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu” Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2016, S.4, s. 213.

¹² Eczaneler reçeteli ve reçetesiz olmak üzere iki şekilde satış yapabilmektedir. Bunlarla birlikte bazı yan ürünlerin de eczanede satışının yapılmasına izin verilmiştir. EEHK m. 28’e göre, gıda takviyeleri, kozmetik ürünler, kapsamı Sağlık Bakanlığınca belirlenen tıbbi malzemeler, anne sütü ve beslenme yetersizliğinde kullanılan çocuk mamaları ile erişkinlerin metabolizma bozukluklarında kullanılan tüm destekleyici ürünler eczanelerde satılabilir. İlaç dışı ürünler açıkça belirlenememekle birlikte İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 2’ye göre; tedavi edici özelliği olan sabunlar, ilaç kapsamına girmeyen ve kimyasal madde içermeyen tıbbi gıdalar, bazı aşılarda (grip aşısı vb.) ve içeriğinde zehirli madde bulunmayan temizlik ürünleri ilaç olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca bkz. aşa. I, D.

B. Eczacının Tacir ve Satıcı Sıfatları

Eczanelerin bir ticari işletme, eczacıların ise tacir olarak kabul edilmesi gerektiği Yargıtay HGK'nun, T. 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599 sayılı içtihadı ile açıklanmıştır. İlgili karara göre, 6197 sayılı Yasa'nın 19. maddesi gereği, eczacıların eczaneleri dışında başka bir meslek veya ticaretle meşgul olamayacakları düzenlenmiş olduğundan tacir oldukları kabul edilmektedir¹³. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/1-i gereği eczacı aynı zamanda satıcı sıfatını da haizdir. Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler de satıcıdır (TKHK m. 3/1-i). Eczanelerin kar amacı gütmemesi ise verilen hizmetin kamu hizmeti olmasına engel değildir¹⁴.

Taraflardan birinin satıcı/sağlayıcı, diğer tarafın TKHK m. 3/k'ya göre tüketici olması durumunda yapılan hukuki işlem tüketici işlemidir. TKHK m. 3/I, tüketici işlemi tanımlamıştır. Buna göre, tüketici işlemi "Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" ifade etmektedir. Madde metni incelendiğinde, yasa koyucunun eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeleri de

¹³ "...Kiracı davacının eczacı olduğu çekişmesizdir. Kira sözleşmesinde de, kiralananın eczane olarak kullanılacağı açıkça belirtilmiştir. 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un 19. maddesinde, eczacıların eczacılıktan başka ticaretle bizzat iştigal edemeyecekleri öngörülmek suretiyle, eczacıların tacir oldukları benimsenmiştir. Yargıtay uygulamasında da eczacılar TTK'nun 14/1 maddesi anlamında tacir olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, TTK'nun tacir olmanın sonuçlarını düzenleyen 20. maddesi ve özellikle bu maddenin 2. fıkrasındaki, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü, eczacılar için de söz konusudur... Ayrıca bkz. Yargıtay HGK, T. 25.11.1983, E. 1981/4-270, K. 1983/1221; Yargıtay 3. HD, E. 2020/8466, K. 2021/2665, T. 15.3.2021; Yargıtay 11. HD, E. 1976/1903, K. 1976/1650, T. 29.03.1976; Yargıtay 3. HD, E. 2021/410, K. 2021/2037, T. 1.3.2021; Yargıtay 19.HD, E. 2015/5655, K. 2015/13795, T. 2.11.2015; Yargıtay 11. HD, E. 2014/17508, K. 2015/2563, T. 25.2.2015. Yargıtay 3. HD, E. 2020/920, K. 2020/5529, T. 7.10.2020. www.kazanci.com.tr (19.10.2021).

¹⁴ ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 219.

tüketici işlemi kavramına dahil etmesi, tüketici işlemi kavramının geniş olarak yorumlanması gerektiğinin bir göstergesi olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, eczacı ve eczaneden ilaç veya reçetesiz ürün satın alan kişi arasındaki hukuki ilişkinin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla somut olaydaki duruma göre TKHK hükümlerinin uygulanması gerekir. Ancak TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde m. 83 gereği genel hükümler uygulanacaktır¹⁵.

C. Yardımcı Personel (Eczacı Teknikeri/Teknisyeni) Tanımı

Eczacı teknisyeni, eczacı teknikeri, eczane destek personeli veya eczacı kalfası olarak da adlandırılan çalışanlar, eczacılık faaliyetlerinin yürütülmesine yardımcı olan fakat eczane açmaya yetkisi bulunmayan kişilere verilen mesleki bir unvandır. Eczacı teknisyenleri eczanelerde eczacıya yardımcı olmak üzere istihdam edilmektedirler.

Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş Ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik¹⁶ m. 4/c'ye göre, sağlık hizmetlerinde çalışan diğer meslek mensupları; sağlık meslek mensubu olmadığı halde, sağlık hizmet sunumu çerçevesinde özgün görevi olan ve bu alanda çalışan meslek mensuplarını ifade eder.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun¹⁷ ek madde 13/r'ye göre eczane teknikeri, ön lisans seviyesindeki eczane hizmetleri programından mezun; reçetede ilaçları eczacı gözetiminde hazırlayan ve eczacılık faaliyetlerine yardım eden sağlık teknikeri olarak tanımlanmıştır. Aynı kanunun, Geçici 7/b maddesine göre ise¹⁸, 3308

¹⁵ ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OKYAR KARAOŞMANOĞLU, s. 222-223. Tüketici işlemi hakkında tanım ve açıklamalar için bkz. AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Akipek Şerhi", Milli Şerh, (TOKBAŞ, Hakan/TÜZÜNER, Özlem), s. 57-58; AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 58 vd; AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulaması", Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinler Arası Yaklaşım, (Edt. HAMAMCIOĞLU, Esra/ UZUN KAZMACI, Özge/ YARDIM, M. Ertan/ KARAMANLIOĞLU, Argun/ SAYIN, Z. Gizem), Ankara 2016, s. 11-19.

¹⁶ RG. Tarih: 22.05.2014, Sayı: 29007.

¹⁷ RG. Tarih: 14.04.1928, Sayı: 863.

¹⁸ Ek: 6/4/2011-6225/11 m. Aynı düzenlemenin son bendinde ilgili düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla en az bir yıldan beri eczanede çalışanlardan 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu çerçevesinde eczanede çalışan destek personeli eğitimini tamamlamış olanlar ve Sağlık Bakanlığı tarafından yapılacak

sayılı Mesleki Eğitim Kanunu çerçevesinde eczanede çalışan destek personeli eğitimini tamamlamış olanların eczane teknikeri yetkisiyle çalışabileceği hüküm altına alınmıştır.

Eczane teknikeri, eczacının gözetimi ve sorumluluğu altında; eczaneden sunulan reçeteli ve reçetesiz ilaç, tıbbi ürün, kozmetik müstahzar ve sağlıkla ilgili diğer ürünlerin temininde, saklanması ve sunulmasında görev alır. Eczanede satışa sunulan ürünlerin son kullanma tarihlerini kontrol etme ve stok takibi yapma, eksik ilaçların tespiti ve siparişinin verilmesi ile ilgili kayıtların tutulması görevlerini yürütür. Eczanelerde bulunan cihaz ve laboratuvarın gerekli bakımlarını ve işlevselliğinin devam ettirilmesini sağlamak da eczane teknikerinin işleri arasındadır. Bunların yanında, eczacı tarafından eczanenin idari ve mali konularında kendisine verilen işleri de yürütmekle vazifelidir¹⁹.

Eczacı kalfası/teknikeri/teknisyeni bir nevi eczacının asistanıdır ve eczacının denetim ve gözetiminde mesleğini ifa eder. Eczanelerde ciddi ağırlığı olan bu çalışanlar, ilaç sektöründe hizmet vermek üzere gerekli bilgi ve donanıma sahip olmalı, reçetelerdeki ilaçların hazırlanarak doğru bir şekilde sunulmasını sağlamalıdır. Bununla beraber diğer tıbbi ürünler hakkında gerekli bilgilendirmeleri yapmakla da yükümlüdürler. Eczane teknisyenleri, eczane kayıtlarının tutulmasında ve hastalarla iletişimin sağlanmasında eczacıya yardımcı bir meslek grubu olarak da ifade edilebilir²⁰.

Eczacılar tedavi sürecinin başarısı ve ilaçların doğru ve bilinçli bir şekilde kullanımını sağlamada önemli bir rol üstlenmektedir. Aynı şekilde, eczacı yanında çalışan yardımcı personel de eczacının gözetimi ve denetimi altında bu görevi sürdürmek zorundadır. Eczacı, hastanın ilaç-

düzenlemeye göre eğitim alacak olanların eczane teknikeri yetkisiyle çalışabileceği belirtilmiştir (Ek fıkra: 4/7/2012-6354/22 m.).

¹⁹ Eczane teknikerinin görev ve yetkileri hakkında bkz. Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik Eki <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/05/20140522-14-1.pdf> (17.03.2021).

²⁰ Eczane teknisyenleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tanınan ve eczane destek personeli olarak da adlandırılan bir meslek kolu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bahsi geçen çalışanların SGK meslek kodu 3213.02 olarak belirlenmiştir. Sertifikasız eczane işçileri için ise bu kod 5223.91 dir.

lar konusunda bilinçlendirilmesini sağlamanın yanında, kullanılan ilaçların takibi, rutin sağlık kontrollerinin yapılması ve hastaya psikolojik destek sağlanmasıyla bu sürecin içerisinde yer aldığına göre, yardımcı personel olan eczacı teknikeri de bu hususlarda hastaya karşı sorumludur²¹. Bu nedenle eczanede çalışan yardımcı personelin aynen eczacı gibi özenli davranma yükümlülüğü vardır.

Özellikle 2014 ve sonrasında eczane teknikerleri için getirilen sertifika ve eğitim alma kriteri, bu meslek grubunda çalışanların niteliklerini arttırmıştır. Üniversitelerin yüksekokullarında veya sürekli eğitim merkezleri vasıtasıyla verilen bu eğitimler ciddi anlamda nitelikli eczacı teknikeri yetişmesine vesile olmuş ve bu mesleği yapabilmek için en azından bazı ölçütler getirmiştir. Yargıtay'ın verdiği bir kararda ise eczane teknikerinin yardımcı büro elemanı olarak nitelendirildiği görülmektedir²².

²¹ Eczacıların, kendilerinden ilaç veya ilaç dışı ürün satın alan hastalara karşı aydınlatma yükümlülüğünün kanuni dayanaklarından biri olan EEHY m. 7/a düzenlemesine göre eczacı, hastanın ilaçlarını, ilaçların uygulanmasında kullanılan araçları ve tıbbi cihaz ve malzemelerini güvenli ve etkin bir şekilde kullanabilmesine yardımcı olur, bunlar hakkında yeterli bilgi ve kavrayışa sahip olmasını sağlamakla yükümlüdür. İyi Eczacılık Uygulamaları Kılavuzu m. 5.a.6'ya göre eczacı, ilaç ve diğer sağlık ürünlerinin hasta mağduriyetine yol açmayacak şekilde temin edilmesi, hastaya sunulan ilaç veya ilaçların kullanımının ayrıntılı olarak anlatılması, anlatılanların hasta tarafından anlaşılmasının teyit edilmesi ve sonrasında ilaç tedavisinin izlenmesi, hastanın ilaçlardan en iyi şekilde faydalanması için bilgi ve danışmanlık hizmetinin verilmesi hususlarında yükümlüdür. <https://titck.gov.tr/storage/legislation/sGvnnJYO.pdf> (17.10. 2021). EEHY m. 7/d hükmüne göre eczacı aynı zamanda hasta bilinci oluşturulmasında görev almakla da yükümlüdür. Karş. Hasta Hakları Yönetmeliği (RG. T. 01.08.1998, S. 23420) m. 4/ğ-h ve Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü (RG. 27.7.1968, S. 12961) m. 6. Ayrıca bkz. EEHY m. 7/ç ve EEHY m. 33.

²² Yargıtay 7. HD, E. 2015/26489, K. 2015/17948, T. 5.10.2015. "...Somut olayda; öncelikle davacının yukarıda değinilen muvazaa tespiti yapılan dönem sonrası işe girdiği anlaşılmaktadır. Dava dilekçesinde davacının ne iş yaptığı belirtilmemiştir. Davalı tarafça sunulan belgede davacının yardımcı büro hizmetleri elemanı olduğu belirtilmiş ve iş tanımı; eczane stok kontrolü, miyat kontrolü, günlük eczane işleri, ilaç iade kaydı ve hasta hesabından düşülmesi, ilaçların yerine doğru yerleştirilmesi, hastaların order bilgisine göre ilaçların paketlenmesi vb. işler şeklinde açıklanmıştır. Davacı tanığı davacının eczane teknisyeni olarak çalıştığını beyan etmiştir. Tüm bu delillere göre davacının eczane teknisyeni (yardımcı büro hizmetleri elemanı) olarak çalıştığı anlaşılmaktadır..."

D. İlaç Kavramı

İlaç, canlı üzerinde meydana getirdiği etki ile bir hastalığın teşhisini, iyileştirilmesi veya semptomlarının azaltılması amacıyla tedavisini veya bu hastalıktan korunmayı mümkün kılan, canlılara değişik uygulama yöntemleri ile verilen doğal, yarı sentetik veya sentetik kimyasal bileşiklerdir²³. İlaç, insan ya da hayvanlara özgü hastalıkların neden olduğu ağrı, bedensel rahatsızlıkların ya da ruhsal durumların tanısını koymak, tedavi etmek, ağrıları azaltmak ya da bunları önlemek için kullanılan farmakolojik, immünolojik ya da metabolik etkisi olan maddeler ve bu maddelerden üretilmiş müstahzarlardır²⁴. Dünya Sağlık Örgütü (WHO-DSÖ) tanımına göre ise ilaç “hastalığın önlenmesi ve tedavisi için

²³ 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 1'e göre; “kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir”. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğe (RG:13.04.2013, S.28617) göre ise ilaç/tıbbi beşerî ürün; “hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonu”nu ifade eder. (1262 Sy. Kanun m. 4/1-p).

²⁴ İlacın tanımı ve daha geniş açıklamalar için bkz. HAKERİ, s. 25-29 vd.; PETEK, Hasan, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 125; ÖZEL, Çağlar/ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., “Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, İÜHFMD, C. LXVI, S. 2, 2008, s. 327-330; ER-SÖZ, Ahmet Kürşat, “İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2013, s. 22-23 vd; ÖZSUNAY, Ergun, “İlaçların Neden Olduğu Zararlardan Dolayı İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, AB Yönergesi ve Bazı Yabancı Düzenlemeler Işığında Türk Hukukuna İlişkin Düşünceler”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 8-9 Mayıs 2008, s. 46 vd; ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G./ OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila, “Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin Ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İnÜHFD, Cilt:8, Sayı:1 Yıl: 2017, s. 155 vd; SEZGİN HUYSAL, Ayşegül, İlaç Patent, İstanbul 2010, s. 7 vd; DEMİR, Mehmet, “İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, TBB Dergisi, S. 89, Y. 2010, s. 111. Farklı bir tanıma göre ilaç, “hastalığı tedavi etmek ya da hastalıktan korumak, tıbbi bir teşhis koymak veya fizyolojik fonksiyonları iyileştirmek, düzeltmek veya değiştirmek üzere insana uygulanabilen bakanlıkça ruhsatlandırılmış her türlü madde veya maddeler birleşimidir”. Bkz. DÖNMEZ, Ünsal, “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Halleri (Hatalı Üretilen İlaç)”, İnÜHFD, C.7, S.1, 2016, s. 383.

onaylanmış bir madde içeren herhangi bir dozaj formu” şeklinde ifade edilmiştir²⁵. Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulanan Ürünler Hakkında Yönetmelik²⁶ m. 4/k’da ise ilaç “Bir hastalığı tedavi etmek veya önlemek, hastalığın teşhisini koymak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzenlemek veya değiştirmek maksadıyla insana ve hayvana uygulanan tabii veya sentetik kaynaklı etkin madde veya maddeler kombinasyonu”dur.

İlaçların genel olarak kullanılma sebebi, hastalıklardan korunma, bir hastalığı tedavi etme ve iyileştirmektir. Bununla beraber hastadaki fizyolojik (fiziki yapısıyla alakalı) fonksiyonları düzenleme ve değiştirme gibi bir işlevi de söz konusudur. İnsan ve hayvan vücudundan bedensel maddeler ya da bedensel sıvıların karşılanmasına yönelik maddelerle, mikropların, parazitlerin ya da vücuda yabancı maddelerin atılmasına, yok edilmesine veya zararsız hale getirilmesine özgüleneren maddeler de ilaç kavramı kapsamındadır²⁷. İnsan ve hayvan vücudundan bedensel maddeler ya da bedensel sıvıların karşılanmasına yönelik maddelerle, mikropların, parazitlerin ya da vücuda yabancı maddelerin atılmasına, yok edilmesine veya zararsız hale getirilmesine özgüleneren maddeler de ilaç kavramı kapsamındadır. İlaçların farklı hastalıkların tanısı ya da sağaltımında kullanılmasına farmakolojik etki denir. İlacın farmakolojik özellikleri onu, bedensel iyileşmenin sağlanması ya da kişinin yaşamının kolaylaştırılması amacıyla kullanılan diğer tıbbi ürünlerden (medikal ürünler, protez, takma diş vb.) ayırır²⁸.

²⁵ İlaç aynı zamanda, “fizyolojik ya da patolojik olguları hastanın yararı için değiştirmek, incelemek amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen bir madde ya da ürün” olarak da tanımlanmaktadır. https://www.who.int/medicines/areas/access/NPrices_Glossary.pdf (17.10.2021).

²⁶ RG. T. 20.10.1999, S. 23852.

²⁷ Hastalıkların tedavisi amacıyla bitkisel, fiziksel veya kimyasal maddelerle kullanılan tıbbi amaçlı tuz, oksijen veya vitamin tarzı fizyolojik maddeler de ilaç kavramı içindedir. Bkz. DÖKMECİ, İsmet/ DÖKMECİ, A. Handan, Sağlık Bilimleri Fakülteleri ve Sağlık Meslek Yüksek Okulları İçin Farmakoloji Kısaltılmış Temel Bilgiler, 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 9. Ayrıca bkz. ve karşı. Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulanan Ürünler Hakkında Yönetmelik m. 2.

²⁸ ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 214-215; ÖZEL/ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 330 vd.

Eczanelerde reçeteli satılan ilaçların yanında reçetesiz satılan ilaç ve ürünler de vardır. Over The Counter (OTC) veya “tezgâh üstü” olarak isimlendirilen bu ürünler reçetesiz satılabilen, alt sınırı Sağlık Bakanlığı tarafından, üst sınır fiyatlandırması ise satıcı tarafından belirlenen ilaçlardır. Tezgâh üstü ilaçlar genellikle ciddi olmayan rahatsızlıkların tedavisi için kişinin herhangi bir sağlık kurumuna başvurmadan ya da hekim kontrolü olmadan eczaneden temin edebileceği ilaçlar olarak da tanımlanmaktadır²⁹. Gelişmiş ülkelerde geniş ürün çeşitleri olan OTC ilaçlarında temel ilke, basit rahatsızlıkların (mide bulantısı, kilo kontrol, baş ağrısı, alerji, mide yanması, boğaz ağrısı, akne, ufak yanıklar, vitamin eksikliği, araç tutması vb.) tedavisi için kullanılabilir olmalarıdır³⁰.

Eczanelerde satılan bir diğer ürün grubu ise kozmetik ürünlerdir. 5324 sy. Kozmetik Kanunu m. 2 ve Kozmetik Yönetmeliği³¹ m. 4/h’ye göre kozmetik, insan vücudunun dış kısımlarına; epiderma, tırnaklar, kıllar, saçlar, dudaklar ve dış genital organlarına veya dişler ile ağız mukozasına uygulanmak üzere hazırlanmış, tek veya temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek, bunları korumak, iyi bir durumda tutmak veya vücut kokularını düzeltmek için

²⁹ KARTAL, Nazan/ ARISOY, Sema, “OTC Grubundaki İlaçların Avantaj ve Dezavantajlarının İncelenmesi”, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, C.4, S.4, Yıl: 2017, s. 314 vd. Ayrıca bkz. http://e-kutuphane.teb.org.tr/pdf/raporlar/ilac_dis09/3.pdf (19.10.2021).

³⁰ <https://www.drugs.com/otc/> (19.10.2021). Antiseptikler, Analjezikler ve Antipiretikler, Vitamin ve Mineral Suplementleri, Antasit ve Gastrointestinal İlaçlar (Antasitler, Laksatifler, İshal Kesiciler ve Antihelmentikler), Antitüsisifler, Antihistaminikler, Burun Tıkanıklığı Gidericiler, Deri ve Lokal İlaçlar, Hemoroid Bileşimleri, Antifungal ilaçlar da tezgâh üstü satılan ilaç kapsamına girmektedir. Bir ilacın tezgâh üstü olarak satışa sunulabilmesine dair kriter ve açıklamalar için bkz. https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/66154/WHO_EDM_QSM_00.1_eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y s. 7-8 vd. http://e-kutuphane.teb.org.tr/pdf/raporlar/ilac_dis09/3.pdf s. 14 (19.10.2021).

Tüm bunlarla beraber eczanelerde kozmetik ürünler, medikal-biyomedikal araçlar, diyet ürünleri, gıda takviyeleri, bir kısım geleneksel tıbbi ürünler ile tıbbi cihazlar da satılabilmektedir. Eczanelerde ne tür ürünler satılacağına dair düzenlemeler hakkında bkz. 6197 sy. EEHK m. 28/1-2. Bu konu hakkında bkz. Aşa. Ş. III.

³¹ RG. T. 23.05.2005, S. 25823.

kullanılan bütün madde veya karışımlar olarak ifade edilmiştir³². Kozmetik ürünler genel olarak deri, tırnak, saç gibi organların görünüşünü düzelterek bir kimseyi güzelleştirmek için kullanılan maddeler, preparatlar, tedavi biçimleri ve araçlar olarak da tanımlanır³³. İlaçlardan farklı olarak kozmetik ürünlerde gaye, vücudu temizlemek ve kullanılan bölgeye daha iyi bir görünüm kazandırmaktır. Bu nedenle kozmetik ürünler, ilaçların temel amaç, işlev ve unsurlarını taşımadıkları için ilaçlardan ayrışır³⁴.

II. ECZACININ YARDIMCI ÇALIŞANLARIN FİİLLERİNDEN SORUMLULUĞU

A. Eczacının Adam Çalıştıran Olarak Sorumluluğu

Türk Borçlar Kanununun 66. maddesine göre adam çalıştıran, çalışanın kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m.66/1- BK. 55). Buna göre adam çalıştıran; bir kimseyi kendisine ait bir işte, emir ve talimatları doğrultusunda çalıştırmak suretiyle, onun hizmetinden kendi menfaati için yararlanan kişidir³⁵. İlgili maddeye göre adam çalıştıranın sorumluluğu,

³² Ayrıca bkz. Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulmuş Ürünler Hakkında Yönetmelik m. 4/ m.

³³ Tanımlar için bkz. FİDAN, Melis, "Kozmetik Ürünlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019, s. 3 vd. Ayrıca bkz. http://ekutuphane.teb.org.tr/pdf/tebakademi/ilac_disi/2.pdf
<https://www.titck.gov.tr/PortalAdmin/Uploads/UnitPageAttachment/6g8M7gfN.pdf> (19.10.2021).

³⁴ Tedavi edici özelliği bulunsa bile sabunların ilaç olarak kabul edilemeyeceği görüşü hakkında bkz. ERSÖZ, s. 36. Ayrıca bkz. İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu m. 2/a. Ancak kozmetik bir ürün aynı zamanda bir hastalığı iyileştirici özelliğe sahipse ilaç olarak kabul edilmeli ve ilaçların tabi olduğu kurallara göre satışa sunulmalıdır. Örneğin kepeği uzaklaştırmak için kullanılan bir şampuan kozmetik olarak kabul edilmekte iken, aynı şampuan kepeği iyileştirmek için de kullanılıyorsa artık ilaç olarak değerlendirilmelidir. Bkz. HAKERİ, s. 31. Ayrıca bkz. Aşa. Ş. III ve dn. 79-81-82.

³⁵ FEYZİOĞLU, F. Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 2.Baskı, İstanbul 1976, s. 617 vd; REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012, s. 181 vd; VON TUHR, Andreas, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Halbband, Tübingen 1925, s. 351; TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 56; OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,

haksız fiil sorumluluğu niteliğinde bir hukuki sorumluluktur. Başkalarını emri altında çalıştıran kimsenin (istihdam edenin-eczacı) özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması temeline dayanmaktadır. Burada “özen” kelimesinden kasıt iş verenin (eczacı) emri altında çalışanların üçüncü kişilere zarar vermemesini sağlamak adına gereken bütün dikkat, denetim ve özenin yerine getirilmesi gerektiğidir. Esasen burada kanun adam çalıştırana objektif bir yükümlülük getirmektedir³⁶. Bu nedenle, adam çalıştırmanın kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın bir kusursuz sorumluluk türü söz konusudur.

Eczacının denetim ve gözetimi altında çalışan kişinin (yardımcı personel) sebep olduğu zararlardan eczacının sorumlu tutulmasının sebebi, bu kişileri çalıştırmak suretiyle onlardan yararlanmalarıdır. Diğer bir ifadeyle, yanında çalıştırdığı kişinin nimetlerinden faydalanan işveren (eczacı) kendi emri altında çalıştırdığı yardımcı kişinin başkalarına verdikleri zarara da (külfete) katlanmalıdır. Yardımcı personelin vazifesini ifa ederken zararın ortaya çıkmış olması aslında işverenin özensiz davranmış olduğunu bir karine olarak kabul etmektedir. Nitekim adam çalıştırmanın sorumluluğu “sözleşme dışı sorumluluk” olarak da nitelendirilmektedir³⁷. Bu noktada dikkat edilmesi gereken ilk husus,

C.2, Gözden geçirilmiş 14.Bası, İstanbul 2018, s. 144 vd; ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,2, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 330; KELLER, Alfred, Haftpflicht im Privatrecht, 3. Bası, Bern, Verlag Stämpfli-Cie, 1978, s. 119-121; OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2019, s. 70; EREN, Fikret, 6098 Sayılı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 648; TEKİNAY, S.Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993, s. 506 vd; SAĞLAM, İpek, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu”, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3 – 4 Haziran 2011), MÜHFHAD Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2012, s. 164 vd.

³⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 143 vd; FEYZİOĞLU, s. 625; REİSOĞLU, s. 182 vd; EREN, s. 643; OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 18 vd; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 509.

³⁷ ÖĞÜZ, M.Tufan, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından “Emir-Talimat Altında Çalışma” ve “Zarar İle Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 838; YÜNLÜ, Semih, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul 2019, s. 209 vd.

sorumluluğun varlığından bahsedebilmek için yardımcı personelin (eczacı teknikeri/kalfası) eczacıya bağlı olarak çalışması gerekliliğidir. Halbuki TBK m. 116'ya göre çalışan yardımcı kişi açısından böyle bir kriter aranmaz³⁸.

Adam çalıştıranın (eczacı) sorumluluğuna başvurabilmek için çeşitli şartların da var olması gerekmektedir. Bunlar; adam çalıştıran ile çalışan arasında bir çalıştırma ilişkisi bulunması; üçüncü kişinin bir zarara uğramış olması ve zararın çalıştırılan kişinin vazifesini görürken hukuka aykırı bir fiili nedeniyle ortaya çıkmış olmasıdır. Yukarıda sayılan üç koşulun gerçekleşmesi ve uygun illiyet (nedensellik) bağının da bulunması durumunda adam çalıştıranın sorumluluğuna başvurulabilir. Ancak adam çalıştıran çalıştırdığı kişiyi seçerken gerekli özen ve dikkati gösterdiğini ispat etmek (kurtuluş kanıtı sunmak) suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Diğer bir anlatımla, eczacının sorumluluktan kurtulabilmesi için, çalıştırdığı personelin seçimi, bilgilendirilmesi, denetimi ve talimat verilmesinde gerekli objektif özen ve dikkati gösterdiğini ya da bunu göstermiş olsa bile zararın doğumuna engel olamayacağını kanıtlanması gerekir³⁹.

Yukarıda sözü edilen özen sorumluluğu üç şekilde izah edilebilir. Adam çalıştıran (eczacı), çalıştırdığı kişiyi (eczacı teknikeri) işe alırken gerekli eğitim, bilgi ve tecrübeye sahip olup olmadığını araştırmak zorundadır. Günümüzde eczacı teknikerleri sertifika almakta veya çeşitli yüksekokullarda öğrenim görmektedir. Bunun yanında teknikerler, çoğu şehirlerde bulunan eczacı teknikeri derneklerine üye olmaktadır⁴⁰. Bu kuruluşlardan kişinin geçmişi, çalıştığı yerler ve eğitim durumu hak-

³⁸ Bununla beraber, TBK m.66'ya göre çalıştırılan kişi mutlaka gerçek kişi (şahıs) olmak durumundadır, ancak çalıştıran kişi tüzel kişilik olabilir. TBK m.116 gereği tüzel kişiler de yardımcı kişi olabilir. TBK m. 66 anlamında tüzel kişinin de çalıştırılabileceği yönünde bkz. FEYZİOĞLU, s. 632; OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 252.

³⁹ Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (TBK m.66/2). Bu konuda ayrıca bkz. SAĞLAM, s. 164; YÜNLÜ, s. 209 vd.; ALP, s. 84-85; DEMİR, s. 124.

⁴⁰ Bazı şehirlerdeki eczacı teknisyenleri dernekleri için bkz. <https://www.eczaneteknisyenleridernegi.org>; <https://www.trabzonecztekder.org.tr>, <https://www.detder.com>, <https://www.izetd.org.tr>, <http://ietd.org.tr>, <https://www.eczaneteknisyenleridernegi.org/mesleki-derneklerimiz/> (22.03.2021).

kinda bilgi alabilmek de mümkündür. Eczacının hiç olmazsa asgari olarak sayılan bu hususları yerine getirmesi kendisinden beklenir.

İkinci olarak eczacı, çalıştırdığı kişiye talimat verirken işin niteliğine göre çalışana bilgilendirmede bulunduğunu ispat etmelidir. Diğer bir ifadeyle, çalışanın yapacağı vazife konusunda kendisine gerekli uyarılar yapılmış olmalıdır. İşin görülmesi için araç veya malzemeye ihtiyaç var ise bunların da sağlanmış olması eczacının sorumluluğu altındadır. Örneğin eczane personelinin temiz beyaz önlük giyilmesi hususunda uyarılması, soğuk zincirde bekletilmesi gereken bazı ilaçların buzdolabında muhafaza edilmesi veya ilaçların miadının kontrol edilmesi gibi hususlarda eczacı, yardımcı personelinin eğitimi ve gerekli uyarıları yapmış olmalıdır.

Üçüncü olarak eczacı, personelinin gerektiği ölçülerde denetlemiş olduğunu ispat etmelidir. Diğer bir anlatımla eczacı, yapmış olduğu uyarılara ve verilen talimatlara uyulup uyulmadığını düzenli aralıklarla denetlemeli ve bu denetlemeleri yaptığını ispat edebilmelidir. Örneğin eczacı, zaman zaman verilen ilaçların doğru muhafaza edilip edilmediğini, kırmızı veya yeşil reçete ile satılan ilaçların reçetesiz satılıp satılmadığını veya ilaçların son kullanma tarihinin kontrol edilip edilmediğini denetlemelidir. Eczacının kurtuluş kanıtı sunması için yukarıda sayılan üç hususu da ispat etmesi gerekir. Bu üç husustan birinin bile yerine getirilmemiş olması halinde adam çalıştıran olarak sorumluluktan kurtulamaz⁴¹.

TBK m. 66/3'e göre ise bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm, adam çalıştıranın yanında çalıştırdığı kişileri seçmede, talimat vermede veya denetleme hususunda bir kusuru olmasa dahi, işletmenin (eczane) fiziki şartları veya çalışma sisteminden kaynaklanan bir zararın ortaya çıkmasını düzenlemektedir. Örneğin bazı ilaçların soğuk muhafaza edilmesi konusunda gerekli bilgilendirme ve denetimler yapılmış olsa da buzdolabının arıza vererek ça-

⁴¹ OĞUZMAN/ÖZ, s. 153; REİSOĞLU, s. 183 vd.; EREN, s. 652; ALP, s. 85. Ayrıca bkz. OKYAR KARASMANOĞLU, s. 190 vd.

lışmadığını bilmeyen ve bu nedenle bozulan bir ilacı kontrol etmeden hastaya satan yardımcı personelden dolayı adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurulabilecektir⁴².

⁴² TBK m. 66/3 düzenlemesi ile bir işletmeyi işletene (eczacı), işletmenin faaliyetleri dolayısıyla üçüncü kişilere zarar vermesini önleyecek şekilde bir organizasyon kurma sorumluluğu yüklenmiş ancak işletmenin bu faaliyetleri sebebiyle üçüncü kişilerin uğramış oldukları zarar için kurtuluş kanıtı getirme olanağı da sağlanmıştır. Bu kapsamda işletmede adam çalıştırın (eczacı), işin gerektirdiği organizasyon, planlama ve düzenlemelerin o işin gereklerine uygun biçimde kurulduğunu ispat etmelidir. Sorumluluğun dayanağı, kanunun işletmede adam çalıştırana yüklediği objektif özen yükümünün ihlal edilmesi, diğer bir anlatımla, çalışma düzeninin zararın doğmasını önleyecek biçimde oluşturulmamasına dayanan olağan sebep sorumluluğudur. Zarar, çalışma faaliyetleri kapsamında işletmedeki eksiklik (örn. makine, teçhizat veya araç-gereçlerin bakımının yapılmaması ya da yoğun kullanımı, personel eksikliği, aşırı iş yükü vs.) nedeniyle ortaya çıktığı için çalışanların hatalı veya kusurlu olması aranmaz. Her ne kadar zarar, çalışanların fiilleri dolayısıyla ortaya çıkmıyor olsa da, çalışanın bulunmadığı işletmeler için organizasyon sorumluluğu hükümleri uygulanmaz. Bu nedenle adam çalıştırın (eczacı), kusuru olmasa dahi organizasyondaki (çalışma düzenindeki) bozukluğun sebep olduğu zararlardan sorumludur. OĞUZMAN/ÖZ, s. 154 vd; TANDOĞAN, s. 69; SAĞLAM, s. 168; ÜNLÜTEPE, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), İstanbul 2016, s. 228 vd; TÜRKMEN, Ahmet, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)", İÜHFİM, C. LXX, S. 2, Y. 2012, s. 258-261 vd; ALTAY, Sabah, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. 66/3)", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3 - 4 Haziran 2011, s. 176-180; REİSOĞLU, s. 184 vd. Ayrıca bkz. Yargıtay 3. HD. E. 2020/8047, K. 2020/6663, T. 17.11.2020 www.kazanci.com.tr (28.03.2020).

Öğretide bazı yazarlar, organizasyon sorumluluğunun, klasik anlamda adam çalıştırın sorumluluğundan daha geniş kapsamlı ve kurtuluş kanıtı sunma bakımından daha ağırlaştırılmış, sıkı şartlara tabi bir düzenleme olduğunu ve adam çalıştırın sorumluluğundan ayrı ve bağımsız bir nitelik taşıdığı görüşündedir. Bkz. ANTALYA, s. 359-362; TÜRKMEN, s. 258, 280; SAĞLAM, s. 168; ÜNLÜTEPE, Mustafa, "Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III) ve Tehlike Sorumluluğu (TBK m. 71) İlişkisinin Değerlendirilmesi", ERÜHFD, C. XII, S. 2, Y. 2017, s. 32 ve ÜNLÜTEPE, s. 273; ÖZ, Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, 3. Bası, İstanbul 2012, s. 12; YÖNET, Yağmur Öykü, "Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk", İD Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 130 ve dn. 346. Karş. AKÇURA KARAMAN, Tuğba, Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 104 vd.

Karşı görüşteki yazarlar ise TBK m. 66/3 hükmünün klasik özen yükümlülüğü kapsamında olduğunu ve düzenlemenin bu kapsamda ek bir kriter getirdiğini savun-

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun⁴³ ek madde 13/r ve Geçici 7/b maddesine göre⁴⁴, eczanede çalışan destek personelinin gerekli eğitimleri tamamlamış olması koşuluyla eczane teknikeri yetkisiyle çalışabileceği, hüküm altına alınmıştır. Dikkat edilirse, serbest eczanede çalıştırılacak yardımcı personelin başka bir işletmede çalışacak personele göre çok daha nitelikli ve eğitilmiş olması şartı getirilmektedir. Yapılan faaliyetin önemi düşünüldüğünde bu düzenlemenin isabetli olduğu söylenebilir. Bu noktada eczacının yanında çalıştıracağı yardımcı personeli seçerken ne kadar dikkatli, özenli ve gerekli kontrolleri yapması gerektiği hususu daha net anlaşılmaktadır.

TBK m. 66 kapsamında yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı eczacının sorumluluğuna başvurabilmek için eczane teknikerinin işini yaparken hastaya karşı sözleşme dışı bir haksız fiilde bulunmuş olması ve bu nedenle bir zararın ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Burada zarar gören sadece hasta değil, hasta yakını veya refakatçi de olabilir. Nitekim TBK m. 66 anlamında sorumluluğa başvurulması için sözleşmesel bir ilişkinin varlığı aranmaz⁴⁵.

Eczacı teknikeri işini ifa ederken gelen hastaya veya yakınına hakaret, darp, basit yaralama, özel hayatın gizliliğini ihlal, güveni kötüye kullanma veya tehdit gibi fiillerden birini veya bir kaçını birlikte işlemek suretiyle zarar vermesi mümkündür⁴⁶. Bu tür fiillerden dolayı meydana

maktadır. Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 154-155; EREN, s. 653 vd; REİSOĞLU, s. 184 vd; ALTAY, s. 178 vd; HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015, s. 152 vd.

TBK m. 66/3 hükmünün ayrı nitelikte ve bağımsız bir düzenleme olduğunun kabulü halinde, kurtuluş kanıtı bakımından işletmenin zararı önlemeye uygun şekilde çalıştığıın ispat için yeterli olacağı; TBK m. 66/3 hükmünün özen yükümlüğü çerçevesinde düzenlendiğinin kabulü halinde ise adam çalıştıranın sunacağı çalışana dair (adam seçme, talimat verme, denetleme vs.) kurtuluş kanıtına ilave olarak işletmedeki çalışma düzeninin (organizasyon) de zararı önleyecek şekilde kurulduğunun kanıtlanması gerekeceği görüşü hak. Bkz. TANDOĞAN, s. 70; YÖNET, s. 130, dn. 346; YÜNLÜ, s. 217 vd.

⁴³ RG. Tarih: 14.04.1928, Sayı: 863.

⁴⁴ Ek: 6/4/2011-6225/11 m.

⁴⁵ ŞENTÜRK, s. 85 vd; ALP, s. 84; DEMİR, s. 124.

⁴⁶ Her ne kadar bazı yazarlar ilacın hazırlanıp satılmasına ilişkin meslek kusurunu, ilaç satışının reddedilmesini, reçetelerin karıştırılarak yanlış ilaç satılmasını veya uygun olmayan dozda ilaç verilmesi ya da kanun gereği eczanede bulundurulması

gelen zararlardan eczacı da sorumludur⁴⁷. Zira TBK m. 66/1 gereği adam çalıştıran konumundaki eczacı ve çalıştırılan konumundaki eczacı tekni-kerine verilen bir işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gi-dermekle yükümlü olduğu açıktır. Bu tür fiillerin işlenmesinde eczacı teknikerinin kusurlu olup olmadığına ise önemi yoktur⁴⁸. Buradaki so-rumluluk türü kusursuz sorumluluk olarak kabul edildiği için eczacının hiçbir kusuru bulunmasa dahi ortaya çıkan zararın tümünden sorumlu olacaktır. Hatta zararın hafif veya ağır bir kusur olması da önemsizdir⁴⁹. Zira çalışanın kusurunun derecesi tazminatın belirlenmesinde etkili ol-madığı gibi, kusurunun hiç olmaması ya da varsa bile hafifliği indirim sebebi teşkil etmez. Çalışanın kusuru varsa bu, adam çalıştırana izafe edilerek onun ek kusuru olarak değerlendirilir⁵⁰.

Tüm bunlarla birlikte özen yükümlülüğünün ihlali ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik (illiyet) bağının bulunması gerekir. Özen yükümlülüğü ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının bulun-maması halinde adam çalıştıran bunu kanıtlayarak sorumluluktan kur-tulur⁵¹. Adam çalıştıran, ödediği tazminat için zarar veren çalışana, an-cak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir.

B. İfa Yardımcısının Fiilinden Sorumluluk

Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kul-lanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yar-dımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile onların işi yürüt-tükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür

gereken ilaçların bulundurulmamasını da haksız fiil olarak nitelendirmişlerse de, bize göre bu gibi durumlar sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Yanlış ilaç verilmesi ve yanlış dozda ilacın satılması durumunda ise hem haksız fiil hem de sözleşmeye ay-kırılık söz konusudur. İlgili görüş için bkz. ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OKYAR KA-RAOSMANOĞLU, s. 223, dn.35.

⁴⁷ Üçüncü kişinin kusuru, çalıştırılanın fiili ile zarar arasındaki illiyet bağını kesecek nitelikteyse, adam çalıştıranın sorumluluğuna başvurulamaz.

⁴⁸ Bkz. YİBK E. 1957/1 E., 1957/3 K., 27.3.1957 T. (ŞENTÜRK, s. 86).

⁴⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 487; EREN, s. 521; REİSOĞLU, s. 181; OĞUZMAN/ÖZ, C.2, 143 vd.; OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 166.

⁵⁰ Beklenmeyen hal, bu kuralın istisnasıdır. Bkz. OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 167, 170 vd.

⁵¹ BK m. 55'de yer alan ilgili düzenlemenin TBK m. 66'da neden yer verilmediğine dair geniş açıklamalar için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 155.

(TBK m. 116). İlgili düzenleme, bir borcun ifasına yardımcı olarak katılan kişilerin borca aykırı davranmak suretiyle alacaklıya vermiş oldukları zarardan borçlunun da sorumlu olacağını ifade etmektedir. Aynı kural, borçluya ait bir hakkın kullanılmasına katılan kişiler bakımından da geçerlidir⁵².

Bilindiği üzere, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının bir menfaati bulunmadıkça (TBK m. 83 gereği) borçlu borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir. Günümüzde ekonomik ve ticari hayatın bir gerekliliği olarak artık birçok kişi, kurum veya işletme, borçlarını ifa ederken kısmen de olsa yardımcı kişilerden yararlanmaktadır⁵³. Ancak borcun yerine getirilmesinde borçlunun bilgisi, yeteneği veya şahsen ifası önem taşıyorsa yardımcı kişiden yararlanılamaz. Borçlu her ne kadar sözleşmeden doğan borcun ifasını yardımcı kişiye bıraksa da, borcun yerine getirilmesinden kaynaklanan tüm sorumlulukları taşımaya devam eder. Bu nedenle borçlu, yardımcı kişiye ifayı bırakırken gerekli özeni göstermeli, gözetme ve talimat verme unsurlarına dikkat etmelidir. Bunun yanında borçlu, sözleşmeyi borca uygun olarak yerine getirebilmesi için yardımcı kişiye gerekli her türlü vasıtayı sağlamalıdır⁵⁴.

⁵² Tanım için bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 892 vd; OĞUZMAN/ÖZ, C.1, s. 416 vd; REİSOĞLU, s. 361 vd; YÜNLÜ, s. 59 vd; YAĞCI, Mine, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK md.116), İstanbul 2018, s. 5 vd; ANTALYA, s. 332; TUNÇOMAĞ, Kemal, Türk Borçlar Hukuku C.1 Genel Hükümler, Genişletilmiş 6.Bası, İstanbul 1976, s. 837, TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 390; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 275; İNAN, A.Naim/YÜCEL, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 615; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme) C. III, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2014, s. 284-288; ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe/ AYDOĞDU, Murat/CUMALIOĞLU, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 320 vd; ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 3, 2. Baskı, Ankara 2019; s. 364-365; ŞENOCAK, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 104.

⁵³ EREN, s. 1097; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 287 vd; ANTALYA (C.V/1, 3), s. 371-372; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 275 vd; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 390.

⁵⁴ GÜLTEKİN, Fatih, "Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu", TAAD, Yıl:9, S.35, 2018, s. 377. Karş. ŞENOCAK, s. 161-163 vd.

Borçlunun sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikle borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanılmış olmalıdır. Diğer bir anlatımla, yardımcı kişi kullanan ile zarara uğrayan taraf arasında bir borç ilişkisi bulunmalı ve borcun ifası yardımcı kişiye bırakılmış olmalıdır⁵⁵. Yardımcı kişinin borcun ifasına borçlunun rızası ve onayı ile katılması yeterli olup aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunması gerekli değildir⁵⁶.

Borçlunun sorumluluğuna başvurabilmek adına ikinci koşul ise, borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması borca aykırılık oluşturmamalıdır. Eğer yardımcı kişi kullanılması borca aykırılık teşkil ediyorsa yardımcı kişinin verdiği zarar (yardımcı kişinin kusuru olmasa bile) TBK m. 112 gereği tazmin edilir. Bunun nedeni borçlunun borca aykırı davranması sebebiyle uygun nedensellik bağı bulunan bütün zararlardan sorumlu olmasıdır⁵⁷. Borcun konusu şahsa bağlı bir edim ise, yardımcı kişi kullanılamaz. Hatta bu durumda yardımcı kişi borcu sözleşmeye uygun ifa etse dahi, alacaklı borcu bizzat ifa etmeyen borçlunun sorumluluğuna başvurabilir⁵⁸.

Yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı borçluya başvurmanın bir diğer koşulu ise yardımcı kişinin borcu ifa ederken borca aykırı bir davranışta bulunarak zarar vermesi gerekliliğidir. İlgili düzenlemede geçen

⁵⁵ İNAN/ YÜCEL, s. 615; ZEVLİLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s. 320; s. ŞENOCAK, s. 151 vd; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 892; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 287-298; YAĞCI, s. 82 vd; ANTALYA (C.V/1, 3), s. 371. Borcun ifasının makine, yazılım veya drone gibi elektrikli cihazlar veya sistemlere bırakılması konusunda açıklamalar için bkz. YÜNLÜ, s. 112-117.

⁵⁶ REİSOĞLU, s. 361 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 416 vd; YAĞCI, s. 108 vd; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 389 vd; ANTALYA (C.V/1, 3), s. 372; AKKURT, S.Sami/ ERDOĞAN, Kemal/ TOKAT, Hüseyin, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 297. Yardımcı kişi kullanılmasıdaki sınır ve bu konu hakkındaki görüşler için bkz. GÜLTEKİN, s. 380 vd.

⁵⁷ ANTALYA (C.V/1, 3), s. 374; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 892; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 422; REİSOĞLU, s. 362; GÜLTEKİN, s. 387; İNAN/ YÜCEL, s. 616. Yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zararlı davranışlar hususundaki tartışmalar için bkz. YÜNLÜ, s. 250-263.

⁵⁸ EREN, s. 1106; CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Ankara 2014, s. 242; ŞENOCAK, s. 170 vd; İNAN/ YÜCEL, s. 615; ANTALYA (C.V/1, 3), s. 371.

“onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı” cümlesi yardımcı kişinin borçlu adına borcu ifa ederken ortaya çıkan zarardan dolayı sorumlu olacağını ifade eder. Diğer bir anlatımla, borçlu kendisi için ve borcun ifası kapsamında ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacaktır. Borç ilişkisi dışında kalan fiiller açısından ise TBK m. 116 sorumluluğu söz konusu değildir⁵⁹.

Eczaneye gelen ve ilaç ya da benzeri bir ürün satın almak isteyen hasta ile eczacı arasındaki sözleşmenin bir ilaç satış sözleşmesi olduğu tartışmasızdır⁶⁰. Eczacının, bu satış ilişkisinden doğan edimini yerine getirmek üzere faydalandığı eczacı teknisyeni ise bu durumda yardımcı kişi konumundadır. İşte eczacı teknikerinin ilaç satış sözleşmesinin ifa anı veya sonrasında borca aykırı davranışlarının tümü, eczacının sorumluluğu kapsamındadır.

Eczacı teknikeri/teknisyeni/kalfasının, reçetede yazılan ilaçtan tamamen farklı veya yanlış ilaç vermesi, ilacın doğru verilip gereken dozda teslim edilmemesi; ilaç kullanımının yanlış tarif edilmesi, hastanın rahatsızlığına (eczacı teknikerinin) kendince teşhis koyarak ilaç tavsiyesinde bulunup satması, hasta veya hekimin onayı alınmadan farklı doz veya muadil ilacın verilmesi durumunda hastanın bunu kullanarak zarar görmesi, TBK m. 116 anlamında bir sorumluluğu ortaya çıkarmaktadır⁶¹.

C. Yardımcı Kişi Dolayısıyla Meydana Gelen Zararın Hem Sözleşmeden Hem De Haksız Fiilden Kaynaklanması

TBK m. 66 ve 116. maddeleri esasen birbirlerine benzer nitelikte hükümler gibi görünse de aslında farklılıklar söz konusudur. İlk fark, her iki düzenlemenin Borçlar Kanunundaki sistematik yerlerinden anlaşılmaktadır. Buna göre, adam çalıştıranın sorumluluğu borç ilişkisinin

⁵⁹ ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s. 321 vd; REİSOĞLU, s. 368; OĞUZMAN/ÖZ, s. 422-423; EREN, s. 1106; YAĞCI, s. 117 vd; GÜLTEKİN, s. 388; ŞENOCAK, s. 190, 195; ANTALYA (C.V/1, 3), s. 373; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 896; AKKURT/ ERDOĞAN/ TOKAT, s. 297; YÜNLÜ, s. 249 vd; İNAN/ YÜCEL, s. 616 vd.

⁶⁰ Hukuki nitelendirme konusunda daha geniş açıklamalar için bkz. Ş. III.

⁶¹ Eczacı, hekimin iznini almadan yazılan ilaçtan başkasını veremez ve hekimin isteği dışında hastaya veya hastanın yakınlarına tavsiyede bulunmaz (Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü m. 5).

kaynakları başlığı altında haksız fiillerden doğan borç ilişkileri alt başlığı olarak düzenlenirken, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk ise borç ilişkisinin hükümleri bölümünde borçların ifa edilmemesinin sonuçları alt başlığında ele alınmıştır. Bu nedenle, adam çalıştırmanın sorumluluğu sözleşme dışı bir sorumluluk, yardımcı kişilerin fiilleri dolayısıyla ortaya çıkan sorumluluk ise sözleşmeden doğan bir sorumluluk olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla adam çalıştırmanın sorumluluğuna başvurabilmek için zarar gören kişi ile adam çalıştırın arasında bir sözleşmenin varlığı aranmaz. Halbuki yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa başvurabilmek için borçlu ile zarar gören arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin varlığı aranmaktadır⁶².

Başka bir farklılık ise adam çalıştırın kişinin sorumluluğuna başvurmak için çalıştırılan kişi ile arasında bir ilişki ve bağlılığın olması gerektiğidir. Bu ilişki esasen çalıştırılan kişiye (eczacı teknikeri) talimat verebilme ve talimatlara uyma yükümlülüğünü de içermelidir⁶³. Diğer bir ifadeyle, hiyerarşik bir ilişkinin varlığından söz etmek gerekir⁶⁴. Yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğa başvurabilmek içinse yukarıda bahsi geçen bir bağlılık ilişkisi aranmaz. TBK m. 116 anlamındaki ilişki sözleşme ilişkisi, akrabalık, arkadaşlık gibi bir ilişki olabileceği gibi tamamen tesadüfi bir hatır ilişkisi de olabilir⁶⁵. Bu nedenle borcun ifasına borçlunun bilgisi ve isteği ile katılan bağımlı ve bağımsız tüm ifa yardımcıları TBK m. 116 kapsamındadır⁶⁶.

Eczacı teknikerinin işlemiş olduğu fiil hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil unsurlarını beraberinde içeriyorsa bu durumda hakların yarışması söz konusu olacaktır. Bu tür bir yarışma durumundan bahsedebilmek için öncelikle “adam çalıştırın” ve “borçlu” sıfatlarının aynı kişide; “çalışan” ve “ifa yardımcısı” sıfatlarının da yardımcı kişide

⁶² ŞENOCAK, s. 57; EREN, s. 1100; YÜNLÜ, s. 213 vd; ŞENTÜRK, s. 86; DEMİR, s. 124; AKKURT/ ERDOĞAN/ TOKAT, s. 299.

⁶³ ÖĞÜZ, s. 838; ÜNLÜTEPE, s. 75; ŞENOCAK, s. 137; ANTALYA, s. 332 vd; İNAN/ YÜCEL, s. 415.

⁶⁴ OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 77.

⁶⁵ EREN, s. 1102; TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 894 vd; YÜNLÜ, s. 213-214 vd; ŞENOCAK, s. 137.

⁶⁶ ANTALYA (C.V/1, 3), s. 372; ŞENOCAK s. 114; İNAN/ YÜCEL, s. 615; YAĞCI, s. 108-111; EREN, s. 1102. AKKURT/ ERDOĞAN/ TOKAT, s. 299.

aynı anda bulunması gerekir. Eczacı ve eczane teknikeri bu anlamda bir önceki cümlede ifade edilen sıfatları taşımakta ve aralarında bağıllık ilişkisi de bulunmaktadır⁶⁷.

Hastaya yanlış ilaç vermiş olan bir eczane teknikerinin, yapılan hastanın düzeltilmesi adına eczaneye tekrar gelen hasta veya yakınını darp etmesi ve/veya hakaretler savurması bu duruma örnektir. İlaç satış sözleşmesi dolayısıyla hastaya ifa edilmesi gereken borç hem gereği gibi yerine getirilmemiş hem de haksız fiilde bulunulmuşsa, hasta her iki düzenlemeye göre (TBK m. 66 veya 116) zararının giderilmesini talep edebilecektir. Ancak burada zararın iki defa giderilmesi gerektiği anlaşılmamalıdır. Böyle bir halde, TBK m. 60 anlamında hakların yarışması söz konusudur. İlgili düzenlemeye göre, bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hakim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verecektir⁶⁸.

D. Sorumsuzluk Anlaşması ve Sorumluluktan Kurtulabilme Bakımından Değerlendirme

Yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı borçlunun sorumlu tutulabilmesi için borçlunun sorumluluğunu “kaldıran veya daraltan” bir anlaşma bulunmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, taraflar “sorumsuzluk anlaşması” yapmamış olmalıdır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki eczacı ve onun yardımcı kişisi konumunda bulunan eczacı teknikeri açısından bir

⁶⁷ “Bu tür bir yarışma ilişkisinden söz edilebilmesi için ilk olarak; “adam çalıştıran” ve “borçlu” sıfatlarının sorumlu kişide, “çalışan” ve “ifa yardımcısı” sıfatlarının da yardımcı kişide birleşmesi gerekir. Yardımcı kişi, sorumlu kişinin TBK m. 66 anlamında bağımlı bir çalışanı olmalıdır. Sorumlu kişi ile yardımcı kişi arasındaki ilişki bakımından üçüncü kişi konumunda olan zarar gören de sorumlu kişi ile halihazırda arasındaki bir borç ilişkisinde “alacaklı” sıfatına sahip olmalıdır. Ayrıca, yardımcı kişinin zarara sebep olan fiili, hem bu borç ilişkisinden doğan bir borcun ihlâli hem de zarar görene karşı işlenmiş bir haksız fiil teşkil etmelidir. Borca aykırılık söz konusu olmaksızın, yardımcı kişinin bir mutlak hak ya da özel bir koruma normunu ihlâl etmesi durumunda, sadece TBK m. 66 hükmü uygulanır”. OK-YAR KARAOSMANOĞLU, s. 255. Ayrıca bkz. GÜRİSOY, Kemal Tahir, “Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, AÜHFİD, C. 31, S. 1, 1951.

⁶⁸ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 902; ŞENOCAK, s. 136; ŞENTÜRK, s. 86; İNAN/ YÜCEL, s. 617; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 294-296; SAĞLAM, s. 164; YÜNLÜ, s. 208 vd.; YAĞCI, s. 68 vd.

sorumsuzluk anlaşması kesin olarak hükümsüz olacaktır. Nitekim TBK m. 116/3, yardımcı kişinin fiilleri dolayısıyla yapılan sorumsuzluk anlaşmasına bir istisna getirerek uzmanlığı gerektiren meslekler açısından akdedilen sorumsuzluk anlaşmalarını geçersiz saymaktadır⁶⁹. İlgili düzenlemeye göre, “uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”. Bahsi geçen hüküm nedeniyle BK m. 100/3 döneminde sadece ağır kusurlar bakımından yapılan anlaşmalar geçersiz sayılırken, TBK m. 116/3 gereği yardımcının (eczacı teknikeri) her türlü kusuru (ağır-hafif kusur fark etmeksizin) için yapılan sorumsuzluk anlaşmaları geçersiz olacaktır⁷⁰.

Adam çalıştıran ve yardımcı kişi kullanan konumundaki eczacının meydana gelen zarardan dolayı sorumluluktan kurtulabilmesi ise zor olmakla birlikte imkânsız değildir. Eczacı, TBK m. 66/2’de sözü edilen “çalışanını seçme, işiyle ilgili talimat verme, gözetim ve denetimde bulunma ve zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz” ifadesi nedeniyle öncelikle yanında çalışan eczane teknikerinin seçiminde, talimat verilmesinde, gözetimi ve denetimi konularında işin gerektirdiği makul özeni gösterdiğini ispat etmek zorundadır. Eczane prensip olarak bir işletme olarak kabul edildiğine göre, m. 66/3’de sözü edilen “bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat

⁶⁹ Borçlunun borca aykırı davranışlarına dair sorumsuzluk anlaşmaları ise TBK m. 115’de düzenlenmiştir. Buna göre, “Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”.

⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 426 vd; REİSOĞLU, s. 364; AKKURT/ ERDOĞAN/ TOKAT, s. 298; YAĞCI, s. 160 vd; YÜNLÜ, 447, 482. Düzenlemenin eleştirisi hakkında bkz. GÜLTEKİN, s. 396 vd. BK m. 100/3 düzenlemesinde bu husus sadece “ağır kusur” sayılabilecek fiiller açısından geçersiz sayılmakta idi. Ayrıca bkz. AKMAN, Galip Sermet, “Sorumsuzluk Anlaşması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yayın No: 472), İstanbul 1976; CANSEL/ÖZEL, s. 85.

etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür” düzenlemesi gereği, işletme çalışma düzeninin de (eczanenin) zararın doğmasına engelleyecek şekilde işlediğini kanıtlanması gerekir⁷¹. Başka bir anlatımla, eczacının sorumluluğu ele alınırken, eczacı teknikerinin seçimi, talimat verilmesi ve denetimin yanı sıra doğru araçların temini ve güvenilir bir organizasyona da dikkat ve özenin gösterilmiş olması sorumluluktan kurtulabilme adına gerekecektir. Bu noktada, TBK m. 66/3’ün aslında işletmelerin kusursuz sorumluluk bakımından kapsama alanını genişlettiği ve kusur sorumluluğu ilkesini bir anlamda ağırlaştırdığı kabul edilmelidir⁷².

Eczacı hem adam çalıştıran hem de yardımcı kişi kullanan sıfatını birlikte barındırdığı için yukarıda bahsedildiği üzere adam çalıştıranın sorumluluğuna dair kurtuluş kanıtı sunma imkânı varken, yardımcı kişinin sebebiyet verdiği zararlar bakımından, yardımcı kişinin fiili ile zarar arasındaki nedensellik (illiyet) bağıını kesen bir sebep bulunmadıkça sorumluluktan kurtulamaz⁷³. Eczacı, kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi, yardımcı kişiyi seçmede, talimat vermede, gözetim ve denetlemede gerekli objektif dikkat ve özeni gösterdiğini ya da yardımcı kişinin borcunu ifa ederken kusuru bulunmadığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Ancak borç bizzat kendisi tarafından ifa edilmiş olsaydı, borca aykırılıktan kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Nitekim doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, TBK m. 116 sorumluluğu için yardımcı kişinin kusurunun bulunması gerekmez⁷⁴.

⁷¹ DEMİR, s. 124; ALTAY, s. 176 vd; ÜNLÜTEPE, s. 228 vd; YÖNET, s. 130; TÜRK-MEN, s. 258 vd.

⁷² Bu konudaki açıklamalar için bkz. Dn. 42.

⁷³ Ancak borçlunun kusuru olmadan borcun ifası imkânsız hale gelmişse veya mücbir sebep ya da karşı tarafın kusurlu davranışı gibi durumlarda da borçlu sorumluluktan kurtulabilmelidir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 286 vd; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 898 vd; ZEVLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s. 325; YAĞCI, s. 125. Karş. ŞENOCAK, s. 210 vd; TANDOĞAN, s. 80.

⁷⁴ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 898; ŞENOCAK, s. 210 vd; REİSOĞLU, s. 364; OĞUZMAN/ÖZ, s. 425-426. Yardımcı kişinin kusurlu hareketleri ve kusur kapsamının ne olması gerektiğine dair öğretideki tartışmalar için bkz. YÜNLÜ,

III. TEZGÂH ÜSTÜ (OTC- Over The Counter) İLAÇ DIŞI VEYA REÇETESİZ ÜRÜNLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Eczanelerde tezgâh üstü ürünlerin (OTC) satışı mümkündür⁷⁵. Tezgâh üstü (OTC) ilaçlar, reçetesiz satışı yapılabilen, eczane dışında da satışı yapılan, Sağlık Bakanlığı tarafından fiyatlandırmada alt sınırı belirlenen, üst sınırı satıcı tarafından ayarlanabilen ilaçlardır. Ancak tezgâh üstü ilaçların sosyal güvenlik kurumu tarafından geri ödemesi çoğunlukla yapılmaz⁷⁶. Ciddi olmayan rahatsızlıkların tedavisi için kişinin herhangi bir sağlık kurumuna başvurmadan ya da hekim kontrolü olmadan eczaneden temin edebileceği ilaçlar olarak da tanımlanabilir⁷⁷. Gelişmiş ülkelerde geniş ürün çeşitleri olan OTC ilaçlarında temel ilke,

s. 250-287; GÜLTEKİN, s. 390. Borçlunun borca aykırılıkta farazi kusurlu olduğunu sayan görüşler hakkında bkz. YAĞCI, s. 119-127; YÜNLÜ, s. 340 vd.

⁷⁵ 6197 sy. EEHK m. 28/1-2 ile eczanelerde hangi ürünlerin satılacağını düzenlenmiştir. Buna göre, beşeri ilaçlar, Sağlık Bakanlığında ruhsatlı geleneksel bitkisel tıbbi ürünler; Sağlık Bakanlığının iznine tabi olan homeopatik tıbbi ürünler, enteral beslenme ürünleri dahil özel tıbbi amaçlı diyet gıdalar ve özel tıbbi amaçlı bebek mamaları münhasıran eczanede satılır. İlgili bakanlıktan izin, ruhsat veya fiyat alınarak üretilen veya ithal edilen gıda takviyeleri, eczacılık ve ziraatta kullanılan ilaç, kimyevi madde ve diğer sağlık ürünleri, veteriner biyolojik ürünler hariç veteriner tıbbi ürünleri, kozmetik ürünler, kapsamı Sağlık Bakanlığınca belirlenen tıbbi malzemeler, anne sütü ve beslenme yetersizliğinde kullanılan çocuk mamaları ile erişkinlerin metabolizma bozukluklarında kullanılan tüm destekleyici ürünler de eczanelerde satılabilir. Ayrıca bkz. Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik m. 4/d ve m. 12.

⁷⁶ İlaç, tezgâh üstü ilaç veya dermo-kozmetikler, hekim tarafından reçete edilse dahi, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun (SGK) geri ödeme listesinde bulunmadığı sürece, o ilacın bedeli kurum tarafından karşılanmaz. Bu nedenle, tezgâh üstü ilaçların çok büyük bir kısmı geri ödeme kapsamında değildir. Nitekim SGK bünyesindeki Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu, hangi ilaç ve tezgâh üstü ilaçların geri ödeme listesinde olacağını veya ödeme listesinden çıkarılacağını belirlemektedir. Sağlık Hizmetleri Fiyatlandırma Komisyonu'nun örnek kararı için bkz. RG. 08.09.2021, S. 31592 (Mükerrer). <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2021/09/20210908M1-3.pdf> (24.10.2021). 12.08.2021 tarihli bahsi geçen kararla, eklem ve kas ağrılarınin tedavisinde kullanılan sprey formundaki antiinflamatuvar ilaçların geri ödeme listesinden çıkarılmasına karar verilmiştir. Bkz. m. 1/a-c.

⁷⁷ Amerikan Gıda ve İlaç İdaresinin (Food and Drug Administration-FDA) tanımına göre; tezgâh üstü ilaçlar, hekim gözetimi olmadan kullanılması güvenli ve kullanım tarifine uyulduğunda etkili olan ilaçlar olup tüketiciler tarafından reçetesiz satın alınabilir türden ürünlerdir. <https://www.fda.gov/drugs/buying-using-medicine-safely/understanding-over-counter-medicines> (04.04.2021).

basit rahatsızlıkların (mide bulantısı, baş ağrısı, alerji, mide yanması, boğaz ağrısı, ufak yanıklar, vitamin eksikliği, araç tutması vb.) tedavisi için kullanılabilir olmalarıdır⁷⁸. Özellikle erişimin çok kolay olduğu ve e-ticaret sitelerinde dahi satışı yapılan ilaç dışı ürünleri⁷⁹ kullanacak kişi

⁷⁸ Reçetesiz ilaçlar; analjezikler, öksürük, soğuk algınlığı ve alerji, dermatoloji, gastro-intestinal ve yaşam stili ürünleri ile vitamin ve mineraller olmak üzere sınıflandırılabilir. https://en.wikipedia.org/wiki/Over-the-counter_drug (04.04.2021). Ayrıca bkz. ÖZEL/ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 330 vd.

⁷⁹ Eczane ve e-ticaret sitelerinde satışa sunulan gıda destekleri (takviye edici gıdalar), ilaç dışı ürün olarak kabul edilmektedir. Türk Gıda Kodeksi Takviye Edici Gıdalar Tebliği m. 4/1-d ile Takviye Edici Gıdaların İthalatı, Üretimi, İşlenmesi ve Piyasaya Arzına İlişkin Yönetmeliğin 4/1-h maddesine göre takviye edici gıda, normal beslenmeyi takviye etmek amacıyla, vitamin, mineral, protein, karbonhidrat, lif, yağ asidi, amino asit gibi besin öğelerinin veya bunların dışında besleyici veya fizyolojik etkileri bulunan bitki, bitkisel ve hayvansal kaynaklı maddeler, biyoaktif maddeler ve benzeri maddelerin konsantre veya ekstraktlarının tek başına veya karışımlarının kapsül, tablet, pastil, tek kullanımlık toz paket, sıvı ampul, damlalıklı şişe ve diğer benzeri sıvı veya toz formlarda hazırlanarak günlük alım dozu belirlenmiş ürünler olarak ifade edilmektedir. Diğer bir tanıma göre gıda desteği insanların fizyolojik, biyolojik ve kimyasal işlevlerini sürdürebilmeleri için herhangi bir gıdadan alamadıkları bir besini tamamlamak için piyasada bulunan kapsül, tablet ya da benzeri formülasyonlar şeklindeki ürünlerdir. Bkz. BÜYÜKBİNGÖL, Erdem, "İlacın Tanımı (İlaç-Gıda Desteği ve Kozmetik Farkı)", Ankara Barosu 2. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara, s. 293; PETEK, Hasan, "Takviye Edici Gıdalar (Özellikle Zayıflatıcı Haplar Ve Çaylar) Sebebiyle Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluk", İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 6, Y. 2015, s. 19 vd; HAKERİ, s. 29 vd; ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OKYAR KARAOSMANOĞLU (Off Label), s. 156 dn. 7; ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 215.

Bitkisel ürün olarak adlandırılan ve ruhsatlandırma süreci ilaçlara göre oldukça kolay, genellikle zayıflama veya vücut direncini arttırmaya yönelik ürünler de tezgâh üstü (reçetesiz) satılmaktadır. Bu ürünlerin reçetesiz satılabilmesi için içeriklerinde ilaç molekülü tarzında bir kimyasal madde olmaması ve kimyasal işleme tutulmaması gerekmektedir. Aksi halde ilaç ruhsatlandırması prosedürüne tabi olurlar. Bkz. HAKERİ, s. 31 vd.

Diyet ürünleri veya diyet programını destekleyici ürünler de (amino asitler, vitamin ve mineraller, şifalı otlar, metabolitler) ilaç dışı ürün olarak kabul edilirler. Ancak Özel Tıbbi Amaçlı Diyet Gıdalar Tebliği m. 4/b de sözü edilen diyet gıdalar tıbbi gözetim altında kullanılmak ve özel tıbbi bir amaca yönelik kullanılmak şartıyla ilaç sayılırlar. Geleneksel tıbbi ürünler, unsurları bakımından ve nitelik olarak ilaçlara benzese de, ilaç olarak kabul edilmezler. Geleneksel Tıbbi Ürünler Yönetmeliği m. 3/f'de tanımı yapılan bu ürünlerin unsurları (dozajlama, ruhsat süreci vs.), ilaç tanımlamasına benzer olsa da ilaç ve geleneksel tıbbi ürünler arasındaki farkların daha net ortaya koyulabilmesi için başkaca kriterlere ihtiyaç duyulduğundan gelenek-

açısından tehlikeler barındırdığı ve mutlaka hekim veya en azından eczacı tavsiyesi ile alınması gerektiğini ifade etmek gerekir. Kendi kendine tedavinin (self- treatment) önemli risklerinden biri olan yanlış veya çok miktarda ilaç kullanılması ya da yeteri dozda ilaç kullanılmaması, ancak eczacının danışmanlığı ve tavsiyesi sayesinde asgari düzeye indirilebilir⁸⁰.

Türkiye’de son yıllarda tezgâh üstü tabir edilen reçetesiz ilaçlarla birlikte kozmetik ürünlerin de eczanede satıldıklarına sıkça rastlanmaktadır⁸¹. Özellikle dermo-kozmetik⁸² olarak tabir edilen kişisel bakım

sel tıbbi ürünler ilaç kavramı kapsamında değildir. Bkz. HAKERİ, s. 33-34; PETEK, s. 22 vd.

⁸⁰ Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik (EEHY) m. 7/ç düzenlemesine göre eczacı, reçeteye tabi olmayan ilaçların ve sağlığa ilişkin tüm ürünlerin hastanın gereksinimlerine uygun, güvenli ve akılcı bir şekilde tedarikini sağlamak ve bu konuda danışmanlık hizmeti vermekle yükümlüdür. Ayrıca bkz. EEHY m. 7/a ve m. 33. Eczacı, hastalara doğru danışmanlık hizmeti vererek ve gerekli bilgilendirmeyi yaparak aslında satılan ürünün hızlı etki göstermesini ve (varsa) advers etkiyi de asgari düzeye indirmiş olmaktadır. Bkz. DOĞAN, s. 121.

⁸¹ 5324 sy. Kozmetik Kanunu m. 2 ve Kozmetik Yönetmeliği m. 4/h’ye göre kozmetik, insan vücudunun dış kısımlarına; epiderma, tırnaklar, kıllar, saçlar, dudaklar ve dış genital organlarına veya dişler ile ağız mukozasına uygulanmak üzere hazırlanmış, tek veya temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek, bunları korumak, iyi bir durumda tutmak veya vücut kokularını düzeltmek için kullanılan bütün madde veya karışımlar olarak ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulanan Ürünler Hakkında Yönetmelik m. 4/m. Kozmetik, genel olarak deri, tırnak, saç gibi organların görünüşünü düzelterek bir kimseyi güzelleştirmek için kullanılan maddeler, preparatlar, tedavi biçimleri ve araçlar şeklinde tanımlanmaktadır. Tanımlar için bkz. FİDAN, s. 3 vd.; http://e-kutuphane.teb.org.tr/pdf/tebakademi/ilac_disi/2.pdf (23.10.2021). Ayrıca bkz. http://ekutuphane.teb.org.tr/pdf/tebakademi/ilac_disi/2.pdf (23.10.2021). İlaçlardan farklı olarak, kozmetik ürünlerde amaç vücutu temizlemek, güzelleştirmek ve daha iyi bir hale getirmektir. Ancak, kozmetik ürünler bunları yerine getirirken uygulandığı yüzeyde yapısal ve fonksiyonel değişiklikler meydana getirmez. Eğer uygulandıkları bölgede herhangi bir fizyolojik değişim söz konusu olursa bu durumda kozmetik değil farmasötik ürün (ilaç) kategorisine dahil olurlar. Bkz. HAKERİ, s. 31 vd. Kozmetik ürünler kullanım amacına göre, cilt temizleyici, nemlendirici veya yumuşatıcılar ile besleyici, kırışık veya leke karşıtı ürünler, losyonlar, jeller, yağlar, yüz maskeleri, güneş koruyucuları, bronzlaştırıcılar, pudralar, fondötenler, parfümler, kolonyalar, banyo ve duş ürünleri, depilatuvarlar ve bebek ürünleri şeklinde ayrımlara tabi tutulmakta ve ilaçların temel amaç, işlev ve unsurlarını taşıyamamaları nedeniyle ilaçlardan ayrılmaktadırlar. FİDAN, s. 5; HAKERİ s. 31 vd. Takviye edici gıdalar hakkında bkz. yuk. dn. 79 ve I, D.

ürünlerinin satışından doğan zararlar açısından eczane yardımcı personelinin durumuna da açıklık getirilmelidir. Bilindiği üzere, eczacı ve eczane yardımcı personelinin alanında uzman ve gerekli eğitimlerini almış kişiler olarak mesleklerini icra ederken kişi sağlığını korumak adına azami dikkat ve özeni göstermeleri lazımdır. Bu aşamada eczacı ve yardımcı personelin hasta veya müşterilerini bilgilendirme/aydınlatma yükümlülüğünden de bahsetmek gerekir. Aydınlatma/bilgilendirme yükümlülüğü reçeteli ilaçlarda daha dar kapsamda iken, reçetesiz ilaçlar ve kozmetik ürünler bakımından bu yükümlülüğün genişlediği rahatlıkla söylenebilir. Zira reçeteli ilaçların kullanımında hekimin müdahalesi ve yönlendirmesi söz konusudur. Ancak reçetesiz ilaç ve kozmetik ürünler bakımından, hastaya satılan ürünün yan etkileri, endikasyonlar vs. tek tek izah edilmelidir. Bu nedenle reçetesiz ilaç ve kozmetik ürünler bakımından eczacının aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişlemektedir⁸³.

⁸² Dermokozmetik ya da diğer adıyla “kozmosötikler”; ilaçlar ile kozmetik ürünler arasındaki bir kategoride bulunurlar. Ecza Depoları ve Ecza Depolarında Bulundurulmuş Ürünler Hakkında Yönetmelik m. 4/n’de zikredilen kozmosötik ürünler, ilaç karakteristiklerine sahip olan, fakat ilaç için gereken kriterlerin hepsini taşımayan ve kozmetiklere benzemekle beraber “kozmetik” tanımına da tam olarak uymayan ürünler olarak ifade edilmektedir. Kozmosötikler veya dermokozmetikler, istenilen sonuca fizyolojik etki ile ulaşan, deri ve deriye bağlı oluşumların yapı ve fonksiyonlarını olumlu yönde etkileyen, biyolojik aktivitesi olduğu iddia edilen madde ve ürün olarak da tanımlanır. Bkz. FİDAN, s. 5 vd. Kozmosötikler deri ve deri eklerinin yapı ve fonksiyonlarının biyofizyolojik etki yoluyla olumlu yönde değiştirerek etki gösterdiğinden ilaç olarak kabul edilmezler. Bkz. HAKERİ, s. 31. Ter kesici, koku giderici ürünler, diş çürümesini veya diş hassasiyetini gideren/azaltan macun veya gargaralar, cilt rengini açan veya koyulaştıran ürünler, selülit belirtilerini giderici/azaltıcı ürünler, cilt kırıksıklığını veya yaşlılığını giderici/azaltıcı cilt bakım kremleri, saçın uzamasını aktive eden ve saç derisine uygulanan çeşitli ürünler kozmosötik ürünler kapsamında örnek verilebilir. Bkz. https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/70604/mod_resource/content/0/ECZ%20963%205_HAFTA%20.pdf (24.10.2021).

⁸³ EEHY m. 7/a gereği, eczacı aynı zamanda hastanın ilaçlarını, ilaçların uygulanmasında kullanılan araçları ve tıbbi cihaz ve malzemeleri güvenli ve etkin bir şekilde kullanabilmesine yardımcı olur, bunlar hakkında hastanın yeterli bilgi ve kavrayışa sahip olmasını sağlar. Ayrıca bkz. EEHY m. 7/ç, m. 7/d, m. 33. İyi Eczacılık Uygulamaları Kılavuzu m. 5.a.6: Eczacı, ilaç ve diğer sağlık ürünlerinin hasta mağduriyetine yol açmayacak şekilde temin edilmesi, hastaya sunulan ilaç veya ilaçların kullanımının önce ayrıntılı olarak anlatılması, anlatılanların hasta tarafından anlaşılmasının teyit edilmesi ve sonrasında ilaç tedavisinin izlenmesi, hastanın ilaçlardan en

Taraflardan birinin mal satan (mesleki ve ticari amaçlarla hareket eden), diğersinin ise özel amaçla hareket eden kişi (tüketici) olduğu ve kozmetik, dermokozmetik veya tezgâh üstü ilacın satışa konu olduğu hukuki işlem bir tüketici işlemidir.

Reçetesiz ilaç veya kozmetik tarzı ürün gruplarının satışında ise ikili bir ayrıma gitmek doğru görünmektedir;

-Tüketici/hasta reçetesiz satılan ilaç veya kozmetik ürününün adını özellikle belirterek istiyor ve satın alıyorsa burada tüketici işlemine havi klasik ilaç satış sözleşmesi kurulmuş olur⁸⁴.

-Tüketici/hasta, hastalığını veya şikayetini anlatıp buna uygun reçetesiz ilaç veya kozmetik bir ürünü eczacı veya yardımcısının yönlendirmesiyle satın alıyorsa, bu durumda vekalet sözleşmesi ile satış sözleşmesinin unsurlarını barındıran kombine-karma nitelikte isimsiz bir sözleşme ortaya çıkmaktadır⁸⁵.

Bu noktada, reçetesiz satılan bir ilaç veya kozmetik ürünler bakımından yardımcı kişilerin fiilleri nedeniyle eczacının sorumluluğuna

iyi şekilde faydalanması için bilgi ve danışmanlık hizmetinin verilmesi hususlarında yükümlüdür. <https://titck.gov.tr/storage/legislation/sGvnnJYO.pdf> (24.10.2021). Her ne kadar doğrudan reçetesiz ürünleri kapsıyor olmasa da, 6197 sy. EEHK m.1 ve EEHY m. 6/d, ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesini eczacılık tanım ve sorumluluğu içerisinde tanımlamaktadır. Ayrıca bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 4/ğ-h (RG. T. 01.08.1998, S. 23420) ve Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü m. 6 (RG. 27.7.1968, S. 12961). Ayrıca bkz. Yuk. Dn. 6.

Bir görüşe göre, aydınlatma yükümlülüğü sözleşme öncesi görüşmelerden (culpa in contrahendo) dolayı ortaya çıkar. Bu nedenle eczacı, ürün satışından önce hastaya dürüst davranmak ve özenli bir şekilde bilgilendirme yapmak zorundadır. Aksi durumda culpa in contrahendo sorumluluğu gereği sözleşmeye aykırılık söz konusudur. Bkz. DOĞAN, s. 127. Karş. ÖZEL/ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 333, 339 vd; HAKERİ, s. 293-303; ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 219 dn. 21.

⁸⁴ ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 222 vd. Ayrıca bkz. KUNTALP, Erden, "Karışık Muhtevalı Akit", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları (Yayın No: 291), Ankara 1971; OKTAY, Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", İHFMC.LV, 1996, s. 263-296.

⁸⁵ DOĞAN, s. 118-119; Eczacının ilacı eczanede bizzat yapma ilaç olarak hazırlaması halinde ortaya çıkan sözleşme ise eser sözleşmesi olarak kabul edilmelidir. Bkz. ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 223. Karma kombine sözleşmeler için bkz. YAVUZ, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul 2018, s. 14; AKKURT/ERDOĞAN/TOKAT, s. 355 vd.

bakıldığına, reçetesiz ilaçların artık eczaneler dışında marketler ve e-ticaret sitelerinde satılıyor olması ilk etapta eczacı ve yardımcı personelin sorumlu olamayacağını akla getirebilir. Ancak, eczaneye ve dolayısıyla eczacının yardımcı kişisi konumundaki eczacı teknikerine başvuran ve yardım/danışmanlık isteyen bir hastanın uğrayacağı zarardan eczacı ve yardımcı kişi sorumlu tutulabilir⁸⁶. Zira eczacı ve eczacı teknikeri satılan reçetesiz ilaç veya kozmetik ürünler bakımından mesleki eğitim almış, belirli bilgi, tecrübe ve birikime sahip uzman kişiler olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce, mesleklerinde uzman olarak kabul edilen bu kişilerin mesleki beceriksizlik ve bilgisizlik dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulması hakkaniyet ölçüleri bakımından da bir gerekliliktir.

IV. ECZACININ SORUMLULUĞUNUN SONUÇLARI

Yukarıda ifade edildiği üzere, eczaneden reçetesiz ürün satın alan hastanın yaptığı hukuki işlem bir tüketici işlemidir ve bu ilişkiye öncelikle TKHK hükümlerinin uygulanması gerekir. Tüketicinin satın almış olduğu ürünle ilgili olarak TKHK m. 11 tüketiciye, dört tane seçimlik hak tanımaktadır. Tüketici, satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirilerek sözleşmeden dönme, satılanı alıkoyarak maldaki ayıp oranında satış parasından indirim talep etme, masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarımını talep etme ve son olarak, imkân varsa satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini talep etme hakkına sahiptir (TKHK m. 11; Karş. TBK m. 227). Tüketici bu dört seçimlik hakkından biri ile birlikte TKHK m. 11/6, c.2 düzenlemesi gereği, maddi/manevi tazminat da talep edebilir⁸⁷.

⁸⁶ Eczanın danışma yükümü konusundaki açıklamalar için bkz. Yuk. Dn. 6.

⁸⁷ Tüketici bu dört seçimlik haktan biri ile birlikte tazminat isteminde bulunabileceği gibi, bundan bağımsız sadece tazminat talebinde de bulunabilir. (TKHK m. 11/6, c.2; TKHK m. 83 atfı ile TBK m. 112 vd.). Bkz. AYDOĞDU, s. 168; ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ KARAOSMANOĞLU, s. 233; AYDOĞDU, Murat, "Aydoğdu Şerhi", Milli Şerh (Edt. TOKBAŞ, Hakan/ TÜZÜNER, Özlem), İstanbul 2016, s. 258-259. Tazminatın kapsamı ve hesaplanması hususunda bkz. YAĞCI, s. 133 vd; YÜNLÜ, 322 vd. Karş. OKYAR KARAOSMANOĞLU, s. 163 vd. Ayrıca bkz. İNAN/ YÜCEL, s. 610; TUNÇOMAÇ, s. 457; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 393; ZEVKLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s. 315; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 870-871 vd; ŞENOCAK, s. 222-234. Bir görüşe göre, ayıplı olarak satılan ilacın doğası gereği onarılması mümkün olmayaca-

Eczacının yardımcı kişinin fiillerinden dolayı sorumluluğuna başvurabilmek için hastanın zarara uğramış olması gerekir. Eczacı, yardımcı kişi olan eczacı teknikerinin fiilinden dolayı hastanın zarar görmesinden o zarara kendisi neden olmuş gibi sorumlu olacaktır⁸⁸. Tazminat miktarının hesaplanmasında yardımcı kişinin sorumluluğunu azaltan ya da ağırlaştırıcı koşullar dikkate alınmalı, zarar görenin zararın ortaya çıkmasında kusuru bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır. Hastanın kişilik hakları ihlal edilmişse, bu durumda manevi zararının da tazmin edilmesi gerekir⁸⁹.

SONUÇ

Bilindiği üzere ülkemizdeki eczanelerin tümünde bir ya da birden fazla yardımcı kişi istihdam edilmektedir. Yapılan işin bir gereği olarak bugün neredeyse yardımcı personel çalıştırmayan eczane görmek mümkün değildir. Eczanede çalışan personel eczacı teknikeri, eczacı teknisyeni, eczacı kalfası vb. hangi unvanla adlandırılırsa adlandırılınsın hukuki nitelik bakımından öncelikle bir çalışan ve aynı zamanda yardımcı kişi olarak nitelendirilmelidir. Eczacı, eczanede ilaç satışı, ilacın kullanım şeklinin hastaya anlatılması/aydınlatılması ve diğer işleri (özetle borcun ifasını) eczacı teknikerine bıraktığına göre, eczacı teknikeri TBK m. 116

ğından tüketicinin ücretsiz onarım hakkını kullanması mümkün değildir. Aynı görüşe göre, insan sağlığı açısından tehlike arz etmesi hasebiyle tüketicinin bedelde indirim hakkını kullanmasına da imkân yoktur. Bkz. ÖZCAN BÜYÜKTANIR/ OK-YAR KARAOSMANOĞLU, s. 234. Ancak kanaatimizce, satın almış olduğu tezgâh üstü ilaç veya kozmetik üründen beklediği etki ve faydayı göremeyen hasta/tüketici, (bu yönde talebi var ise) bedelde indirim hakkını kullanabilmelidir. Zira hasta/tüketici satın aldığı üründe beklediği faydayı göremediğinde (TKHK m. 8/2 atfı ile TKHK m. 11/1-a gereği) sözleşmeden dönerek ödediği bedeli geri isteyebileceğine göre; TKHK m. 11/1-b düzenlemesi gereği, (eğer talebi varsa) ürünü yanında alıkoyarak bedelde indirim talep edebileceği de (tüketici yararı ve Kanun'un amacı doğrultusunda) kabul edilmelidir. Nitekim ürünün bir kısmını veya tamamını kullanan tüketicinin seçimlik hakkını bu yönde kullanması hem satıcının ağır zarara uğramasını engelleyecek hem de hakkaniyet ilkesine daha uygun düşecektir.

⁸⁸ ZEVLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s. 313; YÜNLÜ, s. 312 vd; YAĞCI, s. 131 vd; ŞENOCAK, s. 223-226 vd. Farazi kusur kavramı hakkında bkz. YAĞCI, s. 119-127; YÜNLÜ, s. 340 vd.

⁸⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 870; ŞENOCAK, s. 223 vd; ZEVLİLER/ ERTAŞ/ HAVUTÇU/ AYDOĞDU/ CUMALIOĞLU, s. 313; YÜNLÜ, s. 337 vd; YAĞCI, s. 135.

anlamında yardımcı kişi sayılır. Eczacı ile eczacı teknikeri arasındaki iş ilişkisi (eczacının talimat vermesi ve eczacı hakimiyeti altında işin görülmesi) nedeniyle de eczacı, adam çalıştıran sıfatına sahiptir.

Adam çalıştıran konumundaki kişinin sorumluluğu açısından genel ilkeler üç temel özen ölçütüne (adam seçme, talimat, denetim) dayanmakta iken, günümüzde gelişen iş kolları ile iş ve işletmelerin yapısındaki değişimler paralelinde artık bu klasik kriterlere işin ve işletmenin organizasyonuna özen gösterme olarak ifade edebileceğimiz yeni bir ölçüt daha eklenmiştir. Aslında bu şekilde adam çalıştıranın sorumluluk alanı da bir nevi genişletilmiş olmakta, adam çalıştıranın (eczacı) özen yükümlülüğü ağırlaştırılmaktadır. Buradaki kriter, adam çalıştıran ile çalışan arasında organizasyon bağımlılığı kapsamında bir iş ilişkisinin söz konusu olmasıdır.

Eczacı teknikeri/teknisyeni/kalfası mesleğini icra ederken eczaneye gelen hasta ve/veya yakınına hakaret, darp, yaralama veya tehdit gibi haksız fiillerden birini işlemesi durumunda ortaya çıkan zararlardan eczacı TBK m. 66 anlamında sorumlu olacaktır. Burada kimin kusurlu olduğu veya kusurun hafif bir kusur olmasının önemi yoktur. Zira burada kusursuz bir sorumluluk hali düzenlenmektedir. Adam çalıştıran olarak eczacı eğer sorumluluktan kurtulmak istiyorsa eczanede çalıştırdığı eczane teknikerini seçerken özen gösterdiğini, ona gereken talimatları verdiğini, sık sık talimatlarının yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmiş olduğunu ispatlamalıdır. Bunun yanında eczane teknikerinin uygun çalışma koşullarında çalışmasını sağlayarak güvenilir bir organizasyon sağlama yükümlülüğünü de yerine getirmiş olmalıdır. Eczacı tüm bu kriterleri, yani özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat edebilirse eczacı teknikerinin hasta/müşteriye vermiş olduğu ve haksız fiile dayanan fiillerinden dolayı ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulmayacaktır⁹⁰.

⁹⁰ Özen yükümlülüğüne dayanan olağan sebep sorumluluklarının ortak özelliği, sorumlu tutulan kişiye sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmasıdır. Adam çalıştıranın sorumluluğu, varlığı karine olarak kabul edilen iki olguya dayanır. Birincisi, adam çalıştıranın (eczacı) özen yükümlülüğünü ihlal ettiği ve zararın bu ihlal nedeniyle ortaya çıktığı kabul edilir. Bunlardan ilki "fiil karinesi", ikincisi ise "illiyet karinesi" olarak nitelendirilmekte ve adam çalıştıranın sorumluluğu bu iki alt kari-

Yukarıda belirtildiği üzere, eczacı ile müşteri arasında reçeteli bir ilacın satışı söz konusu ise burada tartışmasız bir ilaç satış sözleşmesi söz konusudur. Aynı nitelime, hastanın reçetesiz satılan ilacın ismini doğrudan söyleyip onu satın alması halinde de geçerlidir. Sözü edilen ihtimalde, eczacı teknikerinin bir kusuru varsa bu kusur sözleşmeye dayanan bir kusur olarak karşımıza çıkar. Nitekim eczacı, ilaç satışı, hastanın bilgilendirilmesi ve takibi gibi işleri, başka bir anlatımla sözleşmenin ifasını eczacı teknikerine (yardımcı kişiye) bırakmıştır. TBK m. 116 gereği, eczacı sözü edilen ilaç satış sözleşmesinden doğan borcun ifasını yanında çalışan kişilere kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada hastaya verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. İlgili düzenleme bir borcun ifasına yardımcı olarak katılan kişilerin borca aykırı davranmak suretiyle karşı tarafa (hasta/müşteri/hasta yakını vs.) vermiş oldukları zarardan borçlunun (eczacı) da sorumlu olacağını hüküm altına almaktadır.

Bu nedenle, eczacı teknikerinin yanlış ilaç satması, farklı dozda ilaç vermesi (örneğin aynı ilacın 200 mg. yerine 1 g. dozajlı ilacı vermesi), ilacın kullanma şeklinin ayrıntılı izah edilmemesi, ilaç kullanım tarifinin yanlış yapılması gibi fiillerden doğan zararların tümü için eczacı TBK m. 116 gereği sorumlu olacaktır.

Sonuncu ihtimalde, eczacı teknikerinin işlemiş olduğu fiil hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil unsurlarını beraberinde içeriyorsa bu durumda hakların yarışmasından söz edilir. Hastaya yanlış ilaç vermiş olan bir eczane teknikerinin, bu yanlışlığın düzeltilmesi için eczaneye geri gelen hasta veya yakınına darp etmesi ve/veya hakaretler savurması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Hasta/müşteri/hasta yakınına hem ilaç satış sözleşmesinden dolayı gereği gibi ifada bulunmamış hem de hakaret, tehdit ve/veya darp gibi haksız bir fiilde bulunulmuşsa, hasta her iki düzenlemeye göre (TBK m. 66 veya 116) zararının giderilmesini talep edebilir. Hastanın bu talebi, TBK m. 60 hükmüne göre değerlendirilecek ve zarar gören sıfatıyla hasta veya hasta yakını aksini istemedikçe ya da kanunda aksi öngörülmedikçe kendisine en iyi

giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre zararı karşılanacaktır. Bu noktada, TBK m. 116/3 gereği eczacılık, uzmanlığı gerektiren bir meslek olduğundan, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşmasının kesin hükümsüz olacağına hatırlanması gerekir.

Kanaatimizce, her iki sorumluluk halinin yarışma içerisinde olması halinde zarar görenin TBK m. 116'ya göre talepte bulunması daha isabetli olacaktır. Bunun nedeni, öncelikle adam çalıştıran olarak eczacının kanunda belirtilen kurtuluş kanıtlarını sunarak sorumluluktan kurtulma ihtimalinin bulunmasıdır. Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk bakımından kurtuluş kanıtı getirme imkânı bulunmadığından zarar gören açısından TBK m. 116'ya dayanmak daha avantajlı görünmektedir. Burada yardımcı kişilerin fiillerinden dolayı sorumluluğun adam çalıştıranın sorumluluğuna nazaran daha katı bir düzenleme olduğunu belirtmekte yarar vardır. Nitekim eczacı gerekli özen sorumluluğunu yerine getirdiğinden bahisle adam çalıştıran sıfatı bakımından sorumlu olamayacağını iddia edebilse de yardımcı kişinin sorumluluğu bakımından sadece borcun bizzat kendisi tarafından ifa edilmiş olması halinde borca aykırılıktan kusurlu sayılamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkündür.

Zarar görenin TBK m. 116'ya göre talepte bulunmasının bir diğer yararı ise sorumluluğun ispat edilmesi konusundadır. Nitekim haksız fiil sorumluluğunda zarar verenin kusurunu ispat yükü prensip olarak zarar görene (hasta) düşmektedir. Halbuki borca aykırılıktan doğan zararalarda kusursuzluğunu ispat etmesi gereken taraf, zarar veren (eczacı) taraftır. Bunlarla birlikte, haksız fiilden dolayı zamanaşımı süreleri zararın öğrenildiği tarihten itibaren 2 yıl ve her halde 10 yıl iken, borca aykırılıkla davranış nedeniyle sorumlulukta bu süre direkt olarak 10 yıl olarak düzenlenmektedir.

Çalışmanın başında ifade edildiği üzere EEHY m. 37'ye göre eczanelerde çalışan personelin eczane mesul müdürünün sorumluluğu altında mesleki faaliyetlerini sürdürebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu ifadeden öncelikle eczanede çalışan personelin unvanı veya adı ne olursa olsun eczacının sorumluluğu denetimi ve gözetimi altında çalışması gerektiği söylenebilir. Nasıl ki eczacılar mesleki faaliyetlerini icra eder-

ken kusurlarından sorumlu ise, yardımcı kişilerin, alt yardımcı kişilerin de aynı şekilde kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Bunlarla birlikte yardımcı personelin kasıt, ihmal, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik veya bilgisizlik hallerinin tümü bakımından eczacının sorumluluğuna başvurulabilmesinde bir engel bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, yardımcı personelin fiilinden dolayı eczacının hangi tür sorumluluğuna başvurulabileceğini belirlemek için öncelikle hasta ve eczane arasında kurulan ilişkinin niteliğine bakmak, diğer bir anlamıyla hasta ile eczacı arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin var olup olmadığını tespit etmek gerekir. Eğer hasta ile eczacı arasında sözleşme kurulmadan önce veya sözleşme dışı bir zarar (haksız fiil gibi) söz konusu ise TBK m. 66 gereği adam çalıştıranın sorumluluğuna; eğer hasta ve eczacı arasında ilaç veya başka bir ürün satışı nedeniyle borca aykırılık oluşuyor ve sözleşmeden doğan bir zarar meydana geliyorsa, TBK m. 116 sorumluluğuna başvurulabilecektir. Her iki ihtimalin söz konusu olması durumunda ise zarar gören (hasta) istediği sorumluluk düzenlemesine dayanmakta serbesttir. Bize göre, TBK m. 116 sorumluluğu zarar gören açısından daha avantajlı görünmekle birlikte, somut olaydaki duruma göre hangi sorumluluk türü daha iyi bir giderim sağlayacak ise o sorumluluk hükümlerine göre talepte bulunulması elbette en uygun seçenek olacaktır.

KAYNAKLAR

- AKİPEK ÖCAL, Şebnem, "Akipek Şerhi", Milli Şerh, (Edt. TOKBAŞ, Hakan/TÜZÜNER, Özlem), s. 40-60.
- AKKURT, S. Sami/ ERDOĞAN, Kemal/ TOKAT, Hüseyin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Hükümler, Ankara 2018.
- ALP, Cihan, Ayakta Tedavilerde Özel Sağlık Kuruluşunun Eczacının Ve İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- ALTAY, Sabah, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Adam Çalıştırmanın İşletme Faaliyeti (Organizasyonu) Dolayısıyla Sorumluluğu (TBK. 66/3)", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3 - 4 Haziran 2011, s. 171-187.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/ 1, 2, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 3, 2. Baskı, Ankara 2019 (C. V, 1, 3).
- ATİLA, Sıtkı, Hastanın Eczacıya Bakışı, İstanbul Medipol Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- AYDOĞDU, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.
- CANSEL, Erol/ ÖZEL, Çağlar, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Ankara 2014.
- DEMİR, Mehmet, "İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu", TBB Dergisi, Yıl: 23, S. 89, 2010, s. 96-128.
- DOĞAN, Cahid, "Eczacı Uygulamalarında Aydınlatılmış Rıza", Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı, 6-7 Kasım 2015, Ankara, s. 111-143.
http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasik-itap/v1_saglik_%20hukuku_%20kurultayi.pdf (23.10.2021).
- EREN, Fikret, 6098 Sayılı Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017.

- ERSÖZ, Ahmet Kürşat, “İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2013.
- FEYZİOĞLU, F. Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 2. Baskı, İstanbul 1976.
- FİDAN, Melis, “Kozmetik Ürünlerden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019.
- GÜLTEKİN, Fatih, “Yardımcı Kişinin Fiillerinden Borçlunun Sorumluluğu”, TAAD, Yıl: 9, S. 35, 2018, s. 375-403.
- HAKERİ, Hakan, İlaç Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018.
- HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdulkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm (İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme) C. III, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1-2, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul 2018.
- OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2019.
- ÖĞÜZ, M. Tufan, “Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Açısından “Emir-Talimat Altında Çalışma” ve “Zarar İle Görülen İş Arasında İşlevsel Bağlılık Bulunması” Unsurları Hakkında Değerlendirme”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 838-847.
- ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G./ OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila, “Eczacının 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Ayıplı İfadan Sorumluluğu” Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2016, S.4, s. 209-242.
- ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G./ OKYAR KARAOSMANOĞLU, Dila, “Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin Ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, İnÜHFD, Cilt:8, Sayı:1 Yıl: 2017, s. 153-198 (Off-Label).

- ÖZEL, Çağlar/ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., "Akılcı İlaç Kullanımında Hekimin ve Eczacının Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü", İÜHFİM, C. LXVI, S.2, 2008, s. 327-344.
- PETEK, Hasan, "Takviye Edici Gıdalar (Özellikle Zayıflatıcı Haplar Ve Çaylar) Sebebiyle Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluk", İstanbul Barosu Dergisi, C. 89, S. 6, Y. 2015, s. 15-53.
- REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Bası, İstanbul 2012.
- SAĞLAM, İpek, "TBK'nda Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3 - 4 Haziran 2011, s. 161-171.
- ŞENOCAK, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.
- ŞENTÜRK, İsmail Hakkı, Eczacının Hukuki Açından Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1997.
- TANDOĞAN, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- TEKİNAY, S. Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- TUNÇOMAĞ, Kemal, Türk Borçlar Hukuku C.1 Genel Hükümler, Genişletilmiş 6.Bası, İstanbul 1976.
- TÜRKMEN, Ahmet, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III)", İÜHFİM, C. LXX, S. 2, Y. 2012, s. 257-284.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa, Organizasyon Sorumluluğu (TBK m. 66/III), İstanbul 2016.
- YAĞCI, Mine, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk (TBK md.116), İstanbul 2018.
- YÖNET, Yağmur Öykü, "Türk Hukukunda Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk", İD Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.

YÜNLÜ, Semih, Yardımcı Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk, İstanbul 2019.

ZEVKLİLER, Aydın/ ERTAŞ, Şeref/ HAVUTÇU, Ayşe/AYDOĞDU, Murat/CUMALIOĞLU, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.



THE IMPACT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS OVER LOCAL NORMS: THE CASE OF TURKEY¹

Arş. Gör. Murat POYRAZ*

Abstract

The article aims at exploring the impact of the European Court of Human Rights on the local norms of Turkey, a topic that has been understudied, given its burgeoning significance. The Court is institutionally able to exercise such influence on the state parties, as it is entitled to have final jurisdiction over member states concerning compliance with the Convention and its content. Moreover, the Convention itself also necessitates contracting states to conform to the final judgment of the Court and to take sufficient measures, including changes in the local norms to guarantee that the Convention's rights and freedoms are protected. However, the influence of the Court on domestic norms of a national law needs to be elaborated since it remains silent concerning its impact on local norms. Hence, this article chooses Turkey as a case study to study the impact of the Court over local norms.

Key Words

Turkey • The European Convention on Human Rights • Local Norms • The European Court of Human Rights • The Court's Impact

¹ The study is based on the author's master thesis.

* Araştırma Görevlisi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Rize, Türkiye | Ress. Asst., Recep Tayyip Erdoğan University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of International Relations, Rize, Turkey.

✉ murat.poyraz@erdogan.edu.tr • ORCID 0000-0002-8352-0241

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: POYRAZ Murat, "The Impact of the European Court of Human Rights over Local Norms: The Case of Turkey", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3299-3323.

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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN YEREL NORMLAR ÜZERİNE ETKİSİ: TÜRKİYE ÖRNEĞİ

Öz

Bu makalenin amacı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'nin önemi gittikçe artan fakat üzerinde henüz yeterince çalışmamış bir konu olan iç hukuk normları üzerine etkisini tahlil etmektir. Kuramsal olarak, Mahkeme Sözleşmeye uyumdan ve Sözleşme'nin içeriği hususunda üye devletler üzerine nihai yargı yetkisine sahip olduğundan Mahkeme muhatap devletler üzerinde böyle bir etki gösterebilir. Ayrıca, Sözleşme'nin bizatihi kendisi de taraf devletlerin Mahkeme'nin nihai kararına uymasını ve Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri güvence altına almak için yerel normlarda değişiklikler de dahil olmak üzere gerekli önlemleri almasını gerektirmektedir. Ancak, Mahkeme yerel normlar üzerine olan etkisi konusunda sessiz kaldığı için ulusal hukukun iç normları üzerindeki etkisinin ayrıntılı olarak ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle, bu makale Mahkeme'nin yerel normlar üzerine olan etkisini analiz etmek için Türkiye'yi örnek olarak seçmiştir.

Anahtar Kelimeler

Türkiye • Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi • Yerel Normlar • Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi • Mahkeme'nin Etkisi

INTRODUCTION

There is a general agreement² that today's most potent regional human rights regime is the regime of The European Convention on Human Rights³. The Convention that aims at maintaining and promoting

² DZEHTSIAROU, Kanstantsin and Vassilis P. TZEVELEKOS, "The Conscience of Europe that Landed in Strasbourg: A Circle of Life of the European Court of Human Rights", Volume 1, No 2, 2020, p. 1.

³ On 4 November 1950, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms that was to be predominantly known later as either 'the European Convention' or 'the European Convention on Human Rights' was signed by the foreign minister of the member states at the time, and it became fully operational in September 1953, with the adequate number of signatory parties to ratify and give effect to it in their municipal law. All member states of the Council are a side to it owing to the Statute of the Council, which makes the High Contracting States to adopt it. For further information, please see the details, BOND, Martyn, An Introduction to the European Convention on Human Rights, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2018, p. 5-63.

democratic principles sets up an essential list of rights and freedoms to which all signatory states⁴ are bound and have been improved through Additional Protocols in terms of its scope and capabilities. To safeguard the Convention's established rights and freedoms and to provide justice in individual and interstate cases, the European Court of Human Rights was formed in the year 1959 as a judicial entity of the Council of Europe by the contracting parties.⁵ State parties, apart from that, in this unique system, are under many obligations springing from the Convention, such as the obligation to "undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties".⁶ The respondent States, in this connection, aim to take either/both individual or/and general measures in an effort to provide redress to the applicant who suffered from actual or/and legal practices of his/her home country and to prevent new violations that/those found by the Court and/or bring the ongoing violations to an end. In this regard, general measures could do with local norms in the respondent State's legal system.

Hence, the influence of the Court needs to be addressed in detail, as the Court is silent on its effect on local norms. In this vein, the core research question arises as to how the Court have an effect on local legal norms in Turkey– a country that ranks as second in respect of pending applications assigned to a judicial formation as of 31 August 2021⁷. The manuscript is accordingly divided into two sections. In order to

⁴ To see member states, please see <<https://www.coe.int/en/web/portal/47-members-states>> (accessed, on 25 July, 2021).

⁵ The Council of Europe is an intergovernmental organization established by the ten founding countries and the six founding fathers, who were also leading pioneers in setting up the two European community, namely the European Coal and Steel Community and European Economic Community. For a good account on the historical analysis of the agency, please see WASSENBERG, Birte, *History of the Council of Europe*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2013, p. 1-32.

⁶ "The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", <https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf> (accessed, on 25 July, 2021), (hereinafter, the Convention).

⁷ As of 31 August 2021, the total number of pending applications before the Court reached at 70,550, 14,951 of which were lodged against Turkey, please see <https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2021_BIL.PDF> (accessed, on 25 July, 2021).

understand the Court's influence on local norms, it is necessary to grasp the relationship between the Court and the Convention regarding local norms. What does it imply? How important is it? The first section of the article is centrally concerned with these questions. The last section investigates the impact of the Court over local norms by concentrating on Turkey. In this section, firstly, the question of whether or not the composition of Turkish national law in relation to international law has an influence on the transformation of local norms in its legal system will be elucidated. Later, the Court's impact on local norms in Turkey is grouped into three subheadings so as to grasp better its influence.

I. THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND LOCAL NORMS

Before examining the very core of this section, it is essential to underline at the outset that the Court's impact upon national law is contingent upon the European Convention on Human Rights together with the Additional Protocols, as the Strasbourg Court has the authority to deliver judgments based on the interpretation and application of the Convention and the Protocols. Therefore, it seems to be apparent that the impact of the European Court does not automatically emerge. Instead, the Court should find the Parties to the Convention to be in an act of infringe contrary to rights and freedoms enshrined in it. In addition to that dimension, the European Convention did bring into existence the Strasbourg Court, and the Court has exclusive authority over the legal interpretation of the Convention's rights and freedoms.⁸ In that sense, this is to say that any legal issue regarding local norms makes it necessary to look into the European Convention. In this regard, state parties are expected to uphold and safeguard human rights and fundamental freedoms within their sovereignty, according to Article 1⁹. This provision requires member states to observe the specified rights and freedoms to any person, group of people

⁸ The Convention, art. 32.

⁹ In the case *N.D. and N.T. v. Spain*, the Court indicated that Article 1 draws no distinction regarding rules or measures and does not exempt any element of a member state's jurisdiction from the Convention's scrutiny. *N.D. and N.T. v. Spain* [GC], nos. 8675/15 and 8697/15, 13 February 2020, para. 102-103.

and non-governmental organizations within their own jurisdiction.¹⁰ In the Court's assessment¹¹, it follows, *inter alia*, that Contracting State's commitment is limited to securing the stated rights and freedoms within its jurisdiction, indicating chiefly territorial jurisdiction of a state's competence. As pointed out evidently above, it is primarily state entities that are responsible for the preservation of rights and freedoms enunciated in the Convention. Consequentially, if any provision of national law of a state entity contradicts with the Convention, changes in local norms become an obligation.

In the light of Article 17¹² prohibiting the abuse of rights and freedoms, the Convention, on the other hand, does not grant state parties to the "[r]ight to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent that is provided for in the Convention"¹³. Thus, any changes in local norms should be in conformity with this provision of the Convention. For that reason, if the Court concludes that a state party has violated the Convention and thus demands changes in the national norms of the defendant State, measures, regardless of individual or/and general, to be adopted by the respondent State should be in tune with the final decision.

At this point, the nature of the judgments of the Court is another point to be discussed. The character of judgments of the Court is considered to be a final – *the principle of the finality of judgments* – and binding over states which are party to the Convention. According to Article 46, a

¹⁰ The jurisdiction of the Strasburg Court today covers more than Europe's 830 million citizens to complain against one of the 47 signatory states for violating their human rights laid down in the convention, please see <<https://www.coe.int/en/web/impact-convention-human-rights/how-it-works#:~:text=The%20human%20rights%20convention%20protects,human%20rights%20and%20basic%20freedom>> (accessed, on 18 August, 2021).

¹¹ *Georgia v. Russia (II)* [GC], no. 38263/08, 21 January 2021, para. 81.

¹² Under the Court's findings in *Kastmakhunov and Saybatalov*, the main aim of Article 17 of the Convention is to hinder individuals or groups or non-governmental organizations with totalitarian goals from taking advantage of the Convention for their own purposes. *Kastmakhunov and Saybatalov v. Russia* [First Section], nos. 26261/05 and 26377/06, 14 March 2013, para. 103-104.

¹³ The Convention, art. 17.

final judgment also necessitates its execution under the supervision of the Committee of Ministers. The Court states about the execution of a judgment that it is essentially member states to select the means to be employed in their national law to comply with its obligation under the Convention. These means must be coherent with the Court's conclusion and spirit. Nonetheless, on the condition that such measures are consistent with the Court's conclusion, states that violate an article of the Convention are free to pick up means to discharge their obligation under Article 46 of the Convention, for the judgments of the European Court are primarily declaratory¹⁴, meaning that the judgments of the Court cannot by itself erase the actual or legal violation contrary to the Convention.¹⁵ Hence, the Court, in the case *Soering v. the United Kingdom*¹⁶, rejected the applicant's request for legal redress – a request that gives instructions to the defendant State to execute the Court's conclusions in the judgment concerned in its domestic legal order. The Court considers that there is no such a right in the Convention and that whether measures taken by the respondent State are sufficient for the compliance with the final decision, falls within the remit of the role and functions of the Committee of Ministers.

In this connection, it should also be stressed here that, under certain special circumstances, the Court might advise a respondent State on the types of measures¹⁷ that might be adopted to end the condition that has resulted in a violation finding since “the very nature of the violation found was such as to leave no real choice between measures capable of remedying it”¹⁸. In this regard, the judgment of the Court may indicate

¹⁴ *Öcalan v. Turkey* [GC], no. 46221/99, 12 May 2005, para. 207-210

¹⁵ *Marckx v. Belgium* [Plenary], no. 6833/74, 13 June 1979, para. 58

¹⁶ *Soering v. The United Kingdom* [Plenary], no. 14038/88, 07 June 1989, para. 125-127.

¹⁷ ISSAEVA, Maria, Irina SERGEEVA and Maria SUCHKOVA, “Enforcement of the Judgments of the European Court of Human Rights in Russia”, *International Journal on Human Rights*, Volume 8, No 15, 2011, p. 68-71. On the further information on how the Court indicates specific individual measures, see *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, 8 April 2004, para. 208; *Del Rio Prada v. Spain* [GC], no. 42750/09, 21 October 2013, para. 149; *Aleksanyan v. Russia* [First Section], no. 46468/06, 22 December 2008, para. 240.

¹⁸ *Gasangusenov v. Russia* [Third Section], no. 78019/17, 30 March 2021, para. 100.

changes in the local norms contrary to the Convention as a particular type of remedying the injured party. Nevertheless, this does not mean that measures, with the aim of providing redress to the suffering applicant, are limited to changes in national norms. In addition to this, there are also a variety of measures: reopening of domestic proceedings, just satisfaction, restitution, and legislative reforms, to name some of them. In this vein, as is discussed above, the Court indicates a particular type of remedying in the final judgment. In addition to that, the respondent State also freely chose to bring an end to the infringement found by the Court. This dimension is somehow linked to *the margin of appreciation* – a doctrine that allows state parties, which have breached the Convention, to a degree of flexibility in order to fulfil their obligations.¹⁹

It is also important to emphasize that the respondent State provides redress to the injured part through individual or/and, if needed, general measures. The former, on the one hand, relates the applicants. There are two aspects to the obligation to take individual measures and provide redress to the applicant. The first is to pay an amount of money awarded by the judgment of the Court. However, the consequences suffered by the applicant are not generally sufficiently remedied by the Court's decision to pay a justification. It is here that a further measure can be needed so as to achieve as much as possible *restitutio in integrum*. These measures²⁰ may include the destruction of false information violating the right to privacy, the reopening of civil proceedings, or the cancellation of a deportation order which leaves the applicant to be subjected to torture or ill-treatment. The latter, on the contrary, concerns measures aiming to hinder identical violations at the national level. Hinging upon the circumstances, the fundamental obligation of taking general measures may call for actions²¹ involving, for example, the refurbishing of a prison, the improvement of

¹⁹ İNCEOĞLU, Sibel, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", within İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, ed. Sibel İnceoğlu, İstanbul, Beta Yayınları, 2013, p. 32.

²⁰ For more individual measures, please see <<https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/individual-measures>> (accessed, 11 August, 2021).

²¹ For more general measures, please see <<https://www.coe.int/en/web/human-rights-convention/general-measures>> (accessed, 11 August, 2021).

detention conditions for persons awaiting deportation, the decriminalization of homosexual acts, the change of domestic case-law or the introduction of an effective compensation system.²² The defendant State, to erase the consequences and comply with its undertaking of taking measures, prepares an action plan that includes steps to be taken at the national level, as well as an action report, which features whether steps in the action report are executed. Following this, the Committee of Minister ends the supervision process by issuing a final resolution regarding whether steps taken are sufficient for the elimination of the damage²³.

Overall, these issues pointed out above are legal obligations²⁴ of the Convention Parties. Thus, a state party violating its obligation should take all necessary steps through which to comply with the decision of the Court since the contracting states have the obligation to abide by the binding decision of the Court²⁵, which also points to the superiority of the final judgments of the Court on national laws. Hence, conformity to the judgment becomes a must.

II. PRACTICE IN TURKEY

The very scope of this section is to delve deeper into the question of how the European Court influences the transformation of legal norms in Turkey. Before digging into the question, firstly, it is worth noting that one may argue that the issue of if the composition of the Turkish legal system towards international law may affect the content of its local norms. Turkey willingly joined the European Convention as a Contracting Party on 18 May 1954, later ratifying and putting into force the Convention

²² ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2008, p. 27-31.

²³ The Convention, art. 46.

²⁴ In the light of the International Court of Justice, as well as Article 27 of Vienna Convention on the Law of Treaties, a state party may not use elements of its municipal legal order as an excuse for its inability to comply with a provision or provisions of international treaty it ratified and entered into force with other entities that are capable of concluding a treaty. This obligation deriving from international customary law is a *sine qua non* in state responsibility under international law. MOORHEAD, Timothy, "European Union Law as International Law", *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, No 1, 2012, p. 126-128.

²⁵ The Convention, art. 46.

concerned. Later on, in 1987, both the competence of the European Commission of Human Rights and the right of individual petition for violation performed by Turkish authorities within its territory where the Turkish Constitution is applicable were acknowledged by Turkey. On 22 January 1990, nearly three years after the recognition of the right to the individual application, Turkey also recognized the mandatory jurisdiction of the Court, removing the last obstacle to the full operating of the human rights system.²⁶

Concordantly, the determinant of Turkey's relationship with international law is its constitution²⁷ adopted in 1982 through a referendum, as in many other countries. Moreover, yet, it remains to be mentioned that state parties under international law are bound by certain responsibilities concerning the composition of a legal system. For instance, according to Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, "a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty"²⁸ – an article that is considered as part of international customary law. Together with the principle of *pacta sunt servanda*, therefore, any provision in any legal system be comply with this provision of international law. In this vein, the Constitution of 1982 does not directly address the question of how its relations with international law are regulated. However, the Constitution specifies how international treaties to which Turkey signed and ratified²⁹ would be applied in Turkish

²⁶ SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 8, No 1-2, 2009, p. 266. For the reservations and declarations of Turkey for the Convention, please see" <<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=declarations-by-treaty&numSte=005&codeNature=1&codePays=TUR>> (accessed, on 24 August, 2021).

²⁷ APAYDIN, Deniz Tekin, "Monizm-Dualizm İnkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 9, No 1, 2018, p. 549.

²⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, art. 27.

²⁹ Over the ratification of international treaties, Article 90 of the Constitution stipulates that international treaties concluded with foreign states are subjected to a legal process by which they enter into force through a law to be adopted by the Turkish Assembly, which is followed by the ratification and promulgation of international treaties by Turkish President respectively, domestic courts in Turkey begin

domestic law in terms of some issues.³⁰ Article 90 of the Constitution provides that “international agreements duly put into effect have the force of law....In the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.”³¹ This provision has been long debated by Turkish scholars and researchers, leading to two dissimilar approaches³² on how it will be interpreted in such a case. On this point, Aybay argues that the wording ‘prevail’ ought not to be understood in terms of priority of international treaties concerned, even though the Constitution does evidently determine the hierarchical position of the

enforcing them, thus becoming effective in Turkish municipal law. This provision also includes exceptional circumstance where the provision cannot be applied. The same provision stipulates that agreements governing economic, commercial or technical dimension for a period of no more than one year may be entered into force if they do not feature provisions regarding financial commitment for Turkey and do not bring regulations on the status of individuals or the proprietary rights of Turks abroad. Turkey’s national assembly must be informed of these agreements within a period of two months following their proclamation. For the other exceptional circumstances, see QORABOYEV, İkboljin and Emre Turkut, “Turkey”, within *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental Principles*, ed. Fulvio Maria Palombino, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 337-339.

³⁰ These legal issues are strictly limited. Besides the ratification of treaties, the Constitution, concerning its relations with international law, also addresses suspension of the exercise of fundamental rights and freedoms, status of aliens, right and duty of education, and declaration of state of war and authorization to deploy the armed forces, see PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, Turhankitapevi, 2009, p. 23-24.

³¹ The Constitution of the Republic of Turkey, art. 90, https://global.tbmm.gov.tr/docs/constitution_en.pdf, (accessed, on 21 November, 2021).

³² For more information on the debate, please see SAĞLAM, Fazıl, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye’de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi”, p. 90-95, https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6307/fazil_saglam.pdf (accessed, on 21 November, 2021); GÖZTEPE, Ece, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi Sorunu: Federal Almanya Anayasa Mahkemesi’nin İki Kararının Bir Değerlendirilmesi”, within Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2007, p. 426-429; BİLGİN, Ahmet Burak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Volume 22, No 1, 2016, p. 90-113; CAN, Hacı, “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”, *Yasama Dergisi*, Volume 12, No 5, 2009, p. 14-58.

international agreements in the legal system of Turkey by stating “have the force of law”.³³ Nevertheless, given the fact that the Convention concerns the human rights of individuals, groups of people and non-governmental organizations, in case of a conflict between international treaties regarding human rights and Turkish national law, the principle “*lex posterior derogat priori*” is applied. Nonetheless, it remains to be stressed here that, according to Article 53 of the Convention, the provisions of the Convention do not limit or derogate from any of the human rights and freedoms “which may be ensured under the laws of any High Contracting Party or under any other agreement to which it is a party”.³⁴ Therefore, the aforementioned principle must be considered within the context of Article 53.

Consequently, considering both international law and national law, Turkey voluntarily accepted the Court’s jurisdiction, meaning that, considering international customary law, it should observe its obligations and cannot use a provision in its municipal legal system to justify its inability to comply with its obligations stemming from the Convention. Therefore, the relationship of Turkish national law with international law is not an obstacle to its obligation to take necessary measures, including norm changes, to provide redress to the applicant.

Turning to the effect of the Court’s judgments over local norms, the respondent Governments, on the one hand, can make norm changes in their domestic laws as a result of the final judgment that indicates the necessity of norm changes in its legal system. The relevant Governments, on the other, can make norm changes in their domestic law through their own free will after the final judgment that finds a breach of the Convention’s Article or Articles, as noted earlier. In this connection, changes in local norms can be examined under three subheadings within the context of Turkey: the abolition of norms, the amendments of norms, and passing new norms, all of which will be analysed in detail in the following titles.

2.1. The Abolition of Norms

³³ AYBAY, Rona, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Volume 70, 2007, p. 204-205.

³⁴ The Convention, art. 53.

conducted against the works concerned⁴³, which, in fact, is in line with the Court's findings, as well as the new Press Law. Therefore, this change in Turkish municipal law indicated the alignment of domestic courts' decisions and practices with the Court's findings.

2.2. The Amendments of Norms

This section is devoted to the examination of the amendments of norms in Turkey. In the amendments of norms, the norm, which the Court rules it to be a breach of the Convention, is amended in accordance with the final judgment. In this regard, for instance, Turkey breached the applicants' right to freedom of expression under the Engin Group of Cases consisting of eight cases examined by the Court, some of which would also concern the violation of the right to a fair trial.⁴⁴ In the case *Ergin v. Turkey*⁴⁵, the applicant, Ahmet Ergin, who was the editor of the newspaper - *Günlük Emek*, was sentenced to imprisonment of two-month and was imposed a heavy fine, on the grounds of Article 155 of Criminal Code Law no. 765 replaced with Turkish Criminal Code no. 5237, due to an article in that newspaper written by Barış Avşar and which, according to the public prosecutor who served at the Military Court of the General Staff at the time, incited Turkish people to evade military service. The said article, which the Court found it to be a violation of the Convention, provides that "it shall be an offence, punishable by two months to two years' imprisonment and a fine ... to public articles inciting the population to break the law or weakening national security, to issue publications intended to incite other to evade military service...".⁴⁶ Accordingly, Turkey took both individual and general measures to abide by all final judgments in these cases to which it was a party. In terms of general measures, Turkey opted for the legislative amendments. The relevant article was amended in Turkish Criminal Code no. 5237 in 2013. According to the action report for the group of cases, the Committee of Minister observed

⁴³ Ibid. p. 2-4.

⁴⁴ "Communication from Turkey concerning the ERGIN (No. 6) group of cases v. Turkey", <[https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22tabview%22:\[%22document%22\],%22EX-ECIdentifier%22:\[%22DH-DD\(2019\)359revE%22\]}>](https://hudoc.exec.coe.int/eng#{%22tabview%22:[%22document%22],%22EX-ECIdentifier%22:[%22DH-DD(2019)359revE%22]}>),(accessed, on 9 August, 2021).

⁴⁵ *Ergin v. Turkey* [Fourth Section], no. 47533/99, 4 May 2006, para. 6-15.

⁴⁶ *Ergin v. Turkey*, para. 16.

right to a fair trial was infringed by the respondent State.⁵³ Since the right in question was violated, to a greater extent, for a long time and it gave rise to both systematic and structural problems in the Turkish legal system⁵⁴, the Court implemented the pilot judgment procedure in the case concerned, meaning that measures in domestic policy are promptly required to satisfy the final judgment and put an end to a common dysfunction at the national level, which would eventually bring repetitive cases before the European Court with regards to the right to a fair trial.

Turkey passed new norms on the settlement of some applications filed before the Strasbourg Court via payment of compensation on 9 January 2013. As a consequence, the Human Rights Compensation Commission (hereafter the HRCC') was established under Law no 6384 in the same year as a domestic remedy, which the Court found it as effective and sufficient to bring the related violations to an end in the case *Müdür Turgut ve Diğerleri v. Turkey*.⁵⁵

Because of the importance of the matter, the question of how the HRCC functions would allow us to grasp better the Court's impact on the local norm. The Commission was comprised of five judges with the aim of settling applications via payment of compensation. The jurisdiction of the HRCC cover applications made to the Court before 23 September 2012 concerning investigation and prosecution under criminal law, and proceedings under private and administrative law where hearings could not be concluded with a reasonable time or that are executed late or incompletely. When an application to the Commission carries form and procedure requirements, it is subjected to a preliminary examination by the

⁵³ SEKMEN, Murat, "6384 Sayılı Kanun ile Kurulmuş İnsan Hakları Tazminat Komisyonu", *Uluslararası Hukuk Bülteni*, Volume 7, 2016, p. 7.

⁵⁴ The justifications put forward by the government in the draft law for the related settlement were extremely similar to the Court's rulings for the relevant case. The Turkish authorities, on the one hand, stated that the number of applications lodged against Turkey before the Court reached at 15,940 at the end of the year 2012 and almost 2500 of them fell under the scope of the right to a fair trial. The government, moreover, also took into account the necessity of a national remedy for providing redress to applicants, marking the principle of subsidiarity. Please see <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0625.pdf>>, (accessed, on 05 September, 2021).

⁵⁵ *Müdür Turgut ve diğerleri v. Türkiye* [Second Section], no. 4860/09, 26 March 2013, para. 43-47.

HRCC. After this, the compensation Commission renders a compensation decision, considering the Convention, the case-law of the Court, and its Additional Protocols to which Turkey became a party.⁵⁶

It remains to be mentioned here that if the compensation to be awarded by the HRCC is less than the compensation given in similar cases in the Turkish legal system, which indeed results in an infringement of the Convention, according to the Court's interpretation.⁵⁷ However, it is also noteworthy that the amount of compensation can vary, depending on the nature and the effectiveness of domestic remedies and that the compensation to be awarded should be in accordance with the living standards, as well as the domestic legal tradition of the country.⁵⁸ But, the Court also held on the effectiveness and sufficientness of the HRCC that it is capable of providing a reasonable compensation and redressing possible violations.⁵⁹

If the applicant does not accept the amount of compensation awarded by the Commission, he or she can make an appeal to Ankara Regional Administrative Court (hereafter the ARAC) within fifteen days that starts with the notification of the Commission's judgment to the applicant.⁶⁰ Secondly, the applicant can also make an application before the Turkish Constitutional Court, if her or she find the decision rendered by the ARAC to be insufficient; otherwise, the ARAC's decision becomes. Lastly, the applicant is not satisfied before the Constitutional Court, he or she has the right to file an application to the Strasburg Court.

CONCLUSION

This article revolves neatly around the issue of how the Strasburg Court affects local norms of Parties to the Convention. To this end, the manuscript has attempted to understand the impact of the Court over local norms within the example of Turkey. The case study presented here

⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun, No. 6384, 19 January 2013, [hereafter, the Law no 6384].

⁵⁷ *Vidakovic v. Serbia* [Second Section], no. 16231/07, 24 May 2011, para. 31.

⁵⁸ *Cocchiarella v. Italy* [GC], no. 64886/01, 29 March 2006, para. 97.

⁵⁹ *Erol v. Türkiye* [First Section], no. 76290/13, 06 May 2014, para. 18.

⁶⁰ The Law No 6384, art. 7.

provides a good example of how a human rights court may affect the transformation, evolution and abolition of local norms. From another perspective, the case of Turkey also offers insights into how an international court may influence domestic norms in a decisive way. As discussed throughout this paper, the Court, due to the very nature of the Convention itself, is able to affect local norms of state parties. Nevertheless, the impact of the Court on domestic norms of a national law needs to be addressed since it stays silent its influence on local norms of member states, by and large. Within the context of the case study examined in this study, the Court is capable of abolishing and amending local norms of Turkey on the one hand. On the former, domestic norms in the respondent States could be in conflict with the Court's final decision, which would require the abolition of the related norms. In such a case, the state parties concerned are under the obligation to take necessary measures in an effort to both provide redress to the applicant and comply with the Convention. As discussed previously, the legal practice of the SMAC and norms regulating it were completely removed from the Turkish legal order, with the adoption of the Law on Amendment of the Constitution of the Republic of Turkey. Moreover, the abolition of local norms can change domestic case-law as well, as in the case *Asan v. Türkiye* where İzmir Magistrates' Judgeship, on the ground of the current Press Law, declined the request for the suspension of the books. As to the latter, legislative amendments in the case of Turkey, such as the amendment of Article 155 of Criminal Code Law no. 765, brought some alterations, all of which are in line with the final judgment of the Strasbourg Court. With the amendment, a general definition for those who would be accused of the offence in question was provided. This amendment also brought about a change in the domestic case law. On the other, the Court also may leave Turkey to choose to pass new norms in accordance with the ruling of the Court, which sometimes may establish new domestic remedies, as in the case of the HRCC, which need to be exhausted before submitting an application to the Court. In this context, it is worth mentioning that proceedings before the commission is awfully similar to that of the European Court in many aspects, as is evidently demonstrated. Lastly, except for passing new norms, the abolition and amendment of local norms of Turkey also

brought about the change of domestic case-law, thanks to new local norms made according to the final judgment of the Court.

BIBLIOGRAPHY

- ABDELGAWAD, Elisabeth Lambert, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2008.
- APAYDIN, Deniz Tekin, "Monizm-Dualizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Volume 9, No 1, 2018 (pp. 529-560).
- AYBAY, Rona, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Volume 70, 2007 (pp. 187-213).
- BİLGİN, Ahmet Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Volume 22, No 1, 2016 (pp. 81-129).
- BOND, Martyn, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 2018.
- CAN, Hacı, "Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı", *Yasama Dergisi*, Volume 12, No 5, 2009 (pp. 5-65).
- Communication from Turkey concerning the case of ASAN v. Turkey, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%5D%2C%22EXECIdentifier%22%3A%5B%22DH-DD\(2018\)664E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%5D%2C%22EXECIdentifier%22%3A%5B%22DH-DD(2018)664E%22%5D%7D) (accessed, on 17 June, 2021).
- Communication from Turkey concerning the case of SAYGILI AND BILGIC v. Turkey, <[https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%5D%2C%22EXECIdentifier%22%3A%5B%22DH-DD\(2018\)671E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%5D%2C%22EXECIdentifier%22%3A%5B%22DH-DD(2018)671E%22%5D%7D)> (accessed, on 26 August, 2021).
- Communication from Turkey concerning the ERGIN (No. 6) group of cases v. Turkey, [https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%5D%2C%22EXECIdentifier%22%3A%5B%22DH-DD\(2019\)359revE%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%5B%22document%22%5D%2C%22EXECIdentifier%22%3A%5B%22DH-DD(2019)359revE%22%5D%7D) (accessed, on 9 August, 2021).
- Communication from Turkey concerning the Esim group of cases v. Turkey,

[https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD\(2019\)250E%22%5D%7D](https://hudoc.exec.coe.int/eng#%7B%22tabview%22:%5B%22document%22%5D,%22EXECIdentifier%22:%5B%22DH-DD(2019)250E%22%5D%7D) (accessed, on 22 August, 2021).

DZEHTSIAROU, Kanstantsin/ TZEVELEKOS, Vassilis P., "The Conscience of Europe that Landed in Strasbourg: A Circle of Life of the European Court of Human Rights", *European Convention on Human Rights Law Review*, no 1, (2020): 1-6.

GÖZLER, Kemal, "Askeri Yargı Organlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Uygunluğu Sorunu", *İnsan Hakları Yıllığı*, Volume 21-22, 1999-2000 (pp. 77-93).

GÖZTEPE, Ece, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi Sorunu: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin İki Kararının Bir Değerlendirilmesi", within Erdoğan Teziç'e Armağan, (pp. 417-429). Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2007.

İNCEOĞLU, Sibel, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", Within İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, editor Sibel İnceoğlu, (pp. 23-53). Beta Yayınları, İstanbul 2013.

ISSAEVA Maria/ SERGEEVA, Irina/ SUCHKOVA, Maria, "Enforcement of the Judgments of the European Court of Human Rights in Russia", *International Journal on Human Rights*, Volume 8, No 15, 2011 (pp. 66-89).

SAĞLAM, Fazıl, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'de Kapatılan Partilere İlişkin Kararlarının Partiler Hukukuna Etkisi", pp. 189-216, https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6307/fazil_saglam.pdf, (accessed, on 21 November, 2021).

MOORHEAD, Timothy, "European Union Law as International Law", *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, No 1, 2012 (pp. 126-143).

PAZARCI, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*, Ankara: Turhan Kitapevi, 2009.

QORABOYEV, İkboljon and Emre Turkut, "Turkey", Within *Duelling for Supremacy: International Law vs. National Fundamental*

Principles, editor Fulvio Maria Palombino, (pp. 336-354), Cambridge University Press, Cambridge 2019.

SALİHPAŞAOĞLU, Yaşar, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye: Bazı Rakamlar ve Gerçekler”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Volume 8, No 1-2, 2009 (pp. 253-281).

SEKMEN, Murat, “6384 Sayılı Kanun ile Kurulmuş İnsan Hakları Tazminat Komisyonu.” Uluslararası Hukuk Bülteni, Volume 7, 2016 (pp. 7-9).

WASSENBERG, Birte, History of the Council of Europe, Council of European Publishing, Strasbourg 2013.

http://anayasadegisikligi.barobirlik.org.tr/Anayasa_Degisikligi.aspx (accessed, on 10 September, 2021).

<https://www.coe.int/en/web/portal/home>

<https://www.global.tbmm.gov.tr/> (accessed, on 27 November, 2021).

<https://www2.tbmm.gov.tr> (accessed, on 05 September, 2021).

The Judgments of the European Court of Human Rights

Aleksanyan v. Russia [First Section], no. 46468/06, 22 December 2008.

Asan v. Türkiye [Second Section], no. 28582/02, 27 November 2007.

Assanidze v. Georgia [GC], no. 71503/01, 8 April 2004.

Cocchiarella v. Italy [GC], no. 64886/01, 29 March 2006.

Del Rio Prada v. Spain [GC], no. 42750/09, 21 October 2013.

Ergin v. Turkey [Fourth Section], no. 47533/99, 4 May 2006.

Erol v. Türkiye [First Section], no. 76290/13, 06 May 2014.

Esim v. Turkey [Second Section], no. 59601/09, 17 September 2013.

Gasangusenov v. Russia [Third Section], no. 78019/17, 30 March 2021.

Georgia v. Russia (II) [GC], no. 38263/08, 21 January 2021.

Kastmakhunov and Saybatalov v. Russia [First Section], nos. 26261/05 and 26377/06, 14 March 2013.

Marckx v. Belgium [Plenary], no. 6833/74, 13 June 1979.

Müdür Turgut ve diğeri v. Türkiye [Second Section], no. 4860/09, 26 March 2013.

N.D. and N.T. v. Spain [GC], nos. 8675/15 and 8697/15, 13 February 2020.

Öcalan v. Turkey [GC], no. 46221/99, 12 May 2005.

Saygılı and Bilgiç v. Turkey [Second Section], no. 33667/05, 20 May 2010.

Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz / Türkiye [Second Section], no. 611/12, 17 November 2015.

Soering v. The United Kingdom [Plenary], no. 14038/88, 07 June 1989.

Ümmühan Kaplan v. Türkiye [Second Section], no. 24240/07, 20 March 2012.

Vidakovic v. Serbia [Second Section], no. 16231/07, 24 May 2011.



3D PRINTING, ARTIFICIALLY INTELLIGENT ROBOTS AND SOFTWARE INVENTIONS, IS TECHNOLOGY SHAKING THE REIGN OF IP LAW?

Muhammet Emir ÇELİK*

Abstract

Intellectual property (IP) rights have always had difficulties to cope with disruptive technologies. Development of AI-implemented works and common use of it pushes the boundaries of IP protection. Increase of machines which can independently act or create things have posed a numerous concern of patent system such as how will the inventive step, prior art, inventorship and technical contribution evaluated. Nevertheless, the grey area is how patent holders will protect their rights on products against direct and indirect infringement which can also made by 3D printers. This article analyses that the question of is the current patent regime sufficient to evaluate software-implemented works, 3D printing and Robotics to detect potential infringements and reaches the conclusion that it does not seem to be answered affirmatively based on current regulations. This article argues that some legal regulations should be done to overcome the uncertainty of AI generated works' protection scope.

Key Words

IP • Patent • Robots • 3D printing • Software inventions

* LL.M, Avukat, İstanbul Üniversitesi, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, İstanbul, Türkiye | LL.M. Advocate., Istanbul University, Private Law PhD student, Istanbul, Turkey.

✉ emir@mmcelikpartners.com • ORCID 0000-0001-7247-174X

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: ÇELİK Muhammet Emir, "3D Printing, Artificially Intelligent Robots and Software Inventions, Is Technology Shaking the Reign of IP Law?", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s.3325-3348

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

3D BASKI, YAPAY ZEKALI ROBOTLAR VE YAZILIM İCATLARI, TEKNOLOJİ FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNUN SALTANATINI SARSIYOR MU?

Öz

Fikri Mülkiyet hakları yenilikçi teknolojilere ayak uydurmakta her zaman zorlanmıştır. Yapay zekâ içeren çalışmaların gelişimi ve toplumsal kullanımı, fikri mülkiyet korumasının sınırlarını zorlamaktadır. Bağımsız olarak hareket eden ve üreten makinelerin artması buluş basamağı, buluş öncesi teknik durum ve teknik katkının nasıl değerlendirileceği gibi sayısız patent sistemi endişesini ortaya çıkarmıştır. Bununla birlikte, patent sahiplerinin ürünler üzerindeki haklarını, 3D yazıcılar tarafından da gerçekleştirilebilen doğrudan ve dolaylı ihlallerle karşı nasıl koruyacakları gri bir alan teşkil etmektedir. Bu makale, mevcut patent rejiminin potansiyel ihlalleri tespit etmek için, yazılımla yapılan çalışmaları, 3D baskıyı ve Robotik çalışmaları değerlendirmede yeterli olup olmadığı sorusunu analiz etmekte ve mevcut düzenlemelere göre olumlu bir şekilde cevaplanmadığı sonucuna varmaktadır. Bu makale, yapay zekâ kaynaklı eserlerin koruma kapsamının belirsizliğini aşmak için bazı yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğini savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Fikri Mülkiyet • Patent • Robotlar • 3D yazıcı • Yazılımsal buluşlar

Introduction

Technological evolution in the 21st century made way for radical changes in our lives. Last century was popular for computer and communication developments, but nowadays it seems that artificial intelligence (AI) is able to improve every machine to generate products such as robotics, 3D printing machines and computer implemented innovations. Although there is no commonly used definition for AI, it mostly used for problem solving task inspired from human brain.¹ It can be understood how AI innovation will increase by looking at the 90% rate of allowance

¹ CUBERT Jeremy., "The Law of Intellectual Property Created by Artificial Intelligence" in Barfield Woodrow and Pagallo Ugo, "Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence" Edward Elgar Publishing, 2018 417. <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781786439048/9781786439048.00028.xml>> accessed 26 April 2020.

in PTO 7-year period from 2011.² Even though EPO recommendations and many scholars expressed that current regime is sufficient to deal with new disruptive technologies³ some argue that in the light of technological growth in the AI industry it is important to beware that existing inapplicable frameworks must be re-evaluate.⁴ From the point of software, although computer programs are excluded from patentable subject matter, there is a legal uncertainty how broad this term should be understood and whether to assess AI-based products with the current requirements. Increase of machines which can independently act or create things have posed a numerous concern of patent system such as how will the inventive step, prior art, inventorship and technical contribution evaluated. Patentability requirements especially inventive step and non-obviousness had been set to prevent numerous worthless progress in the patent system. The aim of requirements was to eliminate inventions will be invented even patent system not exist.⁵ Conversely, accepted technical contribution approach seems to increase the number of patents in the field. The aim of patent regime is sharing developments with the society to protect sustainability of development, there while protecting inventor's idea and

² SUTTON Eric, "Artificial Intelligence 2.0: Artificially Intelligent Guidance for Obtaining Artificial Intelligence Patents, as Presented to IPO (3-7-18)" <<http://www.patnotechnic.com/2018/04/artificial-intelligence-20-artificially.html>> accessed 26 April 2020.

³ MIMLER Marc, "3D Printing and Patent Law – a UK Perspective: Apt and Ready?" in Mendis Dinusha, Lemley Mark and Rimmer Matthew, "3D Printing and Beyond" Edward Elgar Publishing, 2019 21. <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781786434043/9781786434043.00012.xml>> accessed 16 May 2020.

⁴ DEPOORTER Ben, "Intellectual Property Infringements & 3D Printing: Decentralized Piracy Symposium: The Legal Dimension of 3D Printing" *Hastings Law Journal*, 65, 2013 1483,1489 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hastlj65&i=1595>> accessed 26 April 2020.

⁵ KITCH Edmund W., "Graham v. John Deere Co.: New Standards for Patents" *Journal of the Patent Office Society*, 49, 1967 237,246. <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jpatos49&i=263>> accessed 26 April 2020.

incentive. To redress the balance between this two, it is essential to regulate wideness scope of protection.⁶

Furthermore, it is claimed that compared to high R&D costs, profit planned to gain from patent rights might be less because of rapidity of technology.⁷ For instance, 3D printing provides almost zero cost to copy products with the downloadable file. Producing objects via 3D is infringe the patents except private use however, it is not clear whether sharing CAD files infringe the rights. It is essential for patent holders to prevent the dissemination of CAD files because of detecting and cost difficulties of individual infringements. Under current law there are many questions and ambiguity in practice area of 3D printing. After the foundation of internet, Laws transformed to keep up with the technology, it is expected that with 3D machines the same will happen. Although it is necessary to ensure protection for patent holders, if protection to the claimant will too strong then the market price and crooks would be too much. Also, 20-year protection will be ease and much more then patent holder deserved.⁸ Although it has been stressed that patent system need reformation incentivizing innovation there is no evidence that reconfiguring system will provide ideal concept. It is argued that rather than tailoring the patent system eligibly to innovation, some deep principles of system must be change completely.⁹ Because rapid growing in technology showed that there

⁶ RAMALHO Ana, "Patentability of AI-Generated Inventions: Is a Reform of the Patent System Needed?" Social Science Research Network, 2018 8. <<https://papers.ssrn.com/abstract=3168703>> accessed 26 April 2020.

⁷ GOLDMAN Eric, "Fixing Software Patents" Social Science Research Network, 2013 5-7. <<https://papers.ssrn.com/abstract=2199180>> accessed 26 April 2020.

⁸ BECKER Gary and POSNER Richard, "Do Patent and Copyright Law Restrict Competition and Creativity Excessively?" The Becker-Posner Blog, 2012 <<https://www.becker-posner-blog.com/2012/09/do-patent-and-copyright-law-restrict-competition-and-creativity-excessively-posner.html>> accessed 26 April 2020.

⁹ JAFFE Adam and LERNER Josh, "Innovation and Its Discontents: How Our Broken Patent System Is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It" Princeton University Press, 2004 198. <<https://www.jstor.org/stable/j.ctt7t655>> accessed 26 April 2020.

always been new technological innovations and it is not possible to adapt law at every turn.¹⁰

In this essay it is aimed to assess the difficulties IP system expected to face against last developments in AI, 3D printing and robotics in terms of patents and to reach a conclusion whether the current patent evaluation in this fields need to change. This essay divided into three main parts. In the first part it will examined that whether using 3D machines, sharing digital files infringe the patent protection and how will system protect patent holders. Second part consists of how patentability requirements of inventions can implement to software implemented inventions and challenges about assessing technical effect, person skilled in art and AI inventorship. Third part will analyse the consequences of potential infringements robotics may cause and strategies firms follow. Finally, it will be summarised that how new technologies shape the current patent policy.

1. 3D PRINTING

3D printing defined as form of creating objects from digital codes, additive manufacturing.¹¹ 3D printing is an alternative method for manufacturing wide scope of goods. With the disposability of 3d printers in homes, it seems that the economic system we are familiar with most likely to change.¹² To manufacture anything with 3D machines, there are two way, one of them is using software made CAD files or to have a digital copy using 3D and scanning (reverse engineering) the object. It is clear that by using 3D printers it is possible to create novel products as well as recognized ones. In terms of patentability, only if completely new substance designed, infeasible to do by conventional techniques means it is novel and, on the condition, that other requirements of patentability is

¹⁰ *ibid.*

¹¹ BALLARDINI Rosa Maria, NORRGÅRD Marcus and MINNSEN Timo, "Enforcing Patents in the Era of 3D Printing" *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 10, 2015 850,850. <<https://academic.oup.com/jiplp/article-lookup/doi/10.1093/jiplp/jpv152>> accessed 26 April 2020.

¹² WHADCOCK Ian, "A Third Industrial Revolution" *The Economist*, 2012<<https://www.economist.com/special-report/2012/04/21/a-third-industrial-revolution>> accessed 26 April 2020.

fulfilled, it can be patented.¹³ Due to limitations of this study, this part will mostly focus on direct and indirect infringement. However, the most concerning question is how patent holders will protect their rights on products which can also be made by 3D printings. Detecting direct infringement in an individual base is complex, difficult and costly therefore it is argued that there is increasing intention on indirect infringement to protect patents.¹⁴

a) Repairment

Section 60(1) of UK patent act defines the actions of direct infringement, one of them is making the patented product.¹⁵ In the *United Wire Ltd v Screen Repair Services* case, it is stated that in patent system there is no 'implied right to repair' however, it is unclear that whether repairing product means 'making' and infringement.¹⁶ Although, Mendis argue that repaired product can be seen as a new edition and infringe the patent¹⁷, Betchold argue that the act of repair and make are differentiated in nature hence repairing doesn't infer infringement.¹⁸ Both in statutes and cases it is not clear that, if the products of 3D printer user need to be repaired and how will this action distinguish from an infringement.¹⁹

b) Responsibility of Intermediaries

It is argued that print the object and ship it to the customer is direct infringement while customizing the CAD file is an indirect infringement

¹³ OVERWALLE Geertrui Van and LEYS Reinout, "3D Printing and Patent Law: A Disruptive Technology Disrupting Patent Law?" *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 48, (2017) 504,514 <<http://link.springer.com/10.1007/s40319-017-0602-1>> accessed 26 April 2020.

¹⁴ BALLARDINI, NORRGÅRD and MINSSEN (n 11) 856.

¹⁵ UK Patent Act 1977 s 60(1).

¹⁶ *United Wire Ltd v Screen Repair Services Ltd* [2001] RPC 24.

¹⁷ MENDIS Dinusha, "The Clone Wars": Episode 1: The Rise of 3D Printing and Its Implications for Intellectual Property Law - Learning Lessons from the Past?" *EIPR: European Intellectual Property Review*, 35, 2013 155,160.

¹⁸ BECHTOLD Stefan, "3D Printing, Intellectual Property and Innovation Policy" *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 47, 2016 517,528. <<http://link.springer.com/10.1007/s40319-016-0487-4>> accessed 26 April 2020.

¹⁹ MENDIS (n 18) 161.

regarding provided additional service by online platform.²⁰ Due to high cost of complaining direct infringers it may be better to hold mediators liable. At every time of printing objects by 3D machine patent rights will be infringed. Nevertheless, by doing this, it is notable to consider intermediaries are playing effective role for market by facilitating distribution.²¹ To execute the infringement, it is required to know the object is patented. The 'knowledge' criteria doesn't seem convenient, due to extreme workload of print officers and there is no list of goods because it depends on demand.²² Staple Article of Commerce Doctrine supports that if it can be also used for private reasons there would be no contribution to the infringement.²³

c) Private Use Exception

In contrast to USA, most of the countries in Europe for example, UK Patent Act 60(5)(a) excluded private use from the scope of patent infringements.²⁴ Also the Art.30 of TRIPS stated that rather than supplying or offer to supply if the person use CAD files for private use then indirect infringement will not likely occur.²⁵ It is argued that the main aim of this exception is the assumption that patent holder won't be harmed by this.²⁶ This all matter of how many people adapt with this technology. For example, if 10.000 customer start to generate the object x by 3D machines when considering the audience scope of the particular market, it can be seen that the damage patent holder would get will be deadly.²⁷ Not restricting the

²⁰ VAN OVERWALLE and LEYS (n 13) 528.

²¹ BECHTOLD (n 19) 530.

²² OSBORN Lucas, "3D Printing and Intellectual Property" Cambridge University Press, 1st edn, 2019 89. <<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316584507/type/book>> accessed 26 April 2020.

²³ VAN OVERWALLE and LEYS (n 13) 526.

²⁴ UK Patent Act 1977 s 60(5)(a); *Jones v Pearce* [1832] 1 WPC 122.

²⁵ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property 1994, Art.30

²⁶ SHERMAN Brad, "Exclusions from Patentability and Exceptions and Limitations to Patentees' Rights" WIPO Standing Committee on the Law of Patents, 2010 SCP/15/3 Annex 2 7. <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/patent_policy/en/scp_20/scp_20_3.pdf>.

²⁷ OSBORN (n 20) 86.

usage, clearly conflicting with the aim of patent system. One of the reasons infringements take place in 3D printing products except using for commercially, is to sustain development in the field because manufacturing with the 3D printers is low cost and faster, so the conventional producers cannot balance R&D costs.

d) Are CAD Files Software or “Means”

3D printing machine works with several files such as surface-mesh files, design files and machine-instruction files. The connection between 3D printer and machine-instruction files is comply with the 'further technical effect' which software creates on hardware as patentability requirement as it stated in IBM case however, design and surface-mesh files have problems because of indirectness.²⁸ However, non-patented item can be 'means' of supplying and cause infringement if it is intended to put the patented object into force.²⁹ Accepting CAD files as codes or intention to create objects, differentiate in the mean of whether sharing CAD files violate patent rights. It is argued by Mendis³⁰ that supplying 'means' may be equal to procure CAD files however, Bradshaw³¹ argue that it must be understand broader such as procuring design file, material and 3D printer. Mostly, in history, courts interpreted this term as tangible elements rather than abstract instructions. Sharing CAD files won't mean violate the patent rights according to the conventional approach which accept CAD files as codes. Nevertheless, it is not clear that the cad files are software on their own, yet to create them it is necessary to use cad software. Some of the experts argue that such files are artistic creations while some argue software.³² In the case of patent infringement claim in

²⁸ T 1173/97 (Computer program product/IBM) of 1.7.1998. 5.3

²⁹ UK Patent Act 1977 s 60(2).

³⁰ MENDIS (n 17) 160.

³¹ BRADSHAW Simon, BOWYER Adrian and HAUFE Patrick, “The Intellectual Property Implications of Low-Cost 3D Printing” *A Journal of Law, Technology and Society*, 7, 2010 5,14. <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/scripted7&i=5>> accessed 26 April 2020.

³² RIDEOUT Brian, “Printing the Impossible Triangle: The Copyright Implications of Three-Dimensional Printing” *Journal of Business, Entrepreneurship & the Law*, 5,

Menashe Business Mercantile Ltd v. William Hill Organisation Ltd, although the host computer was abroad the program can run in the devices of customers in UK, and court held that supplying the program is an 'essential element' thus infringing the patent.³³

e) Essential Element of Invention

Is it possible to announce the elements which are not in the claim of application as essential elements? It is not clear what makes an element 'essential' due to a smaller number of cases in this topic. Courts in UK held that, it should depend on whether invention can be used without it, to understand whether the element is essential.³⁴ It is not clear that only providing CAD file is sufficient to indirect infringement while users also need 3D printer and materials. But it must be highlighted that in terms of decreasing cost and facilitation CAD documents are indispensable. In order to be indirect infringement, it is not required to be brought the invention into force it is enough to satisfy the conditions in terms of 'means' of essential element.³⁵ Making utilisable the CAD document via internet does mean bringing the invention into force? It is argued by Mimler that, in the situation the customer can print the object based on supplied CAD document, indirect infringement will occur while if it is as easy as pushing a button then it will be direct infringement.³⁶ Also, in *Actavis Ltd v. Eli Lilly & Co.*, UK Court have decided that it is not necessary to have the exact raw material to infringe the patent, any means can be used for same purpose is also sufficient.³⁷ However, 'suitability' and 'intention' criteria are difficult and complex to follow. In case of technical drawings shared

2011 161,165 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jbelw5&i=163>> accessed 26 April 2020.

³³ *Menashe Business Mercantile Ltd and Another v William Hill Organisation Ltd* [2002] EWCA Civ 1702, [2003] 1 WLR 1462

³⁴ BALLARDINI, NORRGÅRD and MINNSEN (n 13).

³⁵ *ibid* 860.

³⁶ MIMLER Marc, "3D Printing, the Internet and Patent Law – A History Repeating?" Social Science Research Network, 2013 352,358. <<https://papers.ssrn.com/abstract=2482551>> accessed 26 April 2020.

³⁷ *Actavis UK Ltd and Others v Eli Lilly and Company* [2017] UKSC 48, [2018] 1 All ER 171

and the customer needs technical ability, UK courts has assessed that subjective criteria should be disregarded while assessing infringement.³⁸ Furthermore, to bring an infringement, person should know it or it should be clear from the situation that the supplied CAD file have planned to use in a manner of infringement by the customer.³⁹ Even though CAD files generally use in this sense, it also uses for many other purposes, thus knowledge requirement doesn't seem appropriate benchmark. Despite it will assessed case by case basis, it is hard to read intention.⁴⁰

2. AI AND SOFTWARE IMPLEMENTED INVENTIONS

a) Technical Contribution

Although in USA, in *Diamond v. Chakrabarty* case⁴¹ Supreme court decided that "anything under the sun that is made by man" is the patentable subject matter threshold, in Europe, Article.52/1 of EPC⁴² regulated patent requirements as newness, inventiveness and deployment in industry. EPC 52/2 stated that computer programs are not patentable while 52/3 stated that inventions 'as such' are not patentable.⁴³ It is not clear what is referred by computer programs and 'as such'. The 'as such' term has interpreted as: not all the computer programs but only abstract ideas which don't have a technical character are not patentable.⁴⁴ It is agreed that 'as such' amount to non-technical advancements otherwise if the application fulfil other patentability criteria's especially the technical one then it means invention is patentable.⁴⁵ EPO has followed two main approaches.

Firstly, technical effect approach is further technical contribution to the prior art. It is stated that usual electrical interactions is insignificant to distinguish among computer programs which has technical feature and

³⁸ Rabobank New Zealand v McAnulty [2011] 3 NZLR 192 (CA)

³⁹ BALLARDINI, NORRGÅRD and MINNSEN (n 11) 864.

⁴⁰ *ibid* 865.

⁴¹ *Diamond v. Chakrabarty* - 447 U.S. 303, 100 S. Ct. 2204 (1980)

⁴² European Patent Convention (EPO) Art. 52/2

⁴³ *Ibid*.

⁴⁴ T 1173/97 (Computer program product/IBM) of 1.7.1998. 5.2

⁴⁵ CRISTINA Ionita, "Software Patentability in Europe: The Rise of the Inventive Step Requirement" UPPSALA UNIVERSITET, 2017 10.

'as such' ones.⁴⁶ EPO has stated that it would not exempt from patentability, if computer program has used for software invention, but requires technical contribution to the prior art in an out of the exclusion field to qualify as patentable. For instance, VICOM⁴⁷ increased display quality, in digital, by mathematical methods thus, patented. Enough technical feature cannot be provided only by using computer for instance, correction in out of the exclusion field such as word processing even in computer programs decided as unpatentable.⁴⁸ (IBM/Text processing).

However, in IBM/Computer program product case⁴⁹, it is decided that programs on their own or in transporter are patentable. In sum Board has changed his direction because 'technical contribution' approach cause complexity between what requisite the invention and requirements of inventive step and novelty.⁵⁰ Without considering prior art and pointing the underlying cause, evaluating patentable subject matter has been criticised.⁵¹

Secondly, Technical Boards of Appeal changed the direction towards to any-hardware approach, supports that the claim should be in or should involve the physical components which not necessary to be new to have technical character.⁵² Court of Appeal in UK decided that if the subject of claim had excluded from the patentability, application would be refused.⁵³ Also, the Board decided that solution in excluded field were not characterised as a technical feature.⁵⁴ Thus, although the solution is non-obvious, inventiveness in different area means there is lack of inventive step.⁵⁵ In contrast, in Microsoft case, court held that by helping the

⁴⁶ T 1173/97 (Computer program product/IBM) of 1.7.1998

⁴⁷ T-208/84 VICOM/Computer-related invention [1987] 1 OJ EPO 14

⁴⁸ T-65/86 IBM/Text processing [1990] EPOR 181

⁴⁹ T-935/97 IBM/Computer program product II [1999].

⁵⁰ IONITA (n 43) 11.

⁵¹ T-931/95 PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system [2000] OJ EPO 441

⁵² IONITA (n 43) 11).

⁵³ Hitachi/ Merrill Lynch's Application [1989] RPC 561; Gales' Application [1991] RPC 305

⁵⁴ T-931/95 PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system [2000] OJ EPO 441

⁵⁵ T-0258/03 HITACHI/Auction Method [2004]

data transaction between programs, contribution to computer system in terms of internal transaction is technical, thus, subject methods are patentable.⁵⁶ It is argued that liberalisation of patent system may weaken the rule of subject matter eligibility thus the quality of patents however, Munich approach claimed that directing the focus from qualifications of subject matter to advanced level of technical contribution and inventiveness could enhance the level for computer generated innovations and also decrease the immediate refuse of contribution to prior technic.⁵⁷ It has seen that the quality of patents has endangered in the long term in the way how patent system assesses the procedure. The disharmony of courts' approach to cases, brought questions related whether the principles of patent system is enough to assess the developments in this area.

b) Inventorship

The common view in Current Patent law acknowledge natural persons as an inventor to apply for their innovation.⁵⁸ If autonomous computers, make an invention without human intervention, who will be allocated as an inventor?⁵⁹ Computers also don't have a legal personality, so it is not possible to allocate them as an inventor. But also, it is not logical to give protection to human who operates the AI for produced work because that means too much protection.⁶⁰ Inventor is the person who design the invention in his mind, but it is not required inventor to put it in to practice.⁶¹ Although there are some software-generated product examples such as creativity machine which can operate without human intervention they patented on behalf of human who programmed them.

⁵⁶ T 0424/03 (Clipboard formats I/MICROSOFT) 23.2.2006 5.3

⁵⁷ G 03/08 (Programs for computers) EPO 12.5.2010; Brad n(28).

⁵⁸ SOANS Cyril, "Some Absurd Presumptions in Patent Cases" Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education, 10, 1966 433,438. <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/idea10&id=435&div=&collection=>>.

⁵⁹ ABBOTT Ryan, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law" Boston College Law Review, 57, 2016 1079,1121. <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/bclr57&id=1080&div=&collection=>>.

⁶⁰ *ibid* 1085.

⁶¹ *Cooper v. Goldfarb*, 154 F.3d 1321, 1327 (Fed. Cir. 1998)

However, it is argued by scholars that there is no sufficient ground for liberalizing AI regime, the current system, limiting inventorship is enough for the mid-term future.⁶² Although even if the technology reaches the level of independent innovation of machines the identification of AI regime as an inventor may not be possible.⁶³ Even though currently machines are not be able to perform wholly independent, soon it is expected that they will be able to innovate completely separate from instructions and commands and be able to apply for their patent requests.⁶⁴

It is not clear how patent law will deal with when computers start to produce inventions autonomously. Complication between current laws⁶⁵ intensity of allocating natural persons as a right owner and independent creativity ability of machines seems cannot solved by traditional patent law principles.⁶⁶ There must be some changes at inventor requirements to place the innovations in the system. AI systems consist contribution of many players which are connected to each other to support performing system. Inventorship can be claimed by those people whose are software programmers who developed the program without specific target, data suppliers who trains the machine for learning ability, the owners of the AI system, the operators or people who have licenced to use the system, the investors who afford the investment costs.⁶⁷ In patent application it is required to show the usefulness, non-obviousness, inventive-ness and novelty features of innovation. As these requirements fulfilled it can be argued that AI or anybody may receive a patent.⁶⁸ However as for

⁶² VAN OVERWALLE and LEYS (n 13) 529.

⁶³ SHEMTOV Noam, "A Study on Inventorship in Inventions Involving AI Activity" Queen Mary University of London, 2019 34.

⁶⁴ ABBOTT (n 51) 1081.

⁶⁵ 1977 Patents Act s(7)

⁶⁶ RUSSEL Stuart and NORVIG Peter, "Artificial Intelligence: A Modern Approach" Pearson Education Limited, 2013 938.

⁶⁷ RAVID Shlomit Yanisky and LIU Xiaoqiong, "When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: An Alternative Model for Patent Law at the 3A Era" *Cardozo Law Review*, 39, 2018 2215,2233.

⁶⁸ KARKHANIS Aashish and PARENTI Jenna, "Toward an Automated First Impression on Patent Claim Validity: Algorithmically Associating Claim Language with Specific Rules of Law" *Stanford Technology Law Review*, 19, 2015 196,201.

now, when applying a patent application involving an AI inventor it is most likely to be rejected by article 19 and 81 of EPC.⁶⁹

c) AI as a PHOSITA

Increasing AI systems will most challenge with inventive step and non-obviousness requirements of patentability.⁷⁰ To be patentable in article 56 it is required that invention "is not obvious to the person skilled in the art, having regard to any matter which forms part of the state of the art."⁷¹ Patent examiners mostly consider former fillings to decide whether matter of innovation is new while neglecting favourite doctrines and teachings.⁷² This process may occur conflicts in AI patents because of inadequate understanding and may show up as patenting existing technologies and preventing potential future development, unwitting infringements and decreasing the quality of patents due to lack of intensive research.⁷³

Raising the patentability threshold may be one solution and excluding the inventions generated out of the patent regime in subcategory may be the other.⁷⁴ However, this may cause arbitrariness in the AI inventions.⁷⁵ It is argued that the level of inventor ability has rose by the AI so average

<<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/stantlr19&id=212&div=&collection=>>.

⁶⁹ European Patent Convention (EPC) Art.19,81

⁷⁰ GRANSTRAND Ove, "Patents and Policies for Innovations and Entrepreneurship" in Takenaka Toshiko, "Research Handbook on Patent Law and Theory" Edward Elgar Publishing, 2019 86 <<https://www.elgaronline.com/view/ed-coll/9781785364112/9781785364112.00011.xml>> accessed 26 April 2020.

⁷¹ UK Patent Act 1977, s 56(3).

⁷² CORREA Carlos, "Internationalization of the Patent System and New Technologies" Wisconsin International Law Journal, 20, 2001 523,541. <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wisint20&id=533&div=&collection=>>.

⁷³ COHEN Wesley M and others (eds), "Patents in the Knowledge-Based Economy" National Academies Press, 2003 56.

⁷⁴ RAMALHO (n 6) 26.

⁷⁵ LIM Daryl, "AI & IP: Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change" Akron Law Review, 52, 2018 813,864. <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aklr52&id=837&div=&collection=>>.

of skilled person must be rise in parallel.⁷⁶ Due to rapid computing and autonomous intelligence non-obvious innovation or creation for ordinary people may be obvious or procurable for AI users.⁷⁷ However, raising the bar of inventiveness will be a drawback for human inventors.⁷⁸

While generating inventions with AI, because of low threshold human PHOSITA won't be able to understand non-obviousness criteria and improvement will be slow. On the other hand, AI PHOSITA's obviousness rate will be much more.⁷⁹ Nevertheless, due to difference between cognitive of human and AI system, if human PHOSITA cannot comprehend boundaries of AI operation, the patent claims will be invalid.⁸⁰

3. ROBOTICS

Robot is defined by International Federation of Robotics (IFR) as activated system adjustable in axis, performing for planned goal autonomously.⁸¹ Despite of many types of robots, development in AI has increased the variety of intended fields of robots.⁸²

Work on and develop robotics is a time consuming and costly process thus working firms need motivation to maintain this process. Ip rights play essential role for these firms to get investment, compensate R&D costs and prevent competitors infringement.⁸³

⁷⁶ VERTINSKY Liza and RICE Todd, "Thinking about Thinking Machines: Implications of Machine Inventors for Patent Law" Boston University Journal of Science & Technology Law, 8, 2002 574,602.<<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jstl8&id=582&div=&collection=>>.

⁷⁷ RAMALHO (n 6) 2.

⁷⁸ FIRTH-BUTTERFIELD Kay and CHAE Yoon, "Artificial Intelligence Collides with Patent Law" World Economic Forum, 2018 13. <<https://www.weforum.org/whitepapers/artificial-intelligence-collides-with-patent-law>>.

⁷⁹ LIM (n 6) 52.

⁸⁰ *Nautilus, Inc. v. Biosig Instruments, Inc.* - 572 U.S. 898, 134 S. Ct. 2120 (2014)

⁸¹ "Introduction into Service Robots" International Federation of Robotics, 2016 1. <https://ifr.org/img/office/Service_Robots_2016_Chapter_1_2.pdf>.

⁸² "Artificial Intelligence in Robotics" IFR 2018 1. <https://ifr.org/downloads/papers/Media_Backgrounder_on_Artificial_Intelligence_in_Robotics_May_2018.pdf>.

⁸³ KEISNER Andrew, RAFFO Julio and WUNSCH-VINCENT Sacha, "Breakthrough Technologies–Robotics, Innovation and Intellectual Property", WIPO Magazine, 30, 2015 10. <<www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/06/article_0002.html>>.

Patent rights is significant for robotic companies in terms of capital they need to do R&D. Also, to prevent rivals and protect profits robotics companies frequently apply for patents. Nevertheless, in the past, it has seen that just a few of many patent applications of robotics had been used in commercial area. Difficulty of rapid commercializing, the robots cause meaningless protection and award due to the short time protection patents provide. Even so, there are some disputes among robotic companies.

Over the past decade most of the conflict in the robotics area have been exposed upon iRobot.⁸⁴ For instance, in *iRobot Corporation v Urus Industrial Corporation Case* iRobot argued that Urus' vacuum cleaner violated their patent rights and wanted to be recompensed.⁸⁵ In the end, parties reached an agreement outside of the court that violator party won't sell the product in the country until patent period ends.⁸⁶ Especially design patents are important to protect due to leaving a unique mark in consumers memory. It has been deliberated by the experts that, is scope of patents too broad despite it seems patent conflicts among robotic firms have been solved effectively.⁸⁷ With the autonomous features of robots, the legal liability of their actions become a concern. The autonomy of robots is a technological feature and related to the complex interplay of their environmental connections. it has been questioned that whether current legal framework of legal responsibility needs to change related to the negligence or harm of robots. One of the questions was, is it needed to create a new legal category to assess the liability of robots? Although it is stated in European Parliament recommendations that current legal framework is sufficient to draw a line for the action of robots there is no valid rules particular for robotics.⁸⁸ For the infringement actions in the existing legal regimes, it is possible to hold liable the users, programmers or owners

⁸⁴ *ibid* 16.

⁸⁵ *iRobot Corporation v Urus Industrial Corporation Case* 1:05-cv-10914-RGS.

⁸⁶ *Ibid*.

⁸⁷ TOBE F., "The Patent Grip Loosens" *Everything-Robotics*, 6, 2012 2012.

⁸⁸ "European Parliament Resolution of 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)) AI 18."

rather than robots.⁸⁹ However, it is not known that to which degree they can foresee the results of the actions of robots. It is not fair to hold the owner, programmer or user liable from the infringement actions of robots which they not able to estimate or plan. On the other hand, it is also essential to compensate the damage robots cause, it is clear that existing legal system cannot answer the questions thus it must be reconstructed.

CONCLUSION

In conclusion, in the light of disrupting advancements in the AI technology, it is clear that there are boundaries need to be reconsidered by the current patent regime which is not able keep in step with. In this article, it is evaluated that the rapid development in the AI have effects on the field of 3D printing, software and interactive robotics in terms of patentability, inventorship and infringement. Firstly, 3D printing is about to change the current economy perception. It also opens door to individual patent infringements which is costly and almost impossible to follow. It seems that to protect patent holders the only way is preventing circulation of digital files. It has not put forward the legal definition of CAD files, and concerns remain whether to what extent dissemination of them and act of intermediaries' cause patent infringement directly or indirectly. In the long run with the dissemination of 3D printers, the difficulties patent holders face may increase as well.⁹⁰ With regard to software implemented inventions, different approaches of patentability assessment must be combined to be foreseen by inventors to prompt the future innovations. Issues of allocating inventorship and person skilled in art in the subject of AI-generate inventions must be re-evaluate. Also, the Robotic firms are making investments and paying R&D costs and, to foster innovation, it should be examined that whether the robots need to be protected by patents and who must be liable for infringement actions of robots. It is possible that there are non-disclosed innovations, due to vague approach of patent system to AI based innovations and need of knowing the last

⁸⁹ *ibid* AD.

⁹⁰ MIMLER (n 4) 134.

invention in the field in order to achieve higher technology therefore, there must be some changes in the fundamentals of patent law.

BIBLIOGRAPHY

- Actavis UK Ltd and Others v Eli Lilly and Company [2017] UKSC 48,
[2018] 1 All ER 171
- Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS)
1994
- Clipboard formats I/MICROSOFT (0424/03) [2006]
- Computer program product/IBM (T-1173/97) [1998]
- Cooper v. Goldfarb, 154 F.3d 1321, 1327 (Fed. Cir. 1998)
- Diamond v. Chakrabarty 447 U.S. 303, 100 S. Ct. 2204 (1980)
- European Patent Convention (EPC) 1973
- Gales' Application [1991] RPC 305
- Hitachi/ Merrill Lynch's Application [1989] RPC 561
- HITACHI/Auction Method (T-0258/03) [2004]
- IBM/Computer program product II (T-935/97) [1999]
- IBM/Text processing (T-65/86) [1990] EPOR 181
- iRobot Corporation v Urus Industrial Corporation [2005] 1:05 cv 10914
RGS
- Jones v Pearce [1832] 1 WPC
- Menashe Business Mercantile Ltd and Another v William Hill Organisa-
tion Ltd [2002] EWCA
Civ 1702, [2003] 1 WLR 1462
- Nautilus, Inc. v. Biosig Instruments, Inc. 572 U.S. 898, 134 S. Ct. 2120 [2014]
- PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system (T-931/95)
[2000] OJ EPO 441
- Programs for computers (G 03/08) EPO 2010
- Rabobank New Zealand v McAnulty [2011] 3 NZLR 192 (CA)
- UK Patent Act 1977
- United Wire Ltd v Screen Repair Services Ltd [2001] RPC 24
- VICOM/Computer-related invention (T-208/84) [1987] 1 OJ EPO 14

ABBOTT Ryan, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law" *Boston College Law Review* 57 (2016) 1079. <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/bclr57&id=1080&div=&collection=>>

"Artificial Intelligence in Robotics" (IFR 2018) <https://ifr.org/downloads/papers/Media_Backgrounder_on_Artificial_Intelligence_in_Robotics_May_2018.pdf>

BALLARDINI, Rosa Maria, NORRGÅRD Marcus, and MINSSEN Timo "Enforcing Patents in the Era of 3D Printing" *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 10(11) (2015) 850. <<https://academic.oup.com/jiplp/article-lookup/doi/10.1093/jiplp/jpv152>> accessed 26 April 2020

BECHTOLD Stefan, "3D Printing, Intellectual Property and Innovation Policy" *IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law* 47 (2016) 517. <<http://link.springer.com/10.1007/s40319-016-0487-4>> accessed 26 April 2020

POSNER Richard, "Do Patent and Copyright Law Restrict Competition and Creativity Excessively?" *(The Becker-Posner Blog)* 9(30). (2012) <<https://www.becker-posner-blog.com/2012/09/do-patent-and-copyright-law-restrict-competition-and-creativity-excessively-posner.html>> accessed 26 April 2020

BRADSHAW Simon, BOWYER Adrian and HAUFE Patrick, "The Intellectual Property Implications of Low-Cost 3D Printing" *A Journal of Law, Technology and Society* 7 (2010) 5. <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/scripted7&i=5>> accessed 26 April 2020

COHEN Wesley and others (eds), "Patents in the Knowledge-Based Economy" (National Academies Press 2003)

CORREA Carlos M., "Internationalization of the Patent System and New Technologies" *Wisconsin International Law Journal* 20 (2001) 523. <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wisint20&id=533&div=&collection=>>

- CUBERT Jeremy A., "The Law of Intellectual Property Created by Artificial Intelligence" in Woodrow Barfield and Ugo Pagallo, *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (Edward Elgar Publishing 2018) <<https://www.elgaronline.com/view/ed-coll/9781786439048/9781786439048.00028.xml>> accessed 26 April 2020
- DEPOORTER Ben, "Intellectual Property Infringements & 3D Printing: Decentralized Piracy Symposium: The Legal Dimension of 3D Printing" *Hastings Law Journal* 65 (2013) 1483. <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hastlj65&i=1595>> accessed 26 April 2020
- "European Parliament Resolution of 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics" (2015/2103(INL)) 18.
- FIRTH-BUTTERFIELD Kay and CHAE Yoon, "Artificial Intelligence Collides with Patent Law" (World Economic Forum 2018) <<https://www.weforum.org/whitepapers/artificial-intelligence-collides-with-patent-law>>
- GOLDMAN Eric, "Fixing Software Patents" (Social Science Research Network) SSRN Scholarly Paper ID 2199180 2013. <<https://papers.ssrn.com/abstract=2199180>> accessed 26 April 2020
- GRANSTRAND Ove, "Patents and Policies for Innovations and Entrepreneurship" in Toshiko Takenaka, *Research Handbook on Patent Law and Theory* (Edward Elgar Publishing 2019) <<https://www.elgaronline.com/view/ed-coll/9781785364112/9781785364112.00011.xml>> accessed 26 April 2020
- "Introduction into Service Robots" (International Federation of Robotics 2016) <https://ifr.org/img/office/Service_Robots_2016_Chapter_1_2.pdf>
- IONITA C, "Software Patentability in Europe: The Rise of the Inventive Step Requirement" (UPPSALA UNIVERSITET 2017)

- JAFFE Adam B. and LERNER Josh, *Innovation and Its Discontents: "How Our Broken Patent System Is Endangering Innovation and Progress, and What to Do About It"* (Princeton University Press 2004) <<https://www.jstor.org/stable/j.ctt7t655>> accessed 26 April 2020
- KARKHANIS Aashish R. and PARENTI Jenna L, "Toward an Automated First Impression on Patent Claim Validity: Algorithmically Associating Claim Language with Specific Rules of Law" *Stanford Technology Law Review* 19 (2015) *Stanford Technology Law Review* 196 <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/stantlr19&id=212&div=&collection=>>
- KEISNER Andrew, RAFFO Julio and WUNSCH-VINCENT Sacha, "Breakthrough Technologies—Robotics, Innovation and Intellectual Property", vol 30 (WIPO 2015) <<www.wipo.int/wipo_magazine/en/2016/06/article_0002.html>>
- KITCH Edmund W., "Graham v. John Deere Co.: New Standards for Patents" *Journal of the Patent Office Society* 49 (1967) 237 <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/jpa-tos49&i=263>> accessed 26 April 2020
- LIM Daryl, "AI & IP: Innovation & Creativity in an Age of Accelerated Change" *Akron Law Review* 52 (2018) 813 <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/aklr52&id=837&div=&collection=>>
- MENDIS Dinusha, "The Clone Wars": Episode 1: "The Rise of 3D Printing and Its Implications for Intellectual Property Law - Learning Lessons from the Past?" *EIPR: European Intellectual Property Review* 35 (2013) 155
- MIMLER Marc D., "3D Printing, the Internet and Patent Law – A History Repeating?" (Social Science Research Network 2013) SSRN Scholarly Paper ID 2482551 <<https://papers.ssrn.com/abstract=2482551>> accessed 26 April 2020

- MIMLER Marc D., "3D Printing and Patent Law – a UK Perspective: Apt and Ready?" in Dinusha Mendis, Mark Lemley and Matthew Rimmer, "3D Printing and Beyond" (Edward Elgar Publishing 2019) <<https://www.elgaronline.com/view/ed-coll/9781786434043/9781786434043.00012.xml>> accessed 16 May 2020
- OSBORN Lucas S., "3D Printing and Intellectual Property" (1st edn, Cambridge University Press 2019) <<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781316584507/type/book>> accessed 26 April 2020
- RAMALHO Ana, "Patentability of AI-Generated Inventions: Is a Reform of the Patent System Needed?" (Social Science Research Network 2018) SSRN Scholarly Paper ID 3168703 <<https://papers.ssrn.com/abstract=3168703>> accessed 26 April 2020
- RAVID Shlomid Yanisky and LIU Xiaqiong, "When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: An Alternative Model for Patent Law at the 3A Era" *Cardozo Law Review* 39 (2018) 2215
- RUSSEL Stuart and NORVIG Peter, "Artificial Intelligence: A Modern Approach" (Pearson Education Limited 2013)
- SHEMTOV Noam, "A Study on Inventorship in Inventions Involving AI Activity" (Queen Mary University of London 2019)
- BENTLY, Sherman, et al. "Exclusions from Patentability and Exceptions and Limitations to Patentees' Rights" (WIPO Standing Committee on the Law of Patents 2010) SCP/15/3 Annex 2 <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/patent_policy/en/scp_20/scp_20_3.pdf>
- SOANS Cyril A., "Some Absurd Presumptions in Patent Cases" *Patent, Trademark and Copyright Journal of Research and Education* 10 (1966) 433 <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/idea10&id=435&div=&collection=>>
- SUTTON Eric, "Artificial Intelligence 2.0: Artificially Intelligent Guidance For Obtaining Artificial Intelligence Patents, as Presented to

IPO (3-7-18) “<<http://www.patnotechnic.com/2018/04/artificial-intelligence-20-artificially.html>> accessed 26 April 2020

TOBE Frank, “The Patent Grip Loosens” (2012) 6 Everything-Robotics 2012

VAN OVERWALLE Geertrul and LEYS Reinout, “3D Printing and Patent Law: A Disruptive Technology Disrupting Patent Law?” IIC - International Review of Intellectual Property and Competition Law 48 (2017) 504 <<http://link.springer.com/10.1007/s40319-017-0602-1>> accessed 26 April 2020

VERTINSKY Liza and RICE Todd M., “Thinking about Thinking Machines: Implications of Machine Inventors for Patent Law” Boston University Journal of Science & Technology Law 8 (2002) 574 <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jstl8&id=582&div=&collection=>>

WHADCOCK Ian, “A Third Industrial Revolution” The Economist <<https://www.economist.com/special-report/2012/04/21/a-third-industrial-revolution>> accessed 26 April 2020

YAZILI YARGILAMA USULÜNDE DELİLLERİN SUNULMASI İÇİN TARAFLARA SÜRE VERİLMESİNE DAİR HMK m. 139/1-ç HÜKMÜNÜN BASİT YARGILAMA USULÜNDE UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI

Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN*

Öz

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 139/1-ç hükmüne göre, yazılı yargılama usulünde, tarafların, ön inceleme duruşma davetiyesinin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları gerekir. Aksi halde mahkemece tarafların o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılmalarına karar verilir. Kanunun basit yargılama usulüne ilişkin 318'inci maddesinde delillerin ikamesi başlığı altında bazı hususlar düzenlenmiş, ancak biraz önceki hükme benzer açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte kanun koyucu, Kanunun 322'nci maddesinde, basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hallerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağına yönelik bir atıf hükmüne yer vermiştir. Bu düzenleme tarzı nedeniyle, Yargıtay, Kanunun 139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde de uygulanıp uygulanamayacağına dair farklı kararlar vermiştir. Bu çalışmada söz konusu mesele, Yargıtay kararları ve doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde ele alınıp değerlendirilecektir.

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale, Türkiye | Assoc. Prof. Dr., Kırıkkale University Faculty of Law, Department of Civil Procedure, Enforcement and Insolvency Law, Kırıkkale, Turkey.

✉ lylakyol@hotmail.com • ORCID 0000-0001-9245-5333

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: AKYOL ASLAN Leyla, "Yazılı Yargılama Usulünde Delillerin Sunulması İçin Taraflara Süre Verilmesine Dair HMK m. 139/1-ç Hükmünün Basit Yargılama Usulünde Uygulanıp Uygulanamayacağı", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3349-3381.

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

Anahtar Kelimeler

Basit Yargılama Usulü • Delillerin Sunulması • Ön İnceleme • Medeni Usul Hukuku • Hukuk Muhakemeleri Kanunu

**WHETHER THE PROVISION OF CCP ARTICLE 139/1-Ç ON
GIVING A PERIOD TO PARTIES FOR SUBMISSION OF
EVIDENCE IN THE WRITTEN TRIAL PROCEDURE IS
APPLICABLE ON SIMPLE TRIAL PROCEDURE**

Abstract

According to the provision of Article 139/1-ç of the Turkish Code of Civil Procedure (CCP), in the written trial procedure, the parties must submit to the court the documents they have shown in their petitions, however, they have to submit the documents that they have not demonstrated within two weeks of the notification of the preliminary examination hearing invitation. Otherwise, the court decides that the parties will be deemed to have given up relying on that evidence. In Article 318 of the CCP regarding the simple trial procedure, some issues were regulated under the title of submission of documents of evidence, but a clear regulation similar to the previous provision was not included. However, the legislator, in Article 322 of the CCP, in cases where there is no provision about the simple trial procedure, the provisions regarding the written trial procedure included a reference provision for its implementation. Due to this regulation type, the Turkish Court of Cassation has given different decisions as to whether the provision of 139/1-ç of CPP can also be applied in the simple trial procedure. In this study, the issue in question will be discussed and evaluated within the framework of the Turkish Court of Cassation decisions and the views put forward in the doctrine.

Key Words

Simple Trial Procedure • Submission of Documents of Evidence • Preliminary Examination • Civil Procedure Law • Turkish Code of Civil Procedure

I. GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu, basit yargılama usulüne tabi davalarda, taraflara, delillerini sunabilmeleri amacıyla ayrıca süre verilip verilemeyeceği hususu teşkil etmektedir. Diğer bir ifade ile bu çalışmada, yazılı yargılama usulüne ilişkin HMK m. 139/1-ç hük-

münün¹, basit yargılama usulünde de uygulanıp uygulanamayacağı meselesi ele alınacaktır. Bu konuda alt derece mahkemeleri uygulamasında yeknesak bir uygulama bulunmadığı gibi Yargıtay'ın daireleri arasında da görüş ayrılıkları vardır. Söz konusu mesele hakkında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (HGK) kararları arasında dahi farklılıklar bulunmaktadır. Aşağıda da inceleneceği üzere, Hukuk Genel Kurulu, önceki kararlarının aksine, yakın tarihte verdiği bir kararında, HMK m. 139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde de uygulanabileceğine karar vermiştir.

İnceleme konusu, genel olarak basit yargılama usulünde delillerin sunulması bakımından önem taşıdığı gibi özel olarak tanık delili bakımından da ayrıca önem taşımaktadır. Uygulamada özellikle, basit yargılama usulünde tarafların dilekçelerinde tanık delilini göstermelerine (bildirmelerine) rağmen, dilekçelerine ekli olarak ya da mahkemece verilen süre içinde tanık listesini sunmamları halinde, daha sonra yapmış oldukları tanık dinletme taleplerinin reddine karar verildiği tespit edilmektedir. Ayrıca, yine uygulamada basit yargılama usulüne tabi davalarda, mahkemenin tenzih kararı ile özellikle davalı tarafa, tanık delili (ve listesi) de dahil bütün delillerini göstermeleri ve sunmaları için süre verildiği, bu kararın gereğinin yerine getirilmemesi halinde ise, tarafın söz konusu delillere dayanmaktan vazgeçmiş sayılacağına dair kararlar verildiği görülmektedir. Bu kapsamda çalışmada, basit yargılama usulünde, delillerin gösterilmesi ve sunulması, delillerin sunulması için taraflara ayrıca süre verilip verilemeyeceği incelenmeye çalışılacaktır.

II. DOKTRİNİN KONUYA YAKLAŞIMI

Doktrinde hakim görüş, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler arasında düzenlenmiş olan HMK m. 139/1-ç hükmünün, basit yargılama usulüne uygulanamayacağı, diğer bir ifadeyle,

¹ 7251 sayılı Kanun değişikliğinden önceki duruma göre HMK m. 140/5 hükmü.

basit yargılama usulünde, dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz mahkemeye sunmadıkları delilleri sunmaları amacıyla taraflara iki haftalık kesin süre verilemeyeceğini kabul etmektedir².

Hakim görüşün ilk gerekçesi, basit yargılama usulüne ilişkin hükümler arasında (m. 316-322), yazılı yargılama usulündeki gibi bir hükme (m. 139/1-ç) yer verilmemiş olmasıdır. Kanunda bu nitelikte bir hükme yer verilmediğine göre taraflara ayrıca süre verilmesi de söz konusu olamaz³. Bu husus, aşağıda ayrıca değerlendirileceğinden, şimdilik bu gerekçeyi aktarmakla yetiniyoruz.

Hakim görüşün diğer bir gerekçesi ise esas olarak basit yargılama usulünün mahiyetine ve amacına dayanmaktadır. Şöyle ki, basit yargılama usulü daha çabuk sonuçlandırılması gereken, daha kısa bir incelemeye ihtiyaç duyan ve daha kolay bir inceleme ile sonuçlandırılabilir dava ve işler için kabul edilmiş bir usuldür. Basit yargılama usulü ismine de uygun olarak daha basit,

² Bkz. KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. II, Ankara, 2020, s. 1695-1696; KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Baskı. 3, Ankara, 2019, s. 612; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, Baskı. 6, Ankara, 2020, s. 747; YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt. 4, Baskı. 4, Ankara, 2021, s. 4669-4670; PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Baskı. 8, İstanbul, 2020, s. 463; TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. 1, Baskı. 2, Ankara, 2018, s. 1115; KARSLI, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Baskı. 5, İstanbul, 2020, s. 711; ATALI, Murat, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, Baskı. 15, İstanbul, s. 2098-2099; GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Baskı. 9, Ankara, 2020, s. 609; ERDÖNMEZ, Güray, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", İBD C. 87, S. 5, 2013, s. 45; BOLAYIR, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakim Rolü, İstanbul, 2014, s. 242-243, s. 245; DİRENİSA, Efe, Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması, Baskı. 1, İstanbul, 2021, s. 288-289; ÖZÇELİK, Volkan, Türk Medeni Usul Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara, 2020, s. 323; ULUKAPI, Ömer/YARDIMCI, Tamer Emre, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 483-507, Basım Yılı: 2015, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, s. 483-507, s. 487 dn. 16.

³ ATALI-Pekcanitez-Usul III, s. 2099; ÖZÇELİK, s. 323.

daha kısa, daha seri bir yargılama usulüdür⁴. HMK m. 318 hükmü basit yargılama usulünün amacına da uygun olarak kısa sürede delillerin toplanarak incelenebilmesi düşüncesiyle kabul edilmiştir. Dilekçe sayısının sınırlandırılması, iddia ve savunmayı değiştirme yasağının daha erken aşamada başlaması, davanın bir kez yenilenebilmesi ve taraflara delillerini sunabilmeleri için ayrıca süre verilmemesi gibi kurallar, bu usulde görülecek işlerin basit olması, kısa sürede karara bağlanmasının gerekmesi ve özellikle yargılamanın hızlandırılması düşüncesiyle kabul edilmiştir⁵.

Bu nedenlerle basit yargılama usulünde, yazılı yargılama usulündeki gibi HMK m. 139/1-ç hükmüne göre taraflara ayrıca iki haftalık kesin süre verilemez. Kanunda öngörülen şekilde (m. 318) delillerini sunmayan taraf, o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılır. Ancak basit yargılama usulünde de koşulları varsa tarafların m. 145 hükmüne göre sonradan delil göstermesi ve sunması mümkündür⁶. Özetle hakim görüşüne göre, basit yargılama usulünde mahkeme, tarafların dilekçelerinde gösterdikleri yazılı belgeleri mahkemeye sunmaları ve başka yerden getirtilecek belgeler hakkında bir izahatta bulunmamaları halinde, yazılı belgeleri sunmaları ya da izahat vermeleri için, onlara iki haftalık kesin süre veremez⁷.

Buna karşılık doktrinde azınlıkta kalan görüşüne göre, her ne kadar HMK m. 139/1-ç'deki gibi bir düzenleme basit yargılama usulünde bulunmamakta ise de, belgelerin mahkemeye sunulması

⁴ TANRIVER, s. 462; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 747; PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 463; BOLAYIR, s. 245.

⁵ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 463; TANRIVER, s. 462; KARSLI, s. 711; ERDÖNMEZ, s. 44.

⁶ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 463; ATALI-Pekcanitez Usul III, s. 2098-2099; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku, Baskı. 4, Ankara, 2020, s. 337; ERDÖNMEZ, s. 45-46; DİRENİSA, s. 289; ÖZÇELİK, s. 325.

⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 463; TANRIVER, s. 1115; ERDÖNMEZ, s. 46 vd.; ÖZÇELİK, s. 323.

konusunda iki yargılama usulü arasında ayırım yapmanın haklı bir sebebi bulunmamaktadır. Bu nedenle basit yargılama usulünde de taraflara delillerini sunabilmeleri amacıyla iki haftalık kesin süre verilebilmelidir⁸.

III. YARGITAY'IN KONUYA YAKLAŞIMI

Basit yargılama usulünde taraflara delillerini sunmaları amacıyla iki haftalık kesin süre verilip verilemeyeceği hususunda, Yargıtay içtihatları arasında bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Yargıtay bazı kararlarında, basit yargılama usulünde taraflara delillerini sunmaları için ayrıca iki haftalık süre verilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu kararlarında Yargıtay, basit yargılama usulünde bu konunun m. 318 hükmü ile özel olarak düzenlenmiş olduğunu, bu hükümde m. 139/1-ç'deki (eski madde 140/5) gibi bir düzenlemeye de ayrıca yer verilmediğini, özel düzenleme bulunması nedeniyle m. 322'de (yazılı yargılama usulüne) yapılan atfın kapsamına bu konunun girmediğini belirtmiştir⁹.

⁸ BUDAK/KARAASLAN, s. 337.

⁹ "... HMK'nun 140/5. fıkrasının somut olguda uygulanıp uygulanmayacağı hususu oldukça tartışmalıdır. Söz konusu bendin kapsamında; "belgelerden" söz edilmektedir. Tanık beyanları ibaresinin bu kapsamda değerlendirilmesi de oldukça tartışmalıdır. Somut olaya özgü değerlendirme yapıldığında söz konusu madde ve bendin uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır... Görüldüğü gibi, basit yargılama usulüne ilişkin söz konusu kanunun 318. maddesinde, deliller için özel hüküm bulunduğu göre, yazılı yargılama usulüne bir bakıma bu olaya özgü olmak üzere gitme olanağı da görülmemektedir... Basit yargılama usulüne ilişkin HMK'nun 318, 322, dava dilekçesinin kapsamını belirleyen 119/1. fıkrasının e ve f bendleri ile, somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi başlıklı aynı kanunun 194/1 ve 2. fıkraları ve özellikle HMK'nun hakim (Devletin) hukuki sorumluluğunu düzenleyen 46/1. fıkrasının c ve e bendleri gereğince maddi ve manevi tazminatın unsurları somut olayda gerçekleşmediğinden açılan davanın ve isteklerin esastan reddine...", HGK 22.3.2017, 881/518: www.ictihadbulteni.com.; "Dava, üçüncü kişinin İİK'nin 96. vd. maddelerine dayalı istihkak iddiasına ilişkindir. Davacı 22.09.2014 tarihli dava dilekçesinde deliller kısmında nüfus kayıt örneği, mahcuzlara ait faturaya dayanmış, dilekçe ekinde vergi levhası, sicil gazetesi, mahcuzlara ait fatura ve şirket kaşesini sunmuştur. Tanık deliline dayanmamıştır. Davacı vekili 11.11.2014 tarihli dilekçesinde ise, açıkça tanık deliline dayanmıştır. Basit yargılama usulüne tabi olan istihkak davasında cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi bulunmadığı dikkate alındığında davacı yönünden delil gösterme süresi dava dilekçesinin sunulması

Buna karşılık Yargıtay, bazı kararlarında, m. 322'de yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlere atıf nedeniyle m. 139/1-ç (eski m. 140/5) hükmünde öngörülen iki haftalık kesin sürenin basit yargılama usulünde uygulanması, böylece taraflara delillerini sunabilmeleri amacıyla bu sürenin verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁰. Böylece Yargıtay bu kararlarında basit yargılama usulünde

ile sona ermiştir. Davacı vekili verdiği ikinci dilekçede tanık deliline dayanmış ise de ikinci dilekçe delil gösterme süresinden sonra verilmiş olduğundan davacının tanık deliline dayanmadığının kabulü gerekir. Mahkemece belirtilen delil gösterme süresinin istisnasını oluşturan HMK 141 ve 145. maddelerine atıf yapılmaksızın davacı tanıklarını dinleyerek hükmün gerekçesinde de bu tanık beyanları doğrultusunda davanın kabulüne karar verilmesi açıkça kanuna aykırılık teşkil ettiğinden davalı alacaklı vekilinin tanık beyanlarının geçersizliğine ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmüştür. Ayrıca ispat külfeti altında olan üçüncü kişinin dayandığı faturanın takip tarihinden sonra düzenlenmesi, mahcuzlarla karşılaştırılması mümkün olmayan ve ayırt edici özelliğe sahip olmayan eşyalara ilişkin olması karşısında davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir", 8. HD 16.10.2018, 657/17403: www.corpus.com.tr.; aynı yönde, 8. HD 2.4.2019, 8497/3510: www.corpus.com.tr.; 8. HD 16.10.2018, 657/17403: www.corpus.com.tr

¹⁰ "... Öte yandan, Özel Daire bozma kararında "Mahkemece ön inceleme duruşması yapılmadan, tensiple taraflara, dilekçelerinde göstermiş oldukları ve belge niteliğindeki delilleri sunmaları veya buldukları yerlerle ilgili açıklamada bulunmaları (HMK md. 140/5) için süre verilmesi bu anlamda sonuç doğurmaz." ifadesine yer verilmiş ise de, HMK'nun 140/5. maddesinde yer alan hükmün bozma kararında belirtildiği şekilde yorumlanamayacağı, söz konusu hükmün tensip tutanağı ile belirtilen şekilde taraflara süre verilmesini engellemeyeceği kabul edilerek, belirtilen ifadenin Özel Daire bozma kararından çıkarılması gerektiği sonucuna varılmıştır... HMK'nun 320. maddesinde yazılı yargılama usulünde uygulanan HMK'nun 140/5. maddesinde yer alan ve taraflara dilekçelerinde bildirdikleri ancak sunmadıkları delillerini ibraz etmeleri için iki haftalık süre verilmesi şeklindeki düzenlemeye yer verilmediği gibi bu düzenlemenin basit yargılama usulünde uygulama imkanının da bulunmadığı, bu nedenle davalının ön inceleme duruşmasında tanık listesi vermek için istediği süre talebinin mahkemece reddedilmesine yönelik direnme kararının yerinde olduğu belirtilmiş ise de, bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir..." HGK 9.3.2021, 1564/235: www.corpus.com.tr; "... Somut olayda; Taraflar arasında akdedilen 24.12.2000 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira sözleşmesi ile dava konusu işyerinin davalıya kiralanmış olduğu hususunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Davalı cevap dilekçesinde, 24.12.2013 tarihinde imzalanan kira akdine istinaden, 10 yıllık uzama müddeti henüz dolmadan dava açıldığından bahisle davanın reddini savunmuştur. Bu durumda Mahkemece; HMK'nun 140/5 maddesi gereğince 24.12.2013 başlangıç tarihli sözleşmenin sunulması için davalıya 15 günlük kesin süre verilerek, sunulmaması durumunda mevcut delillere göre karar ve-

tarafına süre verilebilmesi hususunun m. 318'deki düzenlemenin kapsamına girmediğini, dolayısıyla m. 322'de yapılan atıf nedeniyle m. 139/1-ç (eski m. 140/5) hükmünün basit yargılama usulünde de uygulanabileceğini kabul etmiştir.

IV. DEĞERLENDİRME

A. Her İki Yargılama Usulünde Delillerin Gösterilmesi ve Sunulmasına İlişkin Hükümlere Genel Bakış

Konuyu ayrıntılı olarak değerlendirmeye geçmeden önce, başlangıçta, hem yazılı hem de basit yargılama usulünde, delille-

rilmesi gerekirken, davalıya delillerini sunması için kesin süre verilmediği görülmektedir. Bu halde Mahkemece kesin süre verilmeden davalı tarafından sözleşme ibraz edildiğine göre, davalı tarafından sunulan sözleşme altındaki imzanın davacıya ait olup olmadığı sorulup, sözleşmenin geçerliliği üzerinde durularak, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir..." 3. HD 17.10.2017, 5440/14047: www.corpus.com.tr; "... İstihkak davaları İİK'nin 97/11. maddesi uyarınca genel hükümlere göre basit yargılama usulüne tabidir. 6100 sayılı HMK'nin 322. maddesinin birinci bendinde; "Bu Kanun ve diğer kanunlarda basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hâllerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır. " düzenlemesine yer verilmiştir. 6100 sayılı HMK'nin 140. maddesi son fıkrası ise "Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir" hükmünü içermektedir. Hal böyle olunca, HMK'nin 322. maddesinin atfı ile HMK'nin 140. maddesinin son fıkrası uyarınca davacı tarafa dilekçesinde gösterdiği ve sunmadığı belgeleri sunması için süre ve imkan tanınması, ihaleye ilişkin belgelerin sunulması halinde tüm evrakların getirilmesi, konusunda uzman bilirkişi aracılığı ile dava konusu mahcuzlar üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak, ihaleden satın alınan menkullerin hacizli menkullere uygun olup olmadığı saptanması, yine ihale bedelinin ödenip ödenmediğinin belirlenmesi, üçüncü kişinin ticari defterlerin (açılış ve kapanış tasdikleri de göz önünde bulundurularak) ve varsa faturaların istenerek hacze konu mahcuzların davacının envanterinde kayıtlı olup olmadığı belirlenmesi, ondan sonra alınacak bilirkişi raporu ve bu doğrultuda toplanacak delillerin dava dosyasında bulunan diğer delillerle birlikte değerlendirilerek oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma sonucu davacı üçüncü kişinin davasının kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş ve hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." 8. HD 20.1.2020, 13320/340: www.corpus.com.tr.; aynı yönde, 8. HD 28.11.2017, 12229/15799: www.corpus.com.tr; 8. HD 27.3.2017, 5831/4426: www.corpus.com.tr; 8.HD 19.12.2017, 12321/17138: www.corpus.com.tr.

rin gösterilmesi ve sunulmasına ilişkin hükümlere genel olarak değinmekte yarar vardır. Buna göre basit yargılama usulünde, delillerin bildirilmesi (gösterilmesi) ve sunulması hususu sadece HMK m. 318 hükmünde düzenlenmiştir. *"Delillerin ikamesi"* başlığını taşıyan bu düzenleme şu şekildedir: *"(1) Taraflar dilekçeleri ile birlikte, tüm delillerini açıkça ve hangi vakianın delili olduğunu da belirterek bildirmek; ellerinde bulunan delillerini dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır"*.

Kanun koyucu, oldukça kısa bir şekilde düzenlediği (m. 316-322 arası) basit yargılama usulünde, delillere ilişkin olarak başka bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bununla birlikte, "Uygulanan Hükümler" başlığını taşıyan HMK m. 322'de *"Bu Kanun ve diğer kanunlarda basit yargılama usulü hakkında hüküm bulunmayan hâllerde, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanır"* şeklinde önemli bir atıf hükmüne de yer verildiğini belirtmek gerekir. Bu atıf hükmünün, hiç kuşkusuz hakkında hüküm bulunmayan hususlarda deliller bakımından da uygulanacağını vurgulamak gerekir.

Buna karşılık, yazılı yargılama usulünde delillerin gösterilmesi ve sunulmasına, Kanunun daha fazla hükmünde yer verilmiştir. Öncelikle basit yargılama usulünden farklı olarak¹¹ m. 119/1-f hükmünde *"İddia edilen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği"* dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar¹² arasın-

¹¹ Basit yargılama usulünde, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Ancak bu usulde dava açılmasının "Bölge Adliye Ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî Ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (bundan sonra kısaca yönetmelik şeklinde anılacaktır) m. 198'de belirtilen formun doldurulması suretiyle de verilebileceği hüküm altına alınmıştır. HMK m. 322'de yapılan atıf uyarınca, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlara ilişkin m. 119 hükmü basit yargılama usulünde de uygulanabilecektir.

¹² Bu konuda ayrıntı için bkz. ARSLAN, Ramazan, "Dava ve Cevap Dilekçelerinin Hazırlanması ve Ön İnceleme", Bankacılar Dergisi, S. 80, Y. 2012, s. 67-82; ÖZEKES,

da düzenlenmiştir. Ayrıca m. 121/1'de "Belgelerin birlikte verilmesi" başlığı altında *"Dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur"* şeklinde bir düzenleme de yapılmıştır. Yine m. 129/1-e'de *"Savunmanın dayanağı olarak ileri sürülen her bir vakianın hangi delillerle ispat edileceği"* cevap dilekçesinde bulunması gereken unsurlar arasında gösterilmiştir. Ayrıca m. 129/2'de m. 121'e yapılan atıf uyarınca *"Cevap dilekçesinde gösterilen ve davalının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davacı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur"*. "Bunların haricinde *"Somutlaştırma yükü¹³ ve delillerin gösterilmesi"* başlığını taşıyan m. 194 hükmünde, *"(1) Taraflar, dayandıkları vakiaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. (2) Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakianın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur"* şeklinde bir düzenleme de yer verilmiştir".

İnceleme konumuzu da teşkil eden ve 7251 sayılı Kanunla¹⁴ değişik¹⁵ m. 139/1-ç hükmünde ise *"Davetiyenin tebliğinden itibaren iki haftalık kesin süre içinde tarafların dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden*

Muhammet, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", DEÜHFD 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C. 1, İzmir, 2015, s. 263-300.

¹³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. YARDIMCI, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul, 2017; BÖRÜ, Levent, İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara, 2016.

¹⁴ Bkz. RG 28.7.2020, Sayı: 31199.

¹⁵ Bu değişiklik hakkında ayrıntı için bkz. DİRENİSA, s. 153 vd.

getirtilecek belgelerin getirilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları, bu hususların verilen süre içinde yerine getirilmemesi hâlinde o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılacaklarına karar verileceği" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bunların yanında "Sonradan delil gösterilmesi" başlığını taşıyan m. 145/1'de "Taraflar, Kanunda belirtilen süreden sonra delil gösteremezler. Ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülememesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanmıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebilir" şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Görüleceği üzere, bu genel bakıştan çıkartılacak en önemli sonuç, delillerin gösterilmesi ve sunulması hususunun, yazılı yargılama usulünde daha fazla hükümde ve daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğudur. Bunun temel nedeni, HMK'nun yazılı yargılama usulü esas alınarak vazedilmiş olması, diğer bir ifadeyle Kanunda kabul edilen temel/esas yargılama usulünün yazılı yargılama usulü olmasıdır¹⁶. Zira basit yargılama usulü için de ayrı bir kanun vazedilmesi elbette düşünülemez, esasen buna gerek de yoktur. Nitekim kanun koyucu da HMK'nu yazılı yargılama usulüne göre kaleme almış, basit yargılama usulünü ise farklılık gösterdiği noktaları düzenleyerek kanuna monte etmiş ve m. 322/1 hükmünde ayrıca düzenleme ihtiyacı olmadığını düşündüğü konular bakımından yazılı yargılama usulüne atıf yapmakla yetinmiştir. Basit yargılama usulünde ise konuya ilişkin sadece m. 318'de düzenleme yapılmıştır. Çok genel bir ifadeyle kanun koyucunun m. 318 hükmüyle, yazılı yargılama usulünde yer alan ve

¹⁶ Ancak burada, basit yargılama usulünün, sayıca yazılı yargılama usulüne oranla daha fazla mahkemede uygulanmakta olduğunu da belirtmek gerekir. Nitekim yazılı yargılama usulü, asliye hukuk, asliye ticaret, aile mahkemeleri ile fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde uygulanmakta iken, basit yargılama usulü, sulh hukuk, iş, tüketici, icra ve kadastro mahkemelerinde uygulanmaktadır. Ayrıca, niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde (m. 385/1) ve miktar veya değeri beş yüz bin Türk lirasını geçmeyen ticari davalarda da (TTK m. 4/2) basit yargılama usulünün uygulandığını belirtmek gerekir.

neredeşye biraz 6nce belirtilen bir6ok h6km6 karşılayacak şekilde bir d6zenleme getirdiği s6ylenebilir. 6zelikle bu h6km6mde ge6en *"Taraflar dilek6eleri ile birlikte, t6m delillerini a6ık6a ve hangi vakı-anın delili olduğunu da belirterek bildirmek..."* şeklindeki b6l6m6-n6n¹⁷ adeta yazılı yargılama usul6ndeki m. 119/1-f, m. 129/1-e ve hatta bir 6l66de m. 194 h6km6n6 dahi karşılayacak nitelikte bir i6eriğe sahip olduğu ifade edilebilir. Bu h6km6n *"... ellerinde bulu-nan delillerini dilek6elerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek belge ve dosyalar i6in de bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilek6e-lerinde yer vermek zorundadır"* şeklindeki b6l6m6n6n ise, m. 121 ve bu son h6kme atıf yapan m. 129/2 h6km6n6n karşılığını teşkil ettiği ifade edilebilir.

B. HMK m. 318/1 H6km6ndeki D6zenlemenin ve m. 322/1'deki Atıf H6km6n6n, m. 139/1-6 H6km6n6n Basit Yargılama Usul6nde Uygulanmasına Engel Olup Olama-yacağı

Biraz 6nce ifade edilen her iki yargılama usul6nde delillerin g6sterilmesi ve sunulmasına ilişkin h6k6mlere genel bakıştan da anlaşılacağı 6zere, burada 6nemli olan husus, hem m. 318 h6k-m6n6n i6eriğinde m. 139/1-6'yi karşılayacak şekilde bir ifadeye yer verilmemiş olması hem de d6zenleme bulunmayan hususlarda yazılı yargılama usul6ne atıf yapan m. 322/1 h6km6n6n varlığı-dır. Başka bir deyişle acaba ger6ekten m. 318/1 h6km6nde basit yargılama usul6nde delillerin g6sterilmesi ve sunulmasına ilişkin *b6t6n hususlar* kanun koyucunun cevaz verdiği şekilde (ve 6l66de) d6zenlenmiş midir ve bu d6zenleme, m. 322/1 deki atfı, m. 139/1-

¹⁷ Doktrinde, basit yargılama usul6nde tarafların dayandıkları vakıaları hangi delil-lerle ispat edeceklerini de bildirmelerinin avukatla temsil zorunluluğu bulunmayan hukukumuzda taraflar i6in g66 bir iş olduğu, basit yargılama usul6nde hıızlılık yan-ında basitlik unsurunun da 6nemli olduğu, tarafları ispat hakkı bakımından zor-layacak olan bu h6km6n isabetli olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. SUNAR, G6lcan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Basit Yargılama Usul6ne İlişkin H6-k6mleri 6zerine D6ř6nceler", Prof. Dr. Yavuz Alangoya i6in Armağan, İstanbul-2007, s. 273.

ç'nin basit yargılama usulünde uygulanmasını engelleyecek (bertaraf edecek) şekilde sınırlandırmakta mıdır?

Öncelikte belirtmek gerekir ki, biraz önce hükümlere genel bakış kısmında da belirtildiği üzere, m. 318/1 hükmünde, m. 139/1-ç'deki düzenlemeyi çağrıştıracak nitelikte bir ifade mevcut değildir. Başka bir deyişle, sadece m. 318/1'den hareketle, m. 139/1-ç'nin basit yargılama usulünde de uygulanabilecek bir hüküm olduğu söylenemez. Zira hükmün lafzından böyle bir sonuç ortaya çıkmamaktadır. O zaman çözülmesi gereken mesele, kanun koyucunun, basit yargılama usulünde, delillerin gösterilmesi ve sunulmasına ilişkin *bütün hususları*¹⁸ sınırlayıcı bir şekilde m. 318/1 hükmünde düzenleyip düzenlemediği¹⁹ ve buradan varılacak sonuca göre, bu durumun m. 322/1'deki atıf hükmünün kapsamını da sınırlandırıp sınırlandırmadığı hususudur. Eğer kanun koyucunun, m. 318/1'de, m. 139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde uygulanmasına cevaz vermeyecek özel bir düzenleme yaptığı kabul edilecek olursa, m. 322/1 hükmündeki atfın dahi adı geçen hükmün (m. 139/1-ç) basit yargılama usulünde uygulanmasını mümkün kılamayacağı söylenebilecektir. Çünkü m. 322/1'e göre ancak basit yargılama usulünde hakkında özel düzenleme bulunmayan hususlarda, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümler uygulanabilir. Yok eğer m. 318/1'de, m. 139/1-ç'nin basit yargılama usulünde uygulanmasını bertaraf edecek bir düzenleme içermediği kabul edilecek olursa, m. 322/1'deki atıf nedeniyle, m. 139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde de uygulanması gereken bir hüküm olduğu kabul edilebilecektir.

¹⁸ Yani biraz sonra da değinileceği üzere, delillerin gösterilmesi, sunulması ve süresinde sunulmayan delillerin sunulmasının hangi şartlarla mümkün olabileceği, sonradan delil gösterilmesi hususları.

¹⁹ Diğer bir deyişle, burada önemli olan, kanun koyucunun basit yargılama usulünde delillerin gösterilmesi ve sunulmasına ancak bu hükümdeki düzenleme kapsamında mı cevaz verdiği (bu hükmün kapsamı ve anlamını aşacak bir düzenleme getirmek isteyip istemediği) hususudur.

Yukarıda da belirtildiği üzere, hem doktrindeki hakim görüş hem de bazı kararlarında Yargıtay, m. 139/1-ç hükmünün, basit yargılama usulünde uygulanamayacağını savunurken, basit yargılama usulünde delillerin gösterilmesi ve sunulması hususunun *her yönüyle ve özel olarak* m. 318/1'de düzenlenmiş olması karşısında, bu düzenlemenin, m. 139/1-ç'nin basit yargılama usulünde uygulanmasına engel olacağını ve böylece m. 322/1'deki atıf hükmünün dahi buna olanak sağlayamayacağını temel gerekçe olarak ileri sürmekteydi. Bir diğer gerekçe ise, temelde usul ekonomisi ilkesi bağlamında basit yargılama usulünün mahiyeti ve amacının da bu sonucu haklı kıldığı yönündeydi.

Kanaatimizce, m. 318/1'deki düzenlemenin (m. 322/1 hükmündeki atfın uygulanmasını da olanaksız kılacak ya da dışlayacak şekilde) m. 139/1-ç hükmünün, basit yargılama usulünde uygulanmasına engel teşkil edecek nitelikte bir düzenleme olmadığını kabul etmek, amaca daha uygun bir yaklaşım olacaktır. Her şeyden önce, m. 318/1 hükmünün, basit yargılama usulünde, delillerin gösterilmesi ve sunulması hususunu bütünüyle (her yönüyle) özel olarak düzenleyen bir hüküm niteliği taşıdığını söylemek güçtür. Belirtmek gerekir ki, m. 318 hükmünün başlığı "*delillerin ikamesi*" şeklindedir. Kanun koyucu yazılı yargılama usulünde, delillere ilişkin düzenleme yaptığı hükümlerde, bu kavramı kullanmamış, yargılama giderlerine ilişkin bölümde yer alan m. 324 hükmünün başlığında²⁰ bu ifadeyi kullanmıştır. Ancak kanun koyucu, basit yargılama usulünde, delillere ilişkin hükümleri tek bir maddede düzenleme düşüncesiyle olsa gerek, söz konusu kavra-

²⁰ Adı geçen hükmün başlığı, "Delil ikamesi için avans" şeklindedir. Kanaatimizce bu maddede delil ikamesi kavramı geniş anlamda kullanılmıştır. Bu hükümde delil ikamesi kavramı, belge gibi dilekçeye eklenerek mahkemeye ibraz edilecek belgeler için delillerin gösterilmesi ve sunulması faaliyetini kapsamaktadır. Zira söz konusu belgenin mahkemeye sunulması (ibrazı) ile birlikte, delil ikamesi işlemi sona erer. Buna karşılık, keşif, tanık, bilirkişi delilleri bakımından delil ikamesi, delillerin gösterilmesi ve delil ikamesi avansının yatırılması ile sona erer.

mı kullanmayı tercih etmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki "delillerin ikamesi" kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki görüşlerin farklılaşmasının nedeni, kavramın kapsamına delillerle ilgili hangi faaliyetlerin dahil olduğu hususudur. Bu noktada doktrinde "delillerin ikamesi" kavramına geniş ve dar anlamlar yüklendiği görülmektedir. Delillerin ikamesi kavramına geniş anlam yükleyenlere göre, bu kavramın kapsamına hem delillerin gösterilmesi/bildirilmesi hem de delillerin mahkemeye sunulması faaliyeti girmektedir²¹. Delillerin ikamesi kavramına dar anlam yükleyenle-

²¹ Bu anlamda YILMAZ' a göre delil gösterme, delillerin sunumu ve delillerin incelenmesi işlemleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrıma göre delillerin sunumu tarafın belli bir olayı, belli bir delille ispat etme hususundaki istemini ifade ederken, delillerin incelenmesi ise delilin kabulüne yönelik bir faaliyet olarak delillerin gösterilmesiyle hâkimin ikna edilmesidir. Delillerin sunulması (ibrazı), tarafın belirli bir olayı, belli bir delille ispat etme yolundaki istemi, dileğidir. Delillerin incelenmesi ise, delilin kabulüne yönelik bir faaliyettir; yani delilin gösterilmesi ve bununla hakimnin ikna edilmesidir. Bununla birlikte, delillerin sağlanması delil gösterme işleminin bir parçası değildir. Aksine delillerin sağlanmasını, delil gösterme ve özellikle delillerin incelenmesini mümkün kılan ve maddi fiillerden oluşan faaliyet olarak değerlendirmek gerekir. YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Baskı. 5, Ankara, 2021, s. 136-137. AKKAYA ise, delillerin ikamesi ile delil gösterilmesini eş anlamlı olarak kullanmakta ve delillerin gösterilmesi kavramının, tarafların delillerini bildirmeleri, sunmaları ve mahkemenin bu delillerin uygunluğuna karar verme yetkisini kapsayan bir bütün olarak anlaşılması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, delillerin bildirilmesi; tarafların dilekçelerle veya sözlü olarak tutanağa yazdırarak davada kullanacakları delilleri hususunda bilgi vermeleri, delillerini beyan etmelerini ifade eder. Delillerin sunulması ise bildirilen delillerin mahkemeye verilmesi, yollanması, takdim edilmesi; delil gösterme işleminin son aşaması olan delillerin incelenmesi ise, mahkemeye bildirilen ve sunulan delillerin ele alınarak ispatı istenen vakıalar bakımından aydınlatılmasını ifade eder. AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Hasredilmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2003, s. 54 vd. YAVAŞ ise, delillerin değerlendirilmesinden önceki bütün aşamaların, delillerin ikamesinin kapsamına girdiğini kabul etmektedir. YAVAŞ, Murat, "Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN'a Armağan C. 21, S. 2, Y. 2015, s. 757 vd. Ayrıca TORAMAN da delillerin ikamesi ile sunulmasını aynı anlamda kullanmaktadır. TORAMAN, Barış, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Y. 2015, s. 1501 vd.

re göre ise, delillerin ikamesinin kapsamına sadece delillerin bildirilmesi dahil olmaktadır²².

Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri dikkate alındığında, kanaatimizce de delillerin ikamesi (gösterilmesi), sadece delillerin bildirilmesi hususunu kapsar²³. Delillerin bildirilmesi, tarafların dilekçelerle veya sözlü olarak tutanağa yazdırarak davada kullanacakları delilleri hususunda bilgi vermeleri, delillerini beyan etmelerini ifade eder²⁴. Göstermek sözcüğü, birini veya bir şeyi işaretle belirtmek, belirtmek, anlatmak anlamına geldiğine göre²⁵, taraflar dilekçelerinde delillerini göstererek hangi deliller aracılığıyla iddia ve savunmalarını dayandırdıkları vakıaları ispat

²² Bu anlamda BOLAYIR'a göre, delillerin ikamesinden (delillerin gösterilmesinden) maksat, tarafların dilekçelerinde delillerinin nelerden ibaret olduğunu bildirmeleridir. Yazara göre bir şeyi vermek, yollamak, göndermek, takdim etmek anlamlarına gelen sunmak kelimesi birini veya bir şeyi belirtmek, anlatmak anlamlarına gelen göstermek kelimesinden farklı olduğundan delillerin sunulması, yani ibrazı, delillerin gösterilmesi faaliyetinin bir parçası değildir. Aynı şekilde, delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesi de delillerin gösterilmesinden tamamen farklı işlemlerdir. BOLAYIR, s. 88 vd. Ayrıca ÇELİKOĞLU'na göre ise, delil ikamesi terminolojik açıdan delillerin yargılamaya sokulması anlamına sahip olup HUMK ve HMK'da da bu anlamda kullanılmıştır. Yazar delillerin gösterilmesini delillerin mahkemeye formel olarak bildirilmesi şeklinde tanımlarken, HMK m. 119/1-f ve m. 129/1-e hükümlerini delillerin belirtilmesi/tanımlanması olarak değerlendirmektedir. Yazara göre iddia veya savunma vakıalarını destekleyecek delillerin dilekçelerde vakıa bazında tanımlanarak belirtilmesi formel anlamda delil bildirilmesi/gösterilmesi dahi değildir. Bu tür düzenlemeler, ümitsiz dava ikamesini veya sürdürülmesini caydırmak üzere tarafları deliller üzerinde baştan düşünmeye sevk etmenin yanında, hâkime olası ispat sorunlarına dikkat çekme fırsatı sağlayarak delil ikamesine hazırlık niteliğindedir. ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel, Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, Baskı. 2, Ankara 2012, s. 295 vd.

²³ BOLAYIR, s. 91; BİLGİÇ, Hasan Basri, Medeni Usul Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2018, s. 33. Karş. ÇELİKOĞLU, s. 343.

²⁴ Yargıtay kararlarında da, delillerin gösterilmesi, delillerin sunulması, delillerin ibrazı, delillerin toplanması gibi kavramların her zaman isabetli olarak kullanıldığını söylemek mümkün değildir. Bkz. ÇİFTÇİ, Pınar, "Boşanma Davalarında Delillerin Gösterilmesi ve İbrazına İlişkin Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarının (Önemli Bir İçtihat Değişikliğinin) Değerlendirilmesi", DEÜHFD, C. 20, S. 1, 2018, s. 24.

²⁵ Bkz. sozluk.gov.tr.

edeceklerini belirtecekler, delillerinin nelerden ibaret olduğunu bildireceklerdir²⁶. Bu anlamda, birini veya bir şeyi belirtmek, anlatmak anlamına gelen göstermek sözcüğünün, bir şeyi vermek, yollamak, göndermek, takdim etmek anlamına gelen "sunmak" sözcüğünden farklı bir anlama sahip olduğu açıktır. Bu nedenle delillerin sunulması (ibrazı) da delillerin gösterilmesinden farklı bir anlama sahiptir. Bu nedenle, kanaatimizce de delillerin sunulması, delillerin gösterilmesi²⁷ faaliyetinin bir aşaması olarak kabul edilemez. Çünkü, delillerin gösterilmesi aşaması, delillerin sunulmasından zaman itibarıyla daha öncedir ve ancak delillerin gösterilmesinden sonra, delillerin sunulmasından söz edilebilir²⁸. O halde HMK m. 119/1-f ve m. 129/1-e hükümleri uyarınca, taraflar önce dilekçelerinde delillerini gösterecek (bildirecek), akabinde m. 121 ve m. 129/2 uyarınca dilekçelerinde göstermiş oldukları delillerini mahkemeye sunacaklardır²⁹. Taraflar dilekçelerinde göstermiş oldukları ancak henüz mahkemeye sunmadıkları belgeleri ise m. 139/1-ç hükmü uyarınca mahkemeye sunacaklardır. Kanunun özellikle 139/1-ç hükmündeki bu düzenleme, delillerin gösterilmesi ile delillerin sunulması faaliyetinin birbirinden farklı olduğunu açıkça ortaya koymaktadır³⁰.

²⁶ BOLAYIR, s. 91-92.

²⁷ Delillerin gösterilmesi, bir davada tarafların kendi vakıa iddialarının doğru olduğu veya karşı tarafın iddialarının doğru olmadığı hususunda ispat sonucuna ulaşabilmeleri ve kendi lehlerine karar verilmesini sağlayabilmek için çekişmeli vakıalar hakkında delillerini bildirecek gerçekleştirdikleri, hakimi inandırmaya yönelik usuli bir faaliyet olarak tanımlanmaktadır. ATALAY, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001, s. 16; BOLAYIR, s. 92.

²⁸ BOLAYIR, s. 92; BİLGİÇ, s. 33 vd. Yazar, "delillerin ileri sürülmesi" kavramını kullanmakta olup, bu kavramın, delillerin gösterilmesi ve sunulmasını aşamalarını kapsadığını kabul etmektedir. Bu anlamda Yazara göre delil ileri sürme bir taraf usul işlemi olup ispat sürecinin sonraki aşamaları olan delillerin toplanması ve delillerin incelenmesi aşamalarına geçilebilmesinin hazırlayıcısıdır (BİLGİÇ, s. 34).

²⁹ BOLAYIR, s. 93.

³⁰ BOLAYIR, s. 93.

O halde yazılı yargılama usulü bakımından, delillerin ikamesi (gösterilmesi) kavramının, sadece tarafların delillerini dilekçelerinde bildirmeleri anlamına geldiğini, delillerin sunulmasının bu kapsamda olmadığını kabul ediyoruz. Ancak HMK m. 318 hükmünün başlığında kullanılan "delillerin ikamesi" kavramının, basit yargılama usulü bakımından daha geniş bir anlama sahip olduğunu kabul etmek gerekir³¹. Çünkü, m. 318 hükmünün içeriğine bakıldığında, bu hükümde sadece delillerin gösterilmesinin değil, delillerin sunulmasının da düzenlendiği görülmektedir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi bu hükümde, hem delillerin "bildirilmesinden" hem de tarafların elinde bulunan delillerin dilekçeye "eklenerek" mahkemeye "ibraz edilmesinden" söz edilmektedir. Oysa yine yukarıda belirtildiği üzere, yazılı yargılama usulünde bu iki husus ayrı hükümlerde düzenlenmiştir.

Delillerin ikamesi kavramının, basit yargılama usulünde, geniş anlamda kullanıldığını tespit ettiğimize göre, bu aşamada üzerinde durulması gereken husus, bu düzenleme tarzının, m. 139/1-ç hükmünün, basit yargılama usulünde uygulanmasına engel teşkil edip etmeyeceğidir. Biraz önce de belirtildiği üzere, m. 318'in de başlığında yer alan "delillerin ikamesi" kavramına geniş anlam yüklense bile, bu, sadece delillerin gösterilmesi ve sunulması hususunu içerecektir. Diğer bir ifadeyle, delillerin ikamesi kavramı en fazla delillerin dilekçede gösterilmesi ve sunulmasını ifade eden bir kavram olacaktır. Kanaatimizce bu tespite göre delillerin ikamesi kavramına, bu kapsamı aşacak şekilde ayrıca süresinde sunulmayan delillerin sunulması hususu da dahil edilemez. Öyle olsaydı kanun koyucu yazılı yargılama usulünde, süresinde sunulmayan delillerin sunulmasına dair ayrıca m. 139/1-ç de düzenleme yapma gereği duymazdı. Dolayısıyla basit yargılama usulüne ilişkin m. 318'deki düzenlemenin kapsamı da ancak delillerin gös-

³¹ Aynı yönde, BİLGİÇ, s.

terilmesi ve sunulmasına ilişkin olabilir. Bu hükmün, dilekçede gösterilmekle birlikte süresinde sunulmayan delillerin sunulmasını da içine alan, diğer bir deyişle basit yargılama usulünde delillerin gösterilmesi ve sunulmasını *her yönüyle* düzenleyen özel bir hüküm olduğu kanaatinde değiliz. Dolayısıyla, m. 322/1 deki atfın, m. 139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde uygulanmasını mümkün kılamayacağını söylemek güçtür. Zira delillerin gösterilmesi ve sunulması başka bir şeydir, gösterilen delillerin süresinde sunulmaması ve hatta sonradan³² delil gösterilmesi başka bir şeydir. Bu nedenledir ki yazılı yargılama usulünde bütün bu hususlar ayrı ayrı maddelerde düzenlenmiştir.

Nitekim m.139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde uygulanamayacağını kabul eden hakim görüş, sonradan delil gösterilmesine ilişkin m. 145 hükmünün, basit yargılama usulünde dahi uygulanabileceğini kabul etmektedir³³. Halbuki m. 318 hükmünde, m. 145 hükmünün basit yargılama usulünde uygulanabileceğine (ya da uygulanamayacağına) dair açık bir düzenleme mevcut değildir. Eğer m. 318 hükmünde basit yargılama usulünde delillerin gösterilmesi ve sunulmasına ilişkin *bütün hususlar* sınırlayıcı bir şekilde düzenlenmişse, m. 145 hükmünün de bu usulde uygulanmaması gerekir. Kanaatimizce, sonradan delil gösterilmesi ile süresinde sunulmayan delillerin sunulması için süre verilmesi arasında bu açıdan bir farklılık yoktur. Her iki konu da m. 318'de sınırlayıcı bir şekilde düzenlenmemiştir ve m. 322'nin atfı uyarınca her iki hususa ilişkin hükümlerin (m. 139/1-ç ve m. 145) basit yargılama usulünde uygulanması gerekir.

Kanaatimizce, kanun koyucu m. 318 hükmünde, delillerin gösterilmesi ve sunulmasına ilişkin bir kural koymuş, bu hükümde düzenlemediği hususlarda, m. 322/1 hükmünün yollamasıyla,

³² Bu konuda ayrıntı için bkz. ULUKAPI/YARDIMCI, s. 483 vd.

³³ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 463; BUDAK/KARAASLAN, s. 337; ERDÖNMEZ, s. 45-45; BOLAYIR, s. 246; DİRİNİSA, s. 289.

yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanmasını istemiştir. Yoksa kanun koyucu, m. 318 hükmünde düzenlemediği hususlarda bir "kasıtlı (bilinçli) susma" içinde değildir³⁴. Zira kasıtlı susma kanunun belirli bir konuda olumlu bir çözüm verebilen herhangi bir kural öngörmemesini ifade eder. Kanun koyucu belirli bir konuda kural öngörmesine karşılık bir başkasında bu yola gitmemiş ise, onun bu tutumundan kural öngörmediği konuda olumsuz bir çözüm benimsediği sonucu çıkarılabilir. Bununla birlikte kanunun susmuş olmasının, diğer bir ifadeyle açıkça bir konuyu düzenlememiş olmasının yorum yoluyla incelemesi ve bu susmanın bir "düzenleme yokluğu" sayılıp sayılamayacağı araştırılması gerekir. Böyle bir araştırmada kanun koyucunun olumsuz bir çözüm istediği sonucuna varılırsa, kanundaki susmayı kasıtlı susma olarak kabul edip hukuk boşluğu doldurma ciheitine gidilemeyecektir, zira düzenleme bir boşluk yoktur³⁵. İnceleme konumuz bakımından da kanaatimizce bir kasıtlı susma hali bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu, meseleyi m. 318'de düzenlemiş, ayrıca düzenlemediği hususlarda yazılı yargılama usulüne ilişkin kuralların uygulanacağını³⁶ açıkça hükme bağlamıştır (m. 322/1). Her ne kadar yukarıda belirtildiği üzere doktrinde ve bazı Yargıtay kararlarında konunun m. 318'de özel olarak düzenlendiği ifade edilmekte ise de, bu özel düzenleme, basit yargılama usulüne ilişkin diğer bazı hükümlerdeki gibi³⁷ istisnaları düzenleyen ya

³⁴ Bu konuda bkz. EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Baskı 6, Ankara, 1997, s. 124; SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, Baskı 5, İstanbul 2014, s. 146 vd.

³⁵ EDİS, s. 124.

³⁶ Doktrine göre atfın bulunduğu yerde ne boşluk olur ne de kısaya yer kalır. SEROZAN, s. 149.

³⁷ Örneğin, yazılı yargılama usulünden farklı olarak, tarafların cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verememesi (m. 317/3), iddia ve savunmayı değiştirme yasağının başlangıcı (m. 319), tahkikatta yapılacak duruşma sayısı ve duruşmalar arasında olması gereken azami süre (m. 320/3), işlem den kaldırılan dosyanın ancak bir kez yenilenebilmesi (m. 320/4) gibi sınırlandırıcı hükümler, basit yargılama usulünde açıkça düzenlenmiştir.

da sınırlama getiren bir düzenleme niteliği taşımamaktadır. Esasen getirilen düzenleme yukarıda da ifade edildiği gibi yazılı yargılama usulündeki genel kurallarla paraleldir ve oradan farklı olarak tek bir maddede düzenlenmiştir. Halbuki kanun koyucunun burada, tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ancak mahkemeye sunmadıkları belgeleri sunmaları amacıyla kendilerine süre verilemeyeceğini düzenlemiş olması gerekirdi. Oysa kanunda bu konuda açıkça yasaklayıcı bir düzenlemeye yer verilmemiştir³⁸. Bu nedenle kanun koyucunun m. 139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde uygulanmaması yönünde kasıtlı bir susma içinde olduğu kanaatinde değiliz. Burada kasıtlı susmadan değil, ancak atıf hükmünün de varlığı nedeniyle kanun koyucunun "bilinçsiz bir savsaması"ndan söz edilebilir. Dolayısıyla kanundaki düzenlemeler dikkate alındığında burada açık ya da örtülü bir "boşluk"³⁹ da bulunmadığı kanaatineyiz.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, basit yargılama usulünün ne niteliği ne de amacı m. 139/1-ç hükmünün bu usulde uygulan-

³⁸ Ancak tensip tutanağına ilişkin Yönetmelik m. 200/1-d hükmünde şu şekilde bir düzenlemeye yer verilmiştir: " *Tarafların, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 121 inci maddesi ve 129 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince delil olarak gösterdikleri belgeleri dilekçelerine ekleyerek vermeleri ile başka yerden getirilecek belgelere ilişkin gerekli bilgileri vermeleri, davacının delilleri için gider avansının kullanılacağı, davalının gerekiyorsa tespit edilecek delil avansını da yatırmayı, tarafların bu hususları yerine getirmedikleri takdirde, basit yargılama usulüne ilişkin hükümler saklı olmak üzere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 140 inci maddesinin beşinci fıkrası gereğince ancak ön inceleme aşamasında bu eksiklikleri tamamlayabilecekleri, aksi hâlde bu delillerinden vazgeçmiş sayılacakları*". Görüldüğü üzere HMK'nda bu konuda açık bir düzenleme getirmeyen kanun koyucu Yönetmelik hükmü ile "basit yargılama usulüne ilişkin hükümler saklı olmak üzere" demek suretiyle m. 140/5 (şimdi m. 139/1-ç) hükmünün, basit yargılama usulünde uygulanamayacağına işaret etmiş olmaktadır. Ancak kanaatimizce, ispat hakkı, hukuki dinlenilme hakkı ve de adil yargılanma hakkıyla ilgili bu husus, yönetmelik hükmüyle düzenlenemez ve bir yönetmelik hükmüyle bu haklar kısıtlanamaz. Bu nedenle, Kanunda açık bir kısıtlama/yasaklama bulunmaması karşısında, söz konusu Yönetmelik hükmünün dikkate alınamayacağı söylenebilecektir.

³⁹ Bu konuda ayrıntı için bkz. KIRCA, Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama" AÜHFED, C. 50, S. 1, 2001, s. 91 vd.

masına engeldir. Gerçekten, bu hükmün basit yargılama usulünde uygulanmasına engel olunmasının haklı bir nedeni de yoktur⁴⁰. Özellikle, 7251 sayılı Kanunla m. 140/5'de yer alan düzenlemenin değiştirilmesi nedeniyle, bu görüşü savunmak daha da haklı bir nitelik taşıyacaktır. Zira m. 140/5'de yer alan eski düzenleme, m. 139/1-ç deki yeni haliyle hakim görüşün düşüncesini aksini savunmayı daha da mümkün hale getirmektedir. Şöyle ki, 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce m. 140/5 hükmü şu şekildeydi: *"Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir.*

Hükümden de anlaşılacağı üzere, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri ancak mahkemeye sunmadıkları delilleri sunabilmeleri amacıyla verilecek olan iki haftalık kesin süre *ön inceleme duruşmasında* verilmekteydi. 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra ise iki haftalık süre, m. 139/1-ç hükmüne göre *ön inceleme duruşma davetiyesi ile* (hatta bu davetiyenin tebliğinden itibaren) verilmektedir. Görüldüğü üzere taraflara söz konusu süre verme işlemi, değişiklikten sonra daha önceki bir aşamaya çekilmiştir⁴¹. Böylece eskiden ön inceleme duruşmasında iki haftalık

⁴⁰ BUDAK/KARAASLAN, s. 337.

⁴¹ Kanaatimizde de bu değişiklik pek isabetli olmamıştır. Her ne kadar bu değişiklik, ön inceleme duruşmasına kadar tarafların delil olarak dayandıkları belgelerin bir an önce toplanması işinin halledilmesi açısından olumlu olarak görülebilir ise de, ön inceleme duruşması tarafların üzerinde anlaşamadıkları noktaların, yani uyumsuzluk noktalarının tespit edildiği bir yargılama aşaması olduğu için, taraflar yeni düzenleme göre delil olarak sunup sunmama konusunda tereddüt yaşadıkları belgeleri de hak kaybı yaşamamak adına, henüz uyumsuzluk noktaları tespit edilmenden önce dosyaya sunmak zorunda kalacaklardır (DİRENİSA, s. 154). Mahkemelerdeki iş yoğunluğu dikkate alındığında uygulamada ön inceleme duruşmalarının tensip tutanağı 3-4 ay sonraya verilmektedir. Dolayısıyla, tarafların bu süre içerisinde delillerini mahkemeye sunamamalarının haklı bir gerekçesi bulunmamakta-

kesin süre verilir ve bu süre içinde deliller sunulmazsa, söz konusu delillere dayanmaktan vazgeçilmesine karar verilirken, yeni düzenlemeye göre, iki haftalık kesin süre ön inceleme duruşma davetiyesinin tebliğinden itibaren verilmekte, davetiyenin tebliğinden itibaren söz konusu süre içinde deliller sunulmazsa, bu kez ön inceleme duruşmasında, delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılma kararı verilecektir⁴².

Basit yargılama usulünde de ön inceleme aşaması vardır. Bir başka ifadeyle, ön inceleme, yazılı yargılama usulündeki gibi basit yargılama usulünde de yargılamanın ana evrelerinden birisini oluşturur⁴³. Nitekim m. 320 hükmünün başlığı "Ön inceleme ve tahkikat" şeklindedir. Ön incelemenin duruşmalı olarak⁴⁴ yapılması halinde, basit yargılama usulünde de taraflar, ön inceleme duruşmasına davet edilecektir. Zira m. 320/2 hükmünde mahkeme yapılacak belirtilen işler, esasen ön inceleme aşamasında yapılacak olan işlerdir. Aynı hükmün birinci fıkrasındaki durum

dır (DİRENİSA, s. 183). Ayrıca, yapılan değişikliklerle, tarafların ön inceleme duruşmasında yapılacak tespitlere göre bazı belgelerin sunulup sunulmamasına karar verme haklarının ellerinden alınmış olduğu da ifade edilmiştir. PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", TBBD, S. 150, Y. 2020, s. 272. Dolayısıyla özellikle yazılı yargılama usulü bakımından bu değişikliğin tam anlamıyla isabetli olduğu kanaatinde değiliz. Aslında bu değişiklik kanaatimizce basit yargılama usulünün mahiyetine daha uygundur.

⁴² Bu konuda ayrıntı için bkz. DİRENİSA, s. 153 vd.; s. 180 vd.

⁴³ TANRIVER, s. 1114.

⁴⁴ Belirtmek gerekir ki basit yargılama usulünde m. 320/1 hükmüne göre "Mahkeme, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir". Ancak kanaatimizce, bu hüküm, dava şartları ve ilk itirazlar gibi, duruşma yapılmaksızın karara bağlanabilecek hususlar bakımından uygulanabilir. Yoksa basit yargılama usulünde, duruşma yapılmaksızın esas hakkında karar verilmesi olanaklı değildir. Kaldı ki, yazılı yargılama usulünde de mahkeme m. 138/1 hükmüne göre öncelikle dava şartları ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir. Demek ki yazılı yargılama usulünde de ancak dava şartları ve ilk itirazlar ön inceleme duruşması yapılmaksızın dosya üzerinden karara bağlanabilir.

söz konusu olmadığı takdirde, m. 320/2'de yapılacağı belirtilen ilk duruşma "ön inceleme" duruşması olacaktır. Duruşmadan söz edildiğine göre, mahkemenin, tarafları, duruşmaya davetiye ile çağıracağı izahtan varestedir. Dolayısıyla, basit yargılama usulünde de taraflar ön inceleme duruşmasına davetiye ile çağrılacağına göre, söz konusu duruşma davetiyesi ile birlikte taraflara, m. 322/1 hükmünün atfı dolayısıyla m. 139/1-ç hükmü uyarınca iki hafta kesin süre verilebilmesi gerekir. Özellikle 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, basit yargılama usulünde tarafları bu olanaktan (haktan) mahrum bırakmanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklik uyarınca basit yargılama usulünde taraflara m. 139/1-ç hükmüne göre iki hafta kesin süre verilmesi, basit yargılama usulün amacı ve mahiyetine aykırı olmadığı gibi usul ekonomisi ilkesine de aykırı olmayacaktır.

Çünkü hem yazılı yargılama usulünde hem de basit yargılama usulünde, ön inceleme aşaması vardır ve ön inceleme duruşmalı yapıldığı takdirde, taraflar duruşmaya davetiye ile çağrılacaktır. Her iki yargılama usulü arasında bu açıdan bir farklılık yoktur. Her iki yargılama usulünde taraflar ön inceleme duruşmasına davetiye ile çağrılacağına göre, yazılı yargılama usulünde taraflara iki hafta süre verilmesine rağmen, basit yargılama usulünde bu sürenin verilemeyeceğini savunmanın haklı ve makul bir gerekçesi bulunmamaktadır. Örneğin her iki yargılama usulünde de ön inceleme duruşması mahkemece bir ay sonraya konulmuş ise, davetiyenin tebliğinden itibaren her iki usulde de taraflara iki hafta kesin süre verilmesi durumunda, bu sürenin, sadece basit yargılama usulü bakımından yargılamayı uzatacağının savunulması haklı ve mantıki değildir. Belki 7251 sayılı Kanunla değişiklik yapılmasından önce bu görüşü savunmanın, usul ekonomisi nedeniyle haklı bir gerekçesi olduğu düşünülebilirdi. Çünkü, eski m. 140/5'e göre iki haftalık süre ön inceleme duruşmasında verilmek-

teydi. Basit yargılama usulünde bu sürenin ön inceleme duruşması aşamasında verilmesinin yargılamayı uzatacağı endişesi bir ölçüde haklı görülebilirdi. Çünkü, basit yargılama usulünde mahkeme kural olarak üç duruşmada karar vermek zorundadır ve duruşmalar arasındaki süre bir aydan daha uzun olamaz (m. 320/2-3). Ayrıca basit yargılama usulünde, ön inceleme ile tahkikat duruşması birlikte yapılabilir (Yönetmelik m. 201/2)⁴⁵. İşte bütün bu hükümler⁴⁶, basit yargılama usulünün amacı ve diğer özellikleri dikkate alındığında, burada taraflara iki hafta süre verilmesinin yargılamayı uzatacağı endişesi bir ölçüde haklı görülebilirdi. Ancak, 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra söz konusu sürenin henüz ön inceleme duruşma davetiyesinin tebliği ile verilecek olması, özellikle başta yargılamanın usul ekonomisi ilkesine aykırı olarak gecikeceği endişesi ve bu konuda ortaya çıkacağı düşünülen diğer endişeleri bertaraf edebilecek niteliktedir. Bu nedenle, kanaatimizce, özellikle 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, basit yargılama usulünün amacı ve özellikleri, m. 139/1-ç hükmünün bu usulde de uygulanmasına engel değildir.

⁴⁵ Gerçi aynı hükme göre yazılı yargılama usulünde de, hâkim ön incelemeyi tamamlayıp gerekli kararları verdikten sonra, aynı duruşmada tahkikata geçerek gerekli kararları verebilir. Ön inceleme ile tahkikat duruşmasının birlikte yapılması hâlinde, yargılama aşamaları tutanakta ayrı ayrı belirtilir.

⁴⁶ Basit yargılama usulünde sadece dava ve cevap dilekçesi verilebilmesi, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçesi verilememesi de haklı bir gerekçe teşkil etmemektedir. Yazılı yargılama usulünden farklı olarak, basit yargılama usulünde tarafların ikinci dilekçelerini verememelerinin, bu yargılama usulünün ihdas amacına ve usul ekonomisi ilkesine uygun olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Kaldı ki doktrinde, basit yargılama usulünde tarafların sadece dava ve cevap dilekçesi verebilmelerinin, tarafların bu dilekçelere cevap veremeyeceği ve delil sunamayacağı anlamına gelmediği; aksine tarafların bu dilekçelere cevap verme ve cevapları ile sınırlı olarak delil sunma hakkına da sahip olması gerektiği ifade edilmektedir (ER-DÖNMEZ, s. 46-47). Demek ki basit yargılama usulünde sadece birer kez dilekçe verilebiliyor olması, m. 139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde uygulanmasına engel değildir. Kaldı ki, m. 139/1-ç hükmüne göre verilecek iki haftalık kesin sürenin, dilekçeler aşaması tamamlandıktan sonra, ön inceleme duruşması davetiyesinin tebliği ile verileceğini, bu açıdan konunun tarafların kaç defa dilekçe verebilecekleri ile çok da bağlantılı olmadığını belirtmek gerekir.

Kaldı ki delillerin gösterilmesi ve sunulması ispat hakkıyla çok yakından ilgili bir husustur. Hatta doktrinde ispat hakkı, delilleri ikame hakkı olarak dahi nitelendirilmiştir⁴⁷. İspat hakkı, her şeyden önce, tarafların ellerinde bulunan ispat araçlarını, hakim tarafından uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınması amacıyla mahkemeye sunabilmeleri anlamına gelmektedir⁴⁸. Gerçekten de ispat hakkının en önemli güvencelerinden birisi delil sunma hakkı olup, delillerin ibrazına ilişkin bazı süre sınırlamalarının getirilmesi en başta ispat hakkının sınırlanması olarak anlaşılabilir⁴⁹. Uyuşmazlığa ilişkin bilgi kaynağı niteliğinde olan delillerin, yargılamaya getirilmesine belirli bir aşamadan sonra izin verilmemesi, temelde ispat hakkının sınırlanması anlamını taşır⁵⁰. Kuşkusuz ispat hakkı da sınırsız bir hak değildir. Bu hakka getirilen sınırlamaların meşru ve anayasal temelleri vardır. Ancak, makul sürede yargılanma hakkı, usul ekonomisi ilkesi ve teksif ilkesi temelinde getirilen sınırlamaların ispat hakkını ihlal etmemesi için, ölçülü olması gerekir⁵¹. Ayrıca, hakim, belli sebeplerle, bir delilin ikamesi konusunda bir sınırlamaya gidebilirse de, bu imkanın Kanunda açık şekilde gösterilmesi ve hakimın böyle bir durumda, vereceği kararın gerekçesini göstermesi gerekir⁵². Bu açıklamalara göre, kanaatimizce, basit yargılama usulünde, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri ancak mahkemeye sunmadıkları delilleri sunabilmeleri amacıyla iki haftalık kesin süre verilmemesi, ispat hakkına getirilen ve ölçülü olmayan bir sınırlama teşkil edecektir.

⁴⁷ Bkz. TORAMAN, s. 1505.

⁴⁸ TORAMAN, s. 1505.

⁴⁹ ÇİFTÇİ, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara, 2018, s. 277.

⁵⁰ ÇİFTÇİ, İspat Hakkı, s. 277.

⁵¹ ÇİFTÇİ, İspat Hakkı, s. 277.

⁵² TORAMAN, s. 1505.

Delil sunma hakkı, açıklama ve ispat hakkı boyutuyla hukuki dinlenilme hakkı bakımından da önemlidir. Zira açıklama hakkının önemli bir kısmını da ispat ve deliller oluşturur. İspat edilmeyen vakıa davaya esas alınamayacağı için, ispat faaliyeti de vakıalarla birlikte açıklama hakkından ayrı düşünülemez⁵³. İspat ve delil hakkı, hukuki dinlenilme hakkının gereğidir, bu haklar hukuki dinlenilme hakkından kural olarak ayrı düşünülemez⁵⁴. Kuşkusuz ispat ve delil hakkı, hukuki dinlenilme hakkının ayrılmaz bir parçası ise de bu konuda kanundan ve kanunun verdiği yetkiyle mahkeme tarafından getirilen sınırlamalar, her zaman hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılamaz. Ancak bu noktada önemli olan getirilen sınırlamaların hukuki dinlenilme hakkına da aykırı olup olmadığı veya hukuki dinlenilme hakkını da ortadan kaldıracı bir nitelik taşıyıp taşımadığıdır. Dolayısıyla, tarafların delil gösterme hakları ortadan kaldırılır, gereğinden fazla sınırlanır, hukuki dinlenilme hakkıyla bağdaşmayan yasaklar getirilir ya da gösterdikleri deliller incelenmeden karar verirse, hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmiş sayılacaktır⁵⁵. İspat faaliyeti ve delillerin ibrazına ilişkin süreler konulması ve bu konuda bazı sınırlamalar getirilmesinin başlı başına hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılmayacağı kabul edilmektedir. Yine teksif ilkesi ve usul ekonomisi ile bağlantılı olarak getirilen sınırlamalar da hukuki dinlenilme hakkına aykırı sayılmamaktadır⁵⁶. Ancak bu konuda taraflara kanun çerçevesinde yeterli fırsatın da verilmesi gerekir. Bu açıklamalar çerçevesinde kanaatimizce, basit yargılama usulünde de taraflara dilekçelerine gösterdikleri ancak henüz sunmadıkları delilleri su-

⁵³ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 2003, s. 123; ayrıca bkz. ÇİFTÇİ, İspat Hakkı, s. 233 vd.

⁵⁴ ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 125.

⁵⁵ ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 126.

⁵⁶ ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 127.

nabilmeleri amacıyla iki hafta kesin süre verilmesi hukuki dinlenilme hakkı bakımından daha isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Kanaatimizce, delillerin sunulması bakımından teksif ilkesinin de burada çok katı bir şekilde uygulanmaması gerekir⁵⁷. Zira, delil sunma hakkı biraz önce de ifade edildiği üzere ispat hakkı ile ilgilidir ve gerçekten de "hukuk demek ispat demektir". Delil⁵⁸, iddia ve savunmanın ispatına yarayan araçtır. Bir taraf gerçekte ne kadar haklı olursa olsun, ileri sürmüş olduğu hakkını (duruma göre savunmasını) ancak kanunda öngörülen delillerle ispat edebildiği takdirde, davanın lehine karara bağlanmasını sağlayabilir. Dolayısıyla, iddia ve savunma dahilinde olan delillerin ibrazına, mümkün olduğunca izin vermek gerekir⁵⁹. Kuşkusuz teksif ilkesi usul ekonomisine hizmet etmekle birlikte, bu ilkenin çok katı bir şekilde uygulanması, ispat (ve hukuki dinlenilme hakkını) ihlal edebilecektir⁶⁰. Uygulamada davaların çok basit nedenlerle ve gereksiz sebeplerle uzadığı bilinmektedir. Bu gerçek dikkate alındığında, sırf taraflara delil sunmak için sadece iki hafta süre verilmesinin yargılamayı uzatacağı endişesi çok da haklı bir gerekçe teşkil etmemektedir.

SONUÇ

Basit yargılama usulü, Kanunda oldukça kısa bir şekilde düzenlenmiştir. Bu usulde ayrıca düzenlenmeyen hususlarda, yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerin uygulanacağı şeklinde bir atıf hükmüyle (m. 322/1) yetinilmiştir. Kanun koyucu, delillerin

⁵⁷ Bu konuda bkz. YILDIRIM, Mehmet Kâmil, "Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Ergun ÖNEN'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 477.

⁵⁸ Bu konuda bkz. ATALAY, Oğuz, "Delil Kavramı Üzerine", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara, 2009, s. 129-139.

⁵⁹ ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme, s. 119.

⁶⁰ Delillerin sunulması hususunda her iki yargılama usulünde taraflara eşit şans verilmesi silahların eşitliği ilkesinin de bir gereğidir. Delillerin toplanmasının, silahların eşitliği ilkesiyle ilişkisi hakkında bkz. HANAĞASI, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara, 2016, s. 396 vd.

gösterilmesi ve sunulması bakımından da basit yargılama usulünde ayrıntılı düzenlemeler yapmamıştır. Dolayısıyla delillerin gösterilmesi ve sunulması hususunda da m. 322/1'deki atıf nedeniyle (hakkında düzenleme bulunmayan hususlarda) yazılı yargılama usulünün uygulanması gerekir. Kanaatimizce basit yargılama usulünde, tarafların dilekçelerinde gösterdikleri ancak henüz mahkemeye sunmadıkları delilleri sunabilmeleri hususunda m. 318 hükmünde sınırlayıcı tarzda özel bir düzenleme yapılmamıştır. Ayrıca m. 318'de yapılan düzenlemede kanun koyucu, m. 139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde uygulanması hususunda kasıtlı bir susma içinde de değildir. Diğer bir ifadeyle, kanun koyucu m. 318 hükmünde bu konuda bir düzenleme yapmamakla, m. 139/1-ç hükmünün basit yargılama usulünde uygulanmasını istememiş (bu hususu adeta susarak yasaklamış) değildir. Aksine kanaatimizce, kanun koyucu m. 318 hükmünde sadece düzenleme yapmak istediği kadar bir düzenleme yapmış, diğer hususları m. 322/1'deki atıf hükmünün uygulamasına bırakmıştır. Dolayısıyla yukarıda açıklanan nedenlerle m. 322/1 deki atıf hükmü uyarınca, yazılı yargılama usulüne ilişkin m 139/1-ç hükmü basit yargılama usulünde de uygulanabilmelidir. Aksine düşüncenin, tarafları bu olanaktan mahrum bırakmanın, özellikle 7251 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Taraflar bakımından iki yargılama usulü arasında bu şekilde bir ayırım yapılması, silahların eşitliği, hukuki dinlenilme hakkı ve ispat hakkı gibi bazı yargısal hak ve ilkelerle de bağdaşmamaktadır. Kuşkusuz önemli olmakla birlikte, usul ekonomisi ilkesi, her zaman diğer bazı yargısal hak ve ilkelerin göz ardı edilmesine adeta genel bir gerekçe teşkil etmemelidir. Bu konuda tarafların ispat hakkına üstünlük tanınmasını esas alan bir yaklaşım daha isabetli olacaktır.

KAYNAKLAR

- AKKAYA, Tolga, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Hasredilmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Eskişehir, 2003.
- ARSLAN, Ramazan, "Dava ve Cevap Dilekçelerinin Hazırlanması ve Ön İnceleme", Bankacılar Dergisi, S. 80, Y. 2012, s. 67-82.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Se-ma/HANAĞASI, Emel, Medeni Usul Hukuku, Baskı 6, Ankara, 2020,
- ATALAY, Oğuz, "Delil Kavramı Üzerine", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara, 2009, s. 129-139.
- ATALAY, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001.
- ATALI, Murat, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, C. III, Baskı. 15, İstanbul, 2017.
- BİLGİÇ, Hasan Basri, Medeni Usul Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2018.
- BOLAYIR, Nur, Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü, İstanbul, 2014.
- BÖRÜ, Levent, İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara, 2016.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medeni Usul Hukuku, Baskı 4, Ankara, 2020.
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel, Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, 2.Baskı, Ankara 2012.
- ÇİFTÇİ, Pınar, "Boşanma Davalarında Delillerin Gösterilmesi ve İbrazına İlişkin Güncel Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararlarının (Önemli Bir İçtihat Değişikliğinin) Değerlendirilmesi", DEÜHFD, C. 20, S. 1, 2018, s. 15-61.
- ÇİFTÇİ, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara, 2018 (ÇİFTÇİ, İspat Hakkı).
- DİRENİSA, Efe, Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması, Baskı 1, İstanbul, 2021.

- EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Baskı 6, Ankara, 1997.
- ERDÖNMEZ, Güray: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı", İBD C. 87, S. 5, 2013, s. 15-53.
- GÖRGÜN, Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, Baskı 9, Ankara, 2020.
- HANAĞASI, Emel, Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği İlkesi, Ankara, 2016.
- KARSLI, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Baskı 5, İstanbul, 2020.
- KIRCA, Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama" AÜHF, C. 50, S. 1, 2001, s. 91-119.
- KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, C. II, Ankara, 2020.
- KURU, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Baskı 3, Ankara, 2019.
- ÖZÇELİK, Volkan, Türk Medeni Usul Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi, Ankara, 2020.
- ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 2003 (ÖZEKES, Hukuki Dinlenilme).
- ÖZEKES, Muhammet, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", DEÜHF 2014, C. XVI, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, C.1, İzmir, 2015, s. 263-300.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", TBB, S. 150, Y. 2020, s. 247-299.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Baskı 8, İstanbul, 2020.

- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, Baskı 5, İstanbul 2014.
- SUNAR, Gülcan, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının Basit Yargılama Usulüne İlişkin Hükümleri Üzerine Düşünceler", Prof. Dr. Yavuz Alangoya için Armağan, İstanbul-2007, s. 257-281.
- TANRIVER, Süha, Medeni Usul Hukuku, C. 1, Baskı. 2, Ankara, 2018.
- TORAMAN, Barış, "Medeni Usul Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Y. 2015, s. 1483-1523,
- ULUKAPI, Ömer/YARDIMCI, Taner Emre, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 483-507, Basım Yılı: 2015, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 483-507.
- ULUKAPI, Ömer/YARDIMCI, Taner Emre, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 483-507, Basım Yılı: 2015, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s. 483-507.
- YARDIMCI, Taner Emre, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul, 2017.
- YAVAŞ, Murat, "Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN'a Armağan C. 21, S. 2, Y.2015, s. 741-761.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil, "Teksif ve Sözlülük İlkeleri Açısından Yargılama Usulleri Hakkında Düşünceler", Prof. Dr. Ergun ÖNEN'e Armağan, İstanbul,2003, s. 467-491.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt. 4, Baskı 4, Ankara, 2021.

YILMAZ, Ejder, Medeni Yargılama Hukukunda Islah, Baskı 5, Ankara, 2021.



SHARENTING VE VELAYET HAKKININ SINIRLARI

Arş. Gör. Dr. Ayça ZORLUOĞLU YILMAZ*

Öz

İnternetin hızlı gelişimi sonucu sosyal medya platformlarının artışı tümüyle yeni istismar türlerinin de kapısını aralamıştır. Hem ana babaların hem de çocukların sosyal medya platformlarına erişimi kolaylaşmıştır. Sosyal medya platformlarında yapılan paylaşımların kontrolü zor olduğundan dolayı ihlaller de daha kolay gerçekleşmektedir. Bazı hallerde bu ihlaller üçüncü kişiler tarafından yapılmaktadır. Bazı hallerde ise ana babalar farkında dahi olmaksızın çocuklarına sosyal medya paylaşımları yoluyla zarar verebilmektedirler. Bu duruma sharenting adı verilmektedir. Problemin ana temeli, aslında bireylerin sosyal medyaya ilişkin gereği kadar bilgi sahibi olmamaları ve çocuklara ilişkin bu paylaşımların normalleştirilmesidir. Bu sayede aileler çocuklarının günlük aktivitelerini, rutinlerini, yaşadıkları yeri farkında dahi olmaksızın ifşa etmekte ve istemeden de olsa çocuklarını istismar tehlikesi ile karşı karşıya bırakmaktadırlar. Bu konu hakkında farkındalık yaratılmalı ve doğan hukuki sorunlara çözüm önerileri getirilmelidir.

Anahtar Kelimeler

Sharenting • Velayet • Çocuk • Dijital Kaçırma • Sosyal Medya

* Arş. Gör. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Res. Asst. PhD, Hacettepe University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

✉ aycazorluoglu@gmail.com • ORCID 0000-0001-7250-4097

📖 **Atıf Şekli** 📖 **Cite As:** ZORLUOĞLU YILMAZ Ayça, "Sharenting ve Velayet Hakkının Sınırları", *SÜHFD.*, C. 29, S. 4, 2021, s. 3383-3417.

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

SHARENTING AND LIMITS OF CUSTODY

Abstract

The increase in social media platforms as a result of the rapid development of the Internet has opened the door to completely new types of abuse. Access to this technology has become easier for both parents and children. Since it is difficult to control the shares made on social media platforms, violations are also easier. In some cases, these violations are committed by third parties, while in some cases, parents may harm their children through social media posts without even realizing it. This situation is called sharenting. The main basis of the problem is that individuals do not have enough information about social media and the normalization of these shares about children. In this way, families unwittingly reveal their children's daily activities, routines and place of residence, and unintentionally expose their children to the danger of abuse. Awareness should be raised on this issue and solutions should be offered to the legal problems that arise.

Key Words

Sharenting • Custody • Child • Digital Kidnapping • Social Media

GİRİŞ

Teknolojinin gelişimi sonucu sosyal medya kullanımının hızla artışı ile ebeveynler en kıymetli varlıkları olarak gördükleri çocuklarına ilişkin pek çok paylaşım yapmaktadırlar. Fakat ana babalar, çocukları henüz doğmadan önce onlar adına açtıkları sosyal medya hesapları ve bu hesaplarda paylaşılan ultrason fotoğrafları yoluyla, farkında dahi olmaksızın çocuklarının bir dijital ayak izine sahip olmasına yol açmaktadırlar. İnternet ve buna bağlı olarak sosyal medyanın kullanımının yaygınlaşması ile bu araçların bilinçsiz kullanımı sorunları ortaya çıkmıştır. Kendini koruyamayacak durumda olan çocukların kişilik hakkı, çoğu zaman bunun farkında bile olmayan aileleri tarafından, sosyal medya araçları vasıtasıyla ihlal edilebilmektedir. Özellikle pandemi döneminde, ailelerin ve çocukların evde daha uzun birlikte zaman geçirmeleri, bu paylaşımların da sayısını arttırmıştır. Ebeveynler fotoğraf ve video paylaşımına uygun olan platformlar

aracılığıyla kendilerinin ve çocuklarının günlük aktivitelerini, rutinlerini, özel günlerini, yaşadıkları yeri, adeta hayatlarının her noktasını detaylıca yayınlamaktadırlar. Hatta ebeveynler, kendi çocuklarını örnek olarak göstermek suretiyle yaptıkları sosyal medya paylaşımları vasıtasıyla gelir elde etmeye çalışmaktadırlar. Bu eylem, potansiyel olarak gelir elde etmenin yanı sıra anne babalara, kendileri ile benzer durumda olan ailelere ulaşma ve iletişim kurma, hatta bazı durumlarda dayanışma imkânı gibi avantajlar da sağlamaktadır.

Anne babaların, çocukları üzerinde velayet hakkı bulunmaktadır. Fakat velayet bir hak olduğu kadar, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Buna göre ana baba, çocuğun kişilik hakkının korunması ve geliştirilmesi, malvarlığı haklarının korunması için gereken her türlü özeni göstermekle yükümlüdür. Çocuk ile ilgili karar alırken, çocuğun üstün yararının gözetilmesi zorunludur. Bu hak ve yükümlülük hem Anayasa hem Türk Medeni Kanunu hem de Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi ile korunma altına alınmıştır. Anne babalar, bilinçsizce yaptıkları sosyal medya paylaşımları ile çoğu zamanda farkında bile olmaksızın çocuklarının mahremiyetini, kişilik hakkını ve unutulma hakkını ihlal edebilmektedirler. Hatta bu paylaşımları ile çocuklarını adeta ucu bucağı bilinmez bir sanal ortam olan sosyal medyada ifşa etmekte ve çocuklarını istismar edilme tehlikesi ile karşı karşıya bırakabilmektedirler. Fotoğraf ve video paylaşımı imkânı sunan sosyal platformlar aracılığıyla çocuğun kişisel verisi niteliğinde olan görüntüsü ve sesi, başka kullanıcılar tarafından kopyalanmakta, kesilip yapılandırılmak suretiyle değiştirilmekte ve kontrolsüz olarak başka platformlarda paylaşılmaktadır.

Çalışmamızda, konu üç ana başlık altında ele alınmıştır. İlk olarak sharenting kavramı üzerinde durulmuş ve bu eylem sonucu doğabilecek potansiyel tehlikelere işaret edilmeye çalışılmıştır. İkinci başlıkta ana babanın velayet hakkı ve bunun sınırları değerlendirilmiş, bu kapsamda da çocuğun üstün yararı, çocuğun kişilik hakkı ve mahremiyetine değinilmiştir. Üçüncü başlıkta ise çocuğun haklarının sharenting eylemi sonucunda ihlal edilmesi sebebiyle başvurulabilecek hukuki yaptırımlar üzerinde durulduktan sonra bu hukuki korumaların yanı sıra son olarak

çocuğun kişilik hakkını ve mahremiyetini sosyal medya aracılığıyla ihlal etmemek için alınabilecek önlemlere yer verilmiştir.

I. SHARENTING KAVRAMI ve DOĞABİLECEK HUKUKİ PROBLEMLER

A. SHARENTING KAVRAMI

Sosyal medya araçları ile ehliyetsiz durumda olan bir çocuğun hakları ebeveynleri veya üçüncü kişiler tarafından fotoğraf ve video paylaşımı yoluyla ihlal edilebilmektedir. Ana babanın, çocuklarına ait fotoğraf ve videoları sosyal medya araçları aracılığıyla yayınlamasına, literatürde “share” ve “parent” sözcüklerinin birleştirilmesiyle oluşmuş yeni bir kavram olan “sharenting” adı verilmektedir. Aileler, her ne kadar bu paylaşımları kapalı hesapları yoluyla doğrudan kamuya açık olarak değil, fakat sınırlı bir çevreye duyurduklarını düşünseler dahi, ilerleyen teknoloji ile gelişen kopyalama ve saklama uygulamaları ile bu paylaşımlar depolanabilmekte ve ihlale konu olabilmektedir¹.

Sosyal medya uygulamalarının artışı ile sharenting de günden güne katlanarak artmaktadır. Çocuk henüz doğmadan dahi, adına sosyal medya hesapları açılmakta, yapılan her paylaşım ile çocuğa ilişkin yeni dijital ayak izi meydana getirilmektedir. Bu yapılan paylaşımlarda çocuklarının yüzlerinin görünmesine de büyük oranda dikkat edilmemektedir².

Ebeveynlerin çocuklarına ilişkin ses ve görüntü paylaşımları zaman içerisinde çocuğun günlük hayatının tümünü ifşa eden, süreklilik taşıyan

¹ SERÇEMELİ, Ceyhun, “Ebeveynlerin Sosyal Medyadaki “Over-Sharenting” Davranışlarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi”, TURAN-SAM Uluslararası Bilimsel Hakemli Dergisi; p-ISSN: 1308-8041, e-ISSN: 1309-4033; Yıl: 2020; Ay: Aralık; Cilt: 12/SONBAHAR, Sayı: 48, s. 229- 237, s. 230.

² Araştırmada, Instagram adı verilen uygulama içerisinde “okul öncesi” etiketi ile yapılan son 500 paylaşımın 236 adedinde, başka bir deyişle %47,2’de çocukların yüzlerinin görüldüğü tespit edilmiştir. Bu araştırma için bkz. KESİCİOĞLU, Oğuz Serdar, “Instagramda “Okul Öncesi” Etiketiyile Yapılan Paylaşımların İncelenmesi”, 6. Uluslararası Okul Öncesi Eğitimi Kongresi Tam Metin Bildiri Kitabı, 30 Aralık 2019, Kars, s. 531- 538, 533; SERÇEMELİ, s. 231.

bir hal alabilir. Bu noktada doktrinde karşımıza “over-sharenting” kavramı çıkmaktadır. Over- sharenting kavramı ise, ebeveynlerin çocuklarına ilişkin ses ve görüntüleri sıklıkla ve aşırı paylaşımları halini ifade etmektedir. Her bir paylaşım, çocuğun mahremiyet alanını ihlal etme tehlikesini de arttırmaktadır. İnternet kullanımının yaygınlaşması ile ailelerin çocuklarına yönelik bu paylaşımları da artmaktadır. Hatta aileler, birbirlerinden etkilenererek bunu o denli sıklıkta yapmaktadırlar ki, bu durumun doğurabileceği tehlikeler ihmal edilerek, normal olanın bu olduğu anlayışı yaygınlaşmaktadır. Örneğin aileler; çocukları çıplak iken veya üzerlerinde sadece çamaşırları veya bebek bezleri bulunduğu bir sırada veyahut ağladıkları bir durumdayken görüntülerini çekebilmektedirler ve ileride çocukları utandırabilecek bu nitelikteki hassas içerikleri kamuya açık bir şekilde paylaşabilmektedirler. Bu nesilden önceki hiçbir nesil bu denli geniş bir dijital ayak izi ile yetişmediğinden, ileride bu durumun çocuklar üzerinde yaratabileceği olumsuz etkiler de tam anlamıyla kestirilememektedir. Bu veri ailenin ilk paylaşımındaki amacını aşarak, istenenden çok daha geniş kitlelere ulaşabilir ve viral halini alabilir. Şöyle ki, dijital ortama bir kez verilen veri, kullanıcı tarafından sonradan silinse dahi, bu dijital uygulamaların yapısı ve dahası paylaşmaya ve saklamaya izin veren özellikleri sonucu hiçbir zaman tümüyle ortadan kalkmayabilir. Uzun yıllar sonra dahi, bu paylaşımın yapılması hususunda hiçbir söz hakkı bulunmayan çocuğun karşısına çıkarak, onun kişilik hakkını ihlal edebilir³.

B. SHARENTING SONUCU DOĞABİLECEK HUKUKİ PROBLEMLER

Sharenting sonucu ses ve görüntüsü paylaşılan çocuklar birçok potansiyel tehlike ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Çocuğu ait ses veya görüntünün internette paylaşılması sonucu ilk olarak çocuklar istismar tehlikesi altında kalabilirler. Bu istismar; cinsel istismar niteliğinde

³ SERÇEMELİ, s. 232; ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Çocukların Kişisel Verilerinin Sosyal Medya Aracılığıyla İşlenmesi”, Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Editörler: UYUMAZ, Alper /AKÇAAL, Mehmet / TÜZEMEN ATİK, Ebru, Nobel Akademik Yayıncılık, s. 303- 328, s. 316.

olabileceği gibi duygusal, fiziksel veya ekonomik istismar şeklinde de ortaya çıkabilir. UNIFEC'in 2010 yılında "Türkiye'de Çocuk İstismarı ve Aile İçi Şiddet Araştırması Özet Raporu"nda da yer aldığı üzere, Dünya Sağlık Örgütü'nün raporuna göre çocuk istismarı; bir yetişkin -ki çocuğun ailesi de bu kapsama dahildir- bir toplum veya ülke tarafından kasten veya ihmal yoluyla çocuğun sağlığını ve fiziksel gelişimini olumsuz yönde etkileyen davranışlardır⁴. Aile farkında dahi olmaksızın çocuğun ses ve görüntüsünü sosyal medyada paylaşmak suretiyle çocuğun aslında mahremiyet alanını da kamuya açmaktadırlar. Aile her ne kadar bu paylaşımı kapalı hesapları yoluyla, örneğin sadece aile fertlerinin veya yakın aile dostlarının ya da çocuğun sınıf arkadaşlarının bulunduğu bir gruba yapsa dahi, bu istismar tehlikesini tümüyle bertaraf edememektedir. Şöyle ki, sosyal medya uygulamalarında bulunan kopyalama, saklama ve paylaşma imkanları sayesinde kapalı bir gruba gönderilen veri dahi üçüncü kişiler tarafından herkes ile paylaşılabilir. Dahası yapılan araştırmalara⁵ göre istismar vakalarının %80'inde fail, mağdur çocuğun tanıdığı bir kimse olmaktadır. Duygusal istismar bakımından ise, özellikle kamuya açık olarak yapılan paylaşımlarda üçüncü kişilerin çocuğa ilişkin olumsuz bir tutum içerisinde, onu üzecek veya küçük düşürecek mahiyetteki yorum ve değerlendirmeleri de bir siber zorbalık örneği olarak çocukta psikolojik zarar doğurabilir⁶.

4 T.C. Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu/ UNIFEC; "Türkiye'de Çocuk İstismarı ve Aile İçi Şiddet Araştırması Özet Raporu", 2010, https://www.unicef.org/turkey/sites/unicef.org.turkey/files/2019-02/cocuk-istismari-raporu-tr_1.pdf, (Erişim Tarihi: 24.06.2021), s. 7.

5 ÇÖPÜR, Mazlum/ ÜNERİ, Özden Şükran/ AYDIN, Erkan/ BAHALI, Mustafa Kayhan/ TANIDIR, Canan/ GÜNEŞ, Hatice/ ERDOĞAN, Ayten, "İstanbul İli Örneğinde Çocuk ve Ergen Cinsel İstismarlarının Karakteristik Özellikleri", *Anadolu Psikiyatri Dergisi*, 2012; Sayı: 13, s. 46-50, s. 49.

6 UZUN, Sevede, "Velayet Hakkı Bağlamında Çocuğun Görüntüsünün Sosyal Medyada Paylaşılması ve Ortaya Çıkabilecek Hukuki Meseleler", [http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/Cocugun%20Goruntusunun%20Sosyal%20Medyada%20Paylasilmasina%20Dair%20Hukuki%20Meseleler%20\(S.Uzun\).pdf](http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/Cocugun%20Goruntusunun%20Sosyal%20Medyada%20Paylasilmasina%20Dair%20Hukuki%20Meseleler%20(S.Uzun).pdf), (Erişim Tarihi: 22.06.2021), s. 10, 11.

Sharenting eyleminin bir diğer sakıncası, çocuğa ait görüntü ve sesin özellikle çocuklara ilişkin etiketler ile sosyal medya hesaplarına yüklenmesi halinde, bunun pedofili veya çocuk pornografisine ilişkin olarak kullanılabilmesidir. Örneğin, Kanada Çocuk Koruma Merkezi⁷ ve Avusturalya Çocuk E- Koruma Komiseri⁸, çocukların jimnastik yaparken veya sosyal medya sitesinde modellik yaparken çekilen fotoğraflarının, pornografik amaçlarla kullanılabilirdiği hususunda aileleri uyarılmışlardır. Bir diğer olayda bir büyük anne ve büyük baba, torunlarının fotoğrafını kamuya açık şekilde Facebook'a yüklemişler, bir süre sonra çocuğun annesi bu fotoğrafın pedofili ile ilintili bir sayfada yer aldığını tespit etmiştir⁹.

Sharenting sonucunda çocuğun paylaşılan sesi veya görüntüsü, üçüncü kişiler tarafından kopyalanabilmekte, bir başka deyişle çalınabilmekte, bu veriler üzerinde değişiklik yapılarak veya değişiklik yapılmaksızın başka mecralarda yayınlanabilmektedir. Hatta bu verileri izinsiz olarak kopyalayan kişiler, çocuklar ile ilgili içeriklerin daha çok rağbet gördüğü sosyal medya ortamlarına girerek, adeta ses ve görüntüsünü kopyaladıkları çocukların ebeveynleri gibi davranabilmektedirler. Bu sayede tanınır olmaya ve gelir elde etmeye çalışmaktadırlar. Teknoloji, internet ve sosyal medyanın gelişimi ile ortaya çıkan bu yeni ihlal türüne literatürde “dijital kidnapping” yani”

⁷ KIRKEY, Shirley, “Do You Know Where Your Child’s Image Is? Pedophiles Sharing Photos From Parents’ Social Media Accounts”, <https://nationalpost.com/news/canada/photos-shared-on-pedophile-sites-taken-from-parents-social-media-accounts>, (Erişim Tarihi: 24.06.2021).

⁸ BATTERSBY, Lucy, “Millions Of Social Media Photos Found On Child Exploitation Sharing Sites”, <https://www.smh.com.au/national/millions-of-social-media-photos-found-on-child-exploitation-sharing-sites-20150929-gjxe55.html>, (Erişim Tarihi: 24.06.2021).

⁹ The Telegraph, “Parents discover children’s Facebook photos on Russian paedophile website”, 13.01.2015, <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/crime/11342175/Parents-discover-childrens-facebook-photos-on-Russian-paedophile-website.html>, (Erişim Tarihi: 24.06.2021); YAVUZ, Can, “Sosyal Medya Ebeveynliği ve Çocukların Unutulma Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2020, s. 15-51, s. 25.

dijital çocuk kaçırmaya” denilmektedir¹⁰. Bu, son yıllarda hızla çoğalan ve çocukları hedef alan bir kimlik hırsızlığı yöntemidir. Bu yöntemde, çocukların fotoğrafları kullanılarak tümüyle yeni kimlikler yaratılmaya çalışılmaktadır. Özellikle okul yılı başlangıcında birçok aile çocuğunun tam adı, gittiği okul, sınıf, öğretmeni açık olacak şekilde veya ev kapısı önünde evin, sokağın numarası ve adı belli olacak şekilde paylaşım yapabilmektedir. Tüm bu veriler dijital çocuk kaçırma faillerinin çocuğun kim olduğunu ve nerede yaşadığını tespit edebilmesini kolaylaştıran ve çocuğu savunmasız bırakan hallerdir¹¹.

Sharenting eyleminin yaygınlaşması ile çocukların karşılaşılabilecekleri bir diğer hukuki sorun ise, internete yüklenen çocuk fotoğraflarının yüz tanıma sistemleri tarafından, ara yüzü geliştirmek için kullanılmasıdır. Ailelerin gizli hesaplarına yükledikleri fotoğraflar dahi, izinsiz olarak yüz tanıma sistemlerinin geliştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılabilir. Bu çerçevede Flickr isimli fotoğraf sitesine yıllar önce yüklenen pek çok fotoğrafın MegaFace veri bankasında kullanıldığı ileri sürülmektedir¹².

II. ANA- BABANIN VELAYET HAKKI ve SINIRLARI

A. VELAYET HAKKININ KAPSAMI

Velayet hakkı, Türk Medeni Kanunu md 335 vd hükümlerinde düzenlenmektedir. Velayet; ana ve babanın çocuğun sağlıklı gelişimi, bakımı ve eğitimi için gerekli kararları alıp uygulamasını, çocuğun mallarının yönetilmesini ve temsilini içeren haklar ve yükümlülüklerin tümünü kapsamaktadır. Velayet hakkının temelinde çocuğun maddi ve

¹⁰ UZUN, s. 10, 11.

¹¹ BEARAK, Steven, “Digital Kidnapping: What It Is and How to Keep Your Kids Safe on Social Media, Digital kidnapping is growing rapidly, here’s what you need to know”, <https://www.parentmap.com/article/kidnappers-kids-photos-digital-kidnapping-social-media>, (Erişim Tarihi: 24.06.2021).

¹² HILL, Kashmir/ KROLIK, Aaron, “How Photos of Your Kids Are Powering Surveillance Technology, Millions of Flickr images were sucked into a database called MegaFace. Now some of those faces may have the ability to sue.”, <https://www.nytimes.com/interactive/2019/10/11/technology/flickr-facial-recognition.html>, (Erişim Tarihi: 24.06.2021); YAVUZ, s. 20- 25.

manevi varlığının korunması yatmaktadır. Velayet hakkının kapsamını düzenleyen TMK md 339 hükmünde de ana ve babanın çocuğun bakımı ve eğitimi konusunda onun menfaatini nazara alarak karar vermeleri gerekliliği yer almaktadır. Bu bağlamda velayet hem bir hak hem de yükümlülüktür¹³. Velayet ana babanın çocuğun hayatını tümüyle otoriter bir şekilde yönetmesi değil, çocuğu bireyselleşmesi yolunda yönlendirmesidir. Bu çerçevede ana baba, çocuğun yaşına, ayırt etme gücüne göre karar almasına izin vermeli ve bu kararlara saygı duymalıdır. Önemli konularda çocuğun da fikri alınmalıdır.

Ana baba, velayet hakkını kullanırken, temel hedef çocuğun üstün yararının gözetilmesi ve korunmasıdır. Çocuğun korunması; çocuk mallarının ve daha da önemlisi çocuğun kişiliğinin korunmasıdır. Ana baba ve çocuk arasındaki ilişkide, taraflar eşit konumda değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle çocuğun kişilik hakkı da ana babanın kişilik hakkı ile eş değerdedir. Fakat çocuk, zihinsel, fiziksel, sosyal ve ekonomik durumu gereği korunmaya ve eğitime muhtaç bir

¹³ SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, s. 250; AKYÜZ, Emine, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara, 2000, s. 236; AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2016, s. 223; GÜLTEKİN, Esra, “Çocuğun Kişilik Hakkının Ana-Baba Tarafından Sosyal Medya Aracılığıyla İhlalinin Hukuki Görünümü”, Çocuk ve Medeniyet, Sayı: 1, 2018, s. 103- 143, s. 108, 109; UZUN, s. 1-2; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015, s.1074, 1075; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, M. Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2018, s. 354; AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Aile Hukuku, İstanbul, 2016, s. 406. Eskiden daha otoriter bir yapı olarak görülen velayet hakkı kavramı, zaman içerisinde sosyal yapının gelişmesi ile değişime uğramıştır. Bu değişim velayete ilişkin kavramların da değişmesine yol açmıştır. Değişen sosyal yapı içerisinde çocuklar, artık korunması gereken, kendilerine ait duygu ve düşünceleri olan, olgunluğu ölçüsünde kendi hayatı üzerinde söz hakkı bulunan, düşünce ve kararlarına değer verilen birer birey olarak kabul edilmektedir. Bu değişimin bir görünümü olarak Alman hukukunda önceleri velayete karşılık olarak kullanılan ve ebeveyn otoritesi olarak çevrilebilecek “elterliche Gewalt” kavramı, ana babanın bakım ve gözetim yükümlülüğüne işaret eder şekilde “elterliche Sorge” olarak değiştirilmiştir. Benzer bir yaklaşım İngiliz hukukunda da ifadesini bulmaktadır. Çocuk Kanunu’nda önceleri ana babanın hak ve yükümlülüklerine vurgu yapacak şekilde “parental rights and duties” olan kavram, odağı çocuklara çevrilerek “responsibility of children” olarak değiştirilmiştir. GÜLTEKİN, s. 108.

bireydir. Özellikle küçük çocuklar, kendi hak ve menfaatlerini tek başlarına koruyamazlar. Bu sebeple ana babanın velayetin getirdiği yükümlülükler kapsamında çocuğu korumaları gerekir¹⁴. Ancak zaman zaman çocuğun hakları ile ana babanın hakları çatışabilir. Bunun en tipik örneklerinden biri sharenting halinde ortaya çıkmaktadır. Ana babaların bu paylaşma davranışının altındaki saikin, ebeveyn olarak kendilerini ifade etme yolu olduğu ileri sürülmektedir¹⁵. Fakat bu paylaşma davranışının istismar halini alması durumunda, çocuk doğasının getirdiği zayıf yapısı sebebiyle ana baba tarafından gerçekleştirilen bu istismarla mücadele edebilecek durumda değildir. Bu durumda ana babanın velayet hakkının sınırlandırılması gündeme gelir.

B. VELAYET HAKKININ SINIRLARI

1. GENEL OLARAK

Velayet, ana baba bakımından hem hak hem de yükümlülüktür. TMK md 339 gereği ana baba, çocuğun eğitimi ve bakımı için onun menfaatine olacak karar ve önlemleri alırlar ve uygularlar¹⁶. Velayet hakkı kapsamında çocuk, ana babanın sözünü dinlemek yükümlülüğü altındadırlar. Buna karşılık ana baba da önemli konularda olgunluğu ölçüsünde çocuğun da fikrini almalı ve karar alırken bu fikri de göz önünde bulundurmalıdır. Velayet, yapısı gereği ana babaya geniş haklar sağlasa dahi, bu hakların sınırı çocuğun menfaatidir¹⁷. Ana baba çocuğa

¹⁴ İMAMOĞLU, Hülya, "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2005, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 183- 218, 191; GİRĞİN, Ömer Ali/ GÖNAL, Seray, "Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 44, Ankara, 2020, s. 99- 128, s. 109.

¹⁵ SERÇEMELİ, s. 230.

¹⁶ AKYÜZ, Emine, "Velâyet ve Çocuğun Korunması", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Editörler: ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel/ OZANOĞLU, Hasan Seçkin Ozanoğlu/ YILMAZ, Süleyman, Ankara, 2009, s. 111- 156, s. 116.

¹⁷ ELÇİN, Evgen Gülçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Çocuk Hakları Çalışmaları I, Editörler: ELÇİN, Evgen Gülçin/ GENÇ ARIDEMİR, Arzu, İstanbul, 2017, s. 1- 26, s. 8.

ilişkin karar alırken çocuğun üstün menfaatini ve çocuğun kişilik hakkını gözetmelidir. Bunlar ana babanın velayet hakkının sınırlarını oluşturmaktadır.

2. ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

Ana baba velayet hakkı kapsamında çocuk ile ilgili kararlar alırken, çocuğun üstün yararı çerçevesinde hareket etmelidir. Çocuğun üstün yararı hem velayete ilişkin konularda hem de çocuğun korunmasına ilişkin durumlarda başvurulması gereken temel unsurdur. Çocuğun üstün yararı kavramı, ulusal ve uluslararası metinlerde yer almasına rağmen açık bir şekilde tanımlanmamıştır; ancak bu durum, bilinçli bir tercihin sonucudur. Tüm dünyada her çocuk için aynı şekilde geçerli olabilecek bir üstün yarar tanımı vermek mümkün değildir. Üstün yarar ilkesinin her somut olay bakımından değerlendirilmesi gerekir. BMÇHS md 3 gereğince çocuk ile ilgili tüm işlemlerde çocuğun üstün yararı öncelikli olarak göz önünde bulundurulmalıdır. Yine BMÇHS md 18 gereği, anne baba çocuğu yetiştirirken çocuğun üstün yararını dikkate almalıdır¹⁸.

Çocuğun üstün yararı ilkesi; çocukla ilgili bir karar alınacağı zaman çocuğun bedensel, ahlaki, psikolojik, sosyal, ekonomik ve hukuki yönlerden sağlıklı ve dengeli bir biçimde gelişimine olanak sağlayan seçeneklerin tercih edilmesi anlamına gelir. Buna karar verilirken çocuğun doğası, yaşı, durumu, ilgi alanları dikkate alınmalı ve eğer kendisinin bir seçim hakkı olsaydı ortalama, makul bir insan olarak kendi yararı için hangi kararı verecekse ona göre davranılmalıdır¹⁹.

¹⁸ UZUN, s. 2,3.

¹⁹ YÜKSEL, Sera Reyhani; Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul, 2016, s. 91; ELÇİN GRASSINGER, E. Gülçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, Editör: ENGİN, Baki İlkay, İstanbul, 2010, s. 823- 846, s. 827; AKKURT, Sinan Sami, "Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, Editör: ENGİN, Baki İlkay, İstanbul, 2010, s. 91- 120, s. 114, 115; UZUN, s. 2, 3.

TMK md 339 ve BMÇHS md 12'ye göre, çocuğun menfaatine olan konu hakkında karar verilirken kararlarının doğurabileceği sonuçları kavrayabilecek yetkinliğe sahipse, çocuğun olgunluğu ölçüsünde onun da görüşüne başvurulmalıdır. Bu sebeple sosyal medya hesaplarında çocuk ile ilgili bir tasarrufta bulunulacağı zaman çocuğun zihinsel yetisi bu konuyu ve sonuçlarını anlayabilecek duruma geldiğinde çocuğun da fikri alınarak ve görüşü sorularak, kişilik hakkını ihlal etmeyecek nitelikte bir paylaşım yapılması, çocuğun üstün yararı açısından daha yerinde olur. Ana baba çocuğun ses ve görüntüsünü sosyal medyada paylaşmadan önce, bu paylaşımın çocuğun üstün yararına uygun olup olmadığını göz önünde bulundurmalıdır.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin hukuk evreninde yarattığı en önemli işlev, ana babanın velayet hakkını çocuk hilafına kullanarak çocuğa zarar verdiği hallerde, velayet hakkına hukuken yapılabilecek müdahalelerin kapısını açabilmesidir²⁰.

3. ÇOCUĞUN KİŞİLİK HAKKI ve MAHREMİYETİ

TMK md 28'de yer alan düzenlemeye göre çocuğun kişilik hakkı, sağ ve tam doğum ile başlar. Kişilik hakkı, bir kişinin toplum içerisindeki saygınlığını tesis eden varlıkların tümü üzerindeki hakimiyettir. Kişilik hakkı; mutlak, para ile ölçülemeyen, devredilemez, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve bir ihlale uğraması halinde herkese karşı ileri sürülebilen bir hak²¹. Kişilik hakkı bakımından çocuğun ana babası da üçüncü kişi niteliğindedir²². Çocuğa ilişkin kararların alınmasında ve çocuğun menfaatinin gözetilmesinde ana baba asli görevlidir. Zorunlu haller haricinde, çocuğun kişilik hakkına müdahale edilemez. Bu noktada

²⁰ ELÇİN GRASSINGER, Gülçin; Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md.346, md. 347, md.348), İstanbul, 2009, s. 65.

²¹ OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2012, s. 154, 155, 156.

²² SCHIMKE, Anna, "Rechtliche Rahmenbedingungen der Veröffentlichung von Kinderfotos im Netz durch Eltern", Neue Zeitschrift Für Familienrecht, Sayı: 19, 2019, s. 851-858, s. 857; GÜLTEKİN, s. 112, 113.

çocuğun kişilik hakkı ancak, onun menfaatinin gerektirdiği hallerde sınırlanabilir²³. Örneğin çocuk sosyal medya hesaplarında kendisi farkında olmaksızın kişilik hakkını zedeleyebilecek paylaşımlarda bulunuyorsa, ana baba çocuğun menfaati gereği velayet hakkı kapsamında bu paylaşımı durdurmalı ve sona erdirmelidir.

Sosyal medya aracılığıyla ana baba çocuğun kişilik hakkını zedeleyebilecek nitelikte paylaşımda bulunurlarsa, bu takdirde çocuğun kişilik hakkı ana babanın velayet hakkının sınırını oluşturur. Ana babanın, çocuğun üzerinde sahip oldukları hakları, çocuğun menfaatine aykırı olacak şekilde kullanmaları velayet hakkına yapılacak hukuki müdahalelerin gerekçesini oluşturabilir²⁴. Kişilik hakkına müdahalenin varlığının belirlenmesi bakımından rıza hayati bir rol oynamaktadır. Çünkü rıza, TMK md 24 gereği müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran hukuka uygunluk sebeplerinden biridir²⁵. Bu rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için geçerli bir rıza niteliği taşıması gerekir. TMK md 15'e göre ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin rızası geçerli değildir. Ayırt etme gücü, bir kişinin hareketlerinin veya kararlarının sonuçlarını doğru bir şekilde kavrayabilmesi anlamına gelir. Her somut olay bakımından çocuğun ayırt etme gücünün varlığı değerlendirilmelidir. Ayırt etme gücünün varlığı için bilinçli bir irade ve bu iradeye uygun davranabilme yeteneği aranır²⁶. Çocuğun geçerli bir rıza verdiği kabul edilebilmesi için, sosyal medyada hakkında paylaşım yapılmasına bilinçli bir şekilde iradesiyle olumlu yanıt vermesi gerekir. TMK md 339 ve BMÇHS md 12 gereği de çocuğun belli bir akli olgunluğa ulaştığı hallerde, onu da ilgilendiren hususlarda görüşü alınmalıdır. Rıza açık veya örtülü olarak verilebilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir çocuğun, sosyal medyada hakkında paylaşım

23 İMAMOĞLU, s. 192, 193.

24 ELÇİN GRASSINGER, Velayet, s. 65; İMAMOĞLU, s. 194.

25 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 189.

26 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 52, 53; HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Basel- Genf- München, 2010, Art 16, N. 3, 10, 13.

yapılmasına ilişkin verdiği rıza, tam ehliyetsiz olduğundan dolayı geçerli değildir. Bu noktada yasal temsilci olan ana babanın rızası, kural olarak müdahaleye maruz kalan kişinin rızasının yerine geçemez²⁷. Özellikle de müdahaleye sebep olan kişinin ana baba olması halinde, verdikleri rıza geçerli bir nitelik taşımamaktadır²⁸. Ayırt etme gücü bulunan çocuklar ise, sınırlı ehliyetsizdirler. Sınırlı ehliyetsizler, TMK md 16 gereğince yasal temsilcilerinin rızası olmadan kendi işlemleri ile borç altına giremezler. Velayet hakkına sahip ana baba, rızayı birlikte vermelidir²⁹. TMK md 16/I'e göre sınırlı ehliyetsizler, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını, yasal temsilcilerinin rızası olmadan kullanabilirler. BMÇHS md 12'ye göre, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, kendilerini ifade etme hakları da kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar içerisinde kabul edilmektedir³⁰. Sınırlı ehliyetsizler, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakları kendi başlarına kullanabilirler³¹. Bu çerçevede ayırt etme gücü olan sınırlı ehliyetsiz bir

27 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 81, 82, 195; FANKHAUSER, Roland / FISCHER, Nadja, "Kinderfotos auf Facebook oder wenn Eltern die Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder verletzen", Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Editörler: FANKHAUSER, Roland/ REUSSER, Ruth E./ SCHWANDER, Ivo, Zürich, 2017, s. 193- 215, s. 200, 201. Kural olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar bizzat hak sahibi tarafından kullanılmalıdır. Bu hakların yasal temsilci tarafından kullanılmayacağı kabul edilmektedir. Fakat kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsizler tarafından hiçbir şekilde kullanılmaması bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu sebeple HONSER/ VOGT/ GEISER kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ikiye ayrılarak incelenmesinin daha doğru olacağını savunmaktadır. Bu ikili ayrıma göre mutlak haklar bakımından yasal temsilcinin yetkisi yokken, nispi haklar bakımından ise yasal temsilin kabul edilmesi gerekir. Kanaatimizce sosyal medyada kişilik hakkının korunması talebi de, nispi anlamda kişilik hakkı olarak kabul edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HONSER/ VOGT/ GEISER, Art 18, N 15, 15a, Art 19, N 40, 41.

28 DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku. İstanbul, 2017, s. 149.

29 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s.86- 89;

30 OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 97; SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, İstanbul, 2011, s. 402- 408. Bucher, bu hakkın Anayasa'dan temellendiğini savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BUCHER, Andreas, Natürliche Personen und Persönlichkeitschutz, Basel, 2009, N. 157.

31 SEROZAN, Medeni, s. 408; SEROZAN, Çocuk, s. 106.

çocuk hakkında sosyal medyada ses ve görüntü paylaşımı yapılmadan evvel, çocuğun rızası alınmalıdır³². Çocuk, bu paylaşımına rıza vermediğinde, ana babanın bu paylaşımı yapma hakkı yoktur. Ana baba tarafından, çocuğun kişilik hakkı zarara uğratıldığında, çocuk yasal temsilcisi konumundaki ana babasına dava açarak bu sosyal medya paylaşımının yapılmamasını, hali hazırda yapılmışsa durdurulmasını ve kaldırılmasını talep edebilir. Bu noktada kişilik hakkının korunması için harekete geçen çocuk, yasal temsilcisinin onayına tabi değildir. Bu konuya örnek teşkil edebilecek bir olayda İtalya'da 16 yaşındaki bir genç, annesine karşı rızası olmadan fotoğraflarını paylaştığı gerekçesiyle açtığı davayı kazanmıştır. İtalyan mahkemeleri, annenin çocuğun fotoğraflarını sosyal medyadan kaldırmaması veya gelecekte de aynı şekilde fotoğraf paylaşması halinde 10 bin Euro ödemesine karar vermişlerdir³³. Türk hukukunda bu konu ile ilgili bir kararda ise, Instagram hesabından sürekli olarak çocuklarının fotoğrafını paylaşan bir anneye karşı, baba açtığı davada çocukların reklam malzemesi yapıldığını ve bu paylaşımların çocukların istismarına davetiye çıkardığı gerekçesiyle velayetin kendisine verilmesini talep etmiştir. Ara kararda mahkeme, dava bitene kadar çocukların velayetini babaya bırakmış ve annenin de sosyal medya hesaplarından çocuklara ilişkin fotoğraf paylaşmasını yasaklamıştır. Mahkeme, dava süreci sonunda pedagog görüşlerine

32 Alman hukukuna göre bu rızanın geçerli olarak verildiğinin kabul edilebilmesi için çocuk en az 14 yaşında olmalıdır. SCHIMKE, s. 855. 04.05.2016 Tarih ve L 119 sayılı Avrupa Birliği Resmi Gazetesi sayfa 1-88'de yayımlanan 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü md 8 ise, çocuğun bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin rızasının geçerli kabul edilebilmesi için en az 16 yaşında olmasını aramaktadır. 16 yaşından küçük çocuklar için velayet hakkı sahibinin rıza verebileceği öngörülmüştür. Yine tüzüğe göre üye devletler rıza bakımından 13 yaşın altında kalan bir ölçü kabul edemezler.

33 <https://www.haberturk.com/italyada-cocugun-fotografini-paylasan-anneye-ceza-1788741>; <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-42604622>, (Erişim Tarihi: 25.06.2021).

dayanarak çocukların velayetinin annesinde kalmasına, ancak paylaşımlara dair yasaklamanın devamına karar vermiştir³⁴.

C. VELAYET HAKKI İLE ÇOCUĞUN MENFAATLERİNİN YARIŞMASI

Sosyal medya hesaplarında çocuklarına ilişkin ses ve görüntü paylaşan ana babaların, ifade özgürlüklerini kullandıkları, kendi duygu ve düşüncelerini paylaşmak amacıyla hareket ettikleri ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma göre ana babanın yaptığı paylaşımın ifade özgürlüğü alanına girip girmediğinin değerlendirilmesi gerekir³⁵. Ana babalar, bu paylaşımlar vasıtasıyla kendileri ile benzer durumda olan ailelere ulaşma ve onlarla iletişim kurma, başka bir deyişle dayanışma imkânı elde etme amacı da taşıyabilmektedirler. Ayrıca çocukları ilgilendiren alanlarda profesyonel olarak çalışan akademisyen, hekim, ebe, hemşire, beslenme uzmanı, psikolog, çocuk gelişim uzmanı gibi meslekler icra eden ana babalar da kendi çocuklarını veya kendilerinden uzmanlıkları ile ilgili konularda hizmet alan çocukları, örnek olması amacıyla, adeta bir ekran yüzü olarak kullanabilmektedirler. Bu paylaşımlar, kamuya yararlı bir faaliyet yürütmek amacıyla yapılsa dahi üstün kamu yararı ile çocuğun menfaatlerinin çatışması durumunda hangisine öncelik verilmesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra bazı ana babalar da bu sosyal medya araçları sayesinde, çocukları vasıtasıyla reklam iştirakleri kurarak gelir elde etmektedirler. Tüm bu örnekler, paylaşım yapan ana babanın menfaatleri ile çocuğun menfaatlerinin çatışması sonucunu doğurmaktadır.

Velayet hakkı kapsamında, ana baba, çocuğun eğitimi, yaşamı, gelişimi için gerekli kararları almak ve uygulamak yükümlülüğü

³⁴ <https://www.gazeteduvar.com.tr/turkiye/2017/06/30/cocuklariyla-takipci-kazandi-velayet-gitti>, (Erişim Tarihi: 25.06.2021); <https://www.cnnturk.com/turkiye/blogger-anneye-cocuk-istismari-suclamasi-mahkeme-fotograflari-yasakladi?page=4>, (Erişim Tarihi: 25.06.2021); <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/pedagog-gorusu-dava-seyrini-degistirdi-mahkemeden-blogger-anneyi-sevindiren-karar-788721>, (Erişim Tarihi: 25.06.2021).

³⁵ UZUN, s. 4.

altındadır. Bazı hallerde velayet hakkı kullanımı, çocuğun kişilik hakkı ile çatışabilir ve bu hallerde müdahale çocuğun üstün yararı sebebiyle hukuka uygun nitelik taşır. Örneğin, çocuğun, sosyal medyada, kendi kişilik hakkını zedeleyecek nitelikte paylaşım yapması halinde, ana baba çocuğun bu paylaşımına engel olabilir veya paylaşımı kaldırabilir. Kural olarak bu, çocuğun kişilik hakkına yönelik bir müdahale olsa dahi, amaç çocuğun üstün yararını korumak olduğundan, hukuka uygundur³⁶.

Ana babanın velayet hakkına dayanarak çocuğun ses ve görüntüsünü paylaşması durumunda ana babanın ifade özgürlüğü ile çocuğun üstün menfaati arasında bir çatışma ortaya çıkabilmektedir. Anayasa md 26 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md 10 kapsamında, kişinin düşünce ve ifade özgürlüğü koruma altına alınmıştır. İfade özgürlüğü ancak kanunlar ile meşru bir amaç doğrultusunda ve demokratik toplumun gereklerine uygun olarak sınırlandırılabilir³⁷. AİHS md 10/2'e göre ifade özgürlüğünü sınırlamanın meşru amaçlarından biri de başkalarının şöhretinin ve haklarının korunmasıdır³⁸. Velayet hakkının sınırları içerisinde kaldığını düşünerek paylaşım yapan ana babalar, çocuğun kişilik hakkını ihlal etmemelidir. Ana babanın ifade özgürlüğü ile çocuğun kişilik hakkı ve üstün yararı çatıştığında, çocuğun üstün yararına öncelik verilmelidir. Başka bir deyişle ana babanın sosyal medya paylaşımlarındaki ifade özgürlüğünün sınırı çocuğun kişilik hakkı ve üstün yararı ilkesidir³⁹. Bu paylaşımlar sırasında örneğin bir rahatsızlığa sahip olan çocuk hakkındaki tüm kişisel

³⁶ GÖRGEÇ, Başak, Türk Medeni Kanunu'nda Velayet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011, s. 30; UZUN, s. 4.

³⁷ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2017, s. 203; ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2010, s. 114; ÖZBEY, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", TBB Dergisi, Sayı: 106, 2013, s. 41- 92, s. 49- 60; KARAN, Ulaş, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, Avrupa Konseyi, Strasbourg Cedex- Ankara, 2018, s. 101 vd; GÜLTEKİN, s. 117.

³⁸ ÖZBEY, s. 76- 80.

³⁹ SEROZAN, Çocuk, s. 65; UZUN, s. 4; GÜLTEKİN, s. 118-122.

sağlık verileri, çocuğun tanınmasına imkân verilecek şekilde paylaşılmaktadır. Çocuğun ileride kendisi hakkında paylaşımında bulunulmasını istemeyeceği hususlarda, ana babanın veya uzmanların paylaşım yapmaması gerekir. Aksi takdirde, bu durum çocuğun kişilik hakkının bir diğer ihlalidir. Özellikle sağlık verileri, kişiye ilişkin hassas veriler niteliğinde olduğundan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md 7 ve Hasta Hakları Yönetmeliği md 23 gereği bunların anonimleştirilmesine, çocuğun tanınmasına yol açacak hiçbir detayın paylaşılmamasına özen gösterilmelidir. Verinin anonimleştirilmemesi, somut olayın özelliklerine göre aynı zamanda hekimin sır saklama yükümlülüğünün ihlali niteliği de taşıyabilir⁴⁰. Özellikle alanında uzman olan kişilerin, benzer durumdaki çocuklar hakkında bilgi vermek amacıyla paylaştıkları çocuğa ait ses ve görüntüler bakımından, üstün kamu yararının söz konusu olup olmadığı, bu bağlamda da kişilik hakkı ihlali bakımından bir hukuka uygunluk sebebi bulunup bulunmayacağı sorunu akla gelmektedir. Bu durum basın yoluyla yapılan kişilik hakkı ihlallerine benzetilebilir. Basın yoluyla yapılan kişilik hakkı ihlalinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yapılan haberin üstün kamu yararı taşıması aranır. Başka bir deyişle, kamunun haber almaya ilişkin yararı, ihlal edilen kişilik hakkından daha üstün olduğu durumda bu bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır⁴¹. Fakat kişilik hakkı ihlal edilen, kendisini bu şekildeki müdahalelere karşı koruyamayacak durumda olan çocuk olduğu için, çocuğun üstün yararı ilkesi kanaatimizce kamunun üstün yararından daha önemlidir. Bu sebeple kamunun haber alması ve bilgilenmesinden doğan üstün kamu yararı ile çocuğun kişilik hakkı ve

⁴⁰ DÜLGER, Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:1, Sayı: 2, 2015, s. 43-80, s. 51, 59; KANDİLLİ, Elif, Sağlık Hukukunda Etik Açısından Kişisel Veriler ve Mahremiyet Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s. 44, 45.

⁴¹ KILIÇOĞLU, Ahmet, "Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırıları Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler", TBB Dergisi, Sayı: 3, 1990, s. 371- 400, 381; KILIÇOĞLU, Ahmet, "Basın Özgürlüğünün Suistimali", TBB Dergisi, Sayı: 3-4, 1993, s. 385- 388, s. 386.

üstün yararı çatıştığında çocuğun korunmasına öncelik verilmeli ve ihlalin gerçekleştiği kabul edilmelidir⁴².

Ana babanın velayet hakkı ile çocuğun haklarının çatıştığı bir diğer durum ise çocuğun görüntülerinin metalaştırılması ve gelir elde etmek amacıyla paylaşılmasıdır. Ana babalar, kendi adlarına veya çocuk adına açtıkları sosyal medya hesapları aracılığıyla çocuğun ses ve görüntüsünü paylaşmak suretiyle takipçi sayılarını arttırmaya çalışmaktadırlar⁴³. Takipçi sayısının artmasını temin etmek amacıyla bu hesaplar genellikle kamuya açık hale getirilmekte ve isteyen herkes bu verilere kolayca ulaşabilmektedir. Özellikle çocuklar ile ilgili ürünlerini pazarlamaya çalışan şirketler, ana babalar ile reklam sözleşmeleri yapmakta ve çocuğu kullanmak suretiyle ciddi gelir elde edebilmektedirler. Bu durum kendi içerisinde bir kısır döngü meydana getirmektedir. Kullanılan sosyal medya hesabının takipçi sayısı arttıkça daha fazla reklam sözleşmesi gelmekte, yapılan reklam sayısı arttıkça da daha çok takipçi edinilmektedir. Hatta ana babalar beğeni ve yorum sayısını arttırmak, buna bağlı olarak da daha çok iş anlaşması yapabilmek kaygısıyla çocuğa ilişkin giderek daha fazla içerik üretmektedirler⁴⁴. Bu durum çocuğun kişilik hakkını ihlal etmenin yanı sıra çocuğun ekonomik yönden istismar edilmesi sonucunu da doğurabilir. Bu sebeple de ana babanın velayet hakkına hukuki olarak müdahale edilmesinin yolunu açabilir.

42 GÜLTEKİN, s. 122; KARABAĞ BULUT, Nil, "Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt: II, İstanbul, 2010, s. 1055-1112, s. 1103.

43 GİRGIN/GÖNAL, s. 111.

44 GÜLTEKİN, s. 123, 124.

III. ÇOCUĞUN HAKLARININ SHARENTING SONUCU İHLAL EDİLMESİ DURUMUNDA UYGULANABİLECEK ÖZEL HUKUK YAPTIRIMLARI VE ALINABİLECEK ÖNLEMLER

Anayasa'da, Türk Ceza Kanunu'nda ve Türk Medeni Kanunu'nda çocuk hakları ve çocuğun istismarı konusu çeşitli açılardan düzenlenmiştir. Ancak çalışmamız kapsamında yalnızca özel hukuk bakımından alınabilecek yaptırım ve önlemlere değinilmiştir.

A. UYGULANABİLECEK ÖZEL HUKUK YAPTIRIMLARI

Ana babanın sharenting eylemi sonucunda çocuğun kişilik hakkının ihlal edilmesi veya çocuğun istismar edilmesi halinde gerekli önlemlerin alınması veya yaptırımların uygulanması talep edilebilir. Her ilgili, çocuğun korunması amacıyla mahkemeden talepte bulunabilir⁴⁵. Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk, bu davayı kendisi açabilir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar bakımından ise, sharenting eyleminde bulunmayan ebeveyn dava açabileceği gibi, her iki ebeveynin de bu ihlali gerçekleştirmesi halinde çocuğa bir kayyım atanarak bu kayyım aracılığıyla dava açılabilir⁴⁶.

Sharenting sonucu kişilik hakkının ihlal edildiği durumda öncelikle TMK md 24 vd ile Türk Borçlar Kanunu md 49 çerçevesinde kişiliği koruyan davalar ve haksız fiil gündeme gelir. TMK md 25 hükmüne göre mahkemeden saldırı tehlikesinin önlenmesi, süren saldırıya son verilmesi, sona eren saldırının da hukuka aykırılığının tespiti talep edilebilir. Hukuka aykırılığın tespiti sonucunda maddi ve manevi tazminat talebi de gündeme gelebilir⁴⁷. Sosyal medya paylaşımı

⁴⁵ BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, s. 323; İMAMOĞLU, s. 195; GÜLTEKİN, s. 133, 134, 135.

⁴⁶ İMAMOĞLU, 214; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 89.

⁴⁷ ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Ankara, 2019, s. 210, 211, 214 vd; DURAK, Yasemin, "İnternet Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Koruma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, 2014, s. 101- 125, s. 110 vd; AKİPEK, Şebnem, "Özel Hukuk ve İnternet",

aracılığıyla çocuğun kişilik hakkı saldırıya uğradığında, saldırıya son verilmesi kapsamında söz konusu paylaşımların sosyal medya hesaplarından silinmesi, saldırı tehlikesinin önlenmesi çerçevesinde de ileride tekrar böyle bir paylaşım yapılmamasına karar verilmesi talep edilebilir. Ayrıca ana babanın sosyal medya paylaşımı yoluyla yaptığı kişilik hakkı ihlalinin hukuka aykırılığının tespiti de istenebilir. Bunlarla birlikte TMK md 25/II kapsamında somut olayın özelliklerinin gerektirmesi halinde bu durumun üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayınlanması da hükme bağlanabilir.

Maddi tazminat talep edilebilmesi için, haksız fiil sorumluluğunun şartları gerçekleşmiş olmalıdır. Haksız fiil şartları; fiil, hukuka aykırılık, zarar, kusur ve hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır⁴⁸. Buna göre sosyal medyada geçerli rıza olmaksızın paylaşılmış bir kişisel veri bulunmalıdır. Bu hukuka aykırı bir fiil teşkil eder. Bu paylaşım sonucu çocuğun kişilik hakkı zarara uğramış olmalıdır. Zarar, maddi veya manevi zarar olarak ortaya çıkabilir. Maddi zarar, çocuğun malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmayı ifade eder⁴⁹. Bunun yanı sıra manevi tazminat da talep edilebilir. Çünkü çoğunlukla sharenting eylemi, çocuğun kişilik hakkını ihlal ederek şahıs varlığı değerlerinde objektif bir azalmaya yol açar ve manevi zarara sebep olur⁵⁰. Objektif manevi zarar teorisine göre, kişilik hakkının ihlali başlı

tr.org.tr/inetconf5/tammetin/hukuk.html, (Erişim Tarihi: 14.07.2021); von CAEMMERER, Ernst, "Alman Hukukuna Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması", Çeviren: ÖZSUNAY, Ergun, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 10, 1973, s. 69- 83, s. 71.

48 EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 540 vd.

49 Kişilik hakkı veya bu hakkı oluşturan değerler, kural olarak malvarlığı kapsamında değildir. Bununla birlikte kişiliği oluşturan mahremiyet, şeref, ekonomik itibar gibi bazı değerler malvarlığı üzerinde sonuç doğurabilir ve maddi zarar oluşturabilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 546.

50 EREN, s. 556; KESKİN, Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, 2016, s. 99 vd.; ERLÜLE, Fulya, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara, 2011, s. 42 vd.; ANTALYA, Gökhan, "Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-", Marmara

başına manevi zararın meydana gelmesi için yeterlidir⁵¹. Sübjektif teoriye göre ise kişilik hakkının ihlalinin yanı sıra, zarar görenin bu sebeple acı, elem, ıstırap duyması da aranmalıdır⁵². Kanaatimizce manevi tazminat talebi açısından çocuğun kişilik hakkının ihlal edilmesi yeterli kabul edilmelidir. Çocuğun, bu paylaşım sonucunda bir acı, elem duymasının aranmasına gerek yoktur. Bu sayede ayırt etme gücü olmayan çocuğun kişilik hakkı, sosyal medya paylaşımları sonucu ihlal edildiğinde, manevi tazminatın talep şartlarının oluştuğu kabul edilir ve çocuk açısından daha etkin bir koruma sağlanabilir. TMK md 25/ III kapsamında, ana baba sosyal medyada çocuğun ses ve görüntüsünü reklam aracı olarak gelirden elde etmek amacıyla kullanmışsa, kişilik hakkı ihlalinin tespit edilmesi durumunda elde edilen kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre iadesi de istenebilir.

Kişilik hakkının bir diğer görünümü olarak unutulma hakkı da talebe konu olabilir. Unutulma hakkı, kişisel verilerin korunması yöntemlerinden biridir. Unutulma hakkı, dijital ortamda yer alan rahatsız edici her türlü kişisel verinin, bu veri sahibinin talebi doğrultusunda bir daha geri getirilemeyecek biçimde silinmesi ve ortadan kaldırılmasıdır⁵³. Unutulma hakkı sayesinde, kişiler kendileri hakkında internette yer alan

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 22, 2016, s. 221-250, s. 226- 231.

51 EREN, s. 556, 557; KESKİN, s. 103 vd; ERLÜLE, s. 48; ANTALYA, s. 229.

52 EREN, s. 557, 558; KESKİN, s. 99 vd; ERLÜLE, s. 44; ANTALYA, s. 227. Bunların yanı sıra manevi zarar bakımından bir de karma görüş kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, s. 229, 230. Fakat bu görüş de temelde sübjektif teoriden ayırt edilmediği için eleştirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KESKİN, s. 108.

53 ELMALICA, Hasan, "Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı: 4, 2016, s. 1603-1636, s. 1611; GÜLENER, Serdar, "Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı", TBB Dergisi, Sayı:102, 2012, s. 219- 240, s. 226; AKGÜL, Aydın, "Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: "Unutulma Hakkı" ve AB Adalet Divanı'nın "Google Kararı", TBB Dergisi, Sayı:116, 2015, s. 11- 38, s. 16, 17; YILDIZ, Tuba, Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 140- 145; AKYÜZ BİLGE, Canan, Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku'ndaki Görünümü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s. 78; SERÇEMELİ, S. 234.

kişisel verilerinin silinmesini ve daha fazla yayılmamasını talep etme imkanına sahiptirler. Bu hakkı ileri süren kişi, artık kendisine ait kişisel verinin izlenememesini amaçlamaktadır. Unutulma hakkı kapsamına kişinin haberi olmadan üçüncü kişiler tarafından yüklenen verilerin yanı sıra kendi rızaları ile verdikleri bilgiler de girmektedir. Unutulma hakkı, kişinin kendisi hakkındaki kişisel veriyi tam anlamıyla kontrol etmesini ve bireyin geçmişini ve geleceğini serbestçe şekillendirme hakkını elinde bulundurmasını sağlamaktadır⁵⁴. Çocuk, ana babası veya üçüncü kişiler tarafından kendisi hakkında dijital ortama yüklenmiş verilerin silinmesini talep edebilir. Bu sayede çocuk, ana babası veya üçüncü kişiler tarafından kendisi hakkında yüklenmiş, onu ayırıştırıcı, kınanmasına veya aşağılanmasına sebep olan, onu küçük düşüren verilerden tümüyle kurtulabilir. Bu da çocuğa, tabiri caizse hayatta beyaz bir sayfa açma ve temiz bir başlangıç yapma fırsatı vererek ana babası veya üçüncü kişilerin hatalı paylaşımları sebebiyle zarar gören sosyal ve ekonomik dünyasını yeniden şekillendirme yolunu açabilir.

Sharenting sonucu ana babanın karşılaşılabileceği bir diğer yaptırım ise velayet hakkı kapsamında ortaya çıkabilir. TMK md 346 kapsamında çocuğun yararı tehlikeye girdiğinde, hâkim öncelikle ana babayı gerekli önlemleri almaları konusunda uyarmalı, eğer onların gücü yetmezse bizzat önlem almalıdır. Çocuğun yararı kavramı, içine bedensel, zihinsel, ruhsal ve maddi gelişimi de alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu önlemleri almak için çocuğun yararının riske girmesi yeterlidir, ana babanın kusurlu davranıp davranmadığına bakılmaz⁵⁵. Çocuğun yararı henüz tehlikeye düşmemiş olsa dahi, bu riskin varlığı halinde hâkim gerekli önlemleri almalıdır⁵⁶. Çocuğun üstün yararını gözetme ve tehlikeye düştüğünde gerekli önlemleri alma yükümlülüğü ilk olarak velayet sahibi ana babadadır. Onlar gerekli önlemleri alamazlar veya aldıkları önlemler yetersiz olursa hâkim, uygun önlemleri almalıdır.

⁵⁴ AKGÜL, s. 17.

⁵⁵ İMAMOĞLU, s. 194; BAYGIN, s. 318.

⁵⁶ ELÇİN GRASSINGER, Velayet, s. 51.

Fakat sharenting örneğinde olduğu gibi, eğer çocuğun üstün yararını tehlikeye düşürecek bu ortama, bizzat velayet sahibi ana babası sebep oluyorsa, hâkim beklemeksizin doğrudan kendisi gerekli önlemlere hükmetmelidir. Bu çerçevede hâkim, ana babanın, çocuğun haklarını ihlal eder durumdaki sosyal medya paylaşımlarını durdurmasına, bu paylaşımları kaldırmasına ve bir daha yüklememesine hükmedebilir. Somut olayın koşulları gerektirdiğinde ana babanın sosyal medya okur yazarlığı eğitimi alması, rehberlik ve danışmanlık hizmetlerine gönderilmesi, ailenin denetlenmesi, çocuğa kayyım atanması gibi başka önlemler de alınabilir⁵⁷. Eğer bu önlemler çocuğun yararını korumaya yeterli değilse, çocuğun bedensel, zihinsel gelişimi tehlikede ise veya çocuk manen terk edilmiş durumdaysa, TMK md 347 gereği, hâkim çocuğu ana babasından alarak başka bir aile yanına veya kuruma yerleştirebilir. Kanunkoyucu velayete ilişkin yükümlülüklerin ihlalden doğan yaptırımları kademeli olarak ağırlaştırmaktadır. TMK md 347'de yer alan önlemin de çocuğu korumaya yetmemesi durumunda son çare olarak, TMK md 348 kapsamında ana babanın velayet hakkı kaldırılır⁵⁸. Bu karar, aksi belirtilmedikçe mevcut ve doğacak tüm çocukları kapsar niteliktedir. TMK md 348 gereği velayet ana babanın her ikisinden birden kaldırılırsa, çocuğa vasi atanır. Çocuk vesayet altındaysa, TMK md 403 hükmü uygulanır. Vasi, görevi gereği çocuğun kişilik hakkı ile malvarlığı ile ilgili tüm işlemlerde küçüğün menfaatini korumalıdır⁵⁹. Eğer vasi görevini gereği gibi yerine getirmese, hatta yetkilerini kötüye kullanır ve o da çocuğu sosyal medya hesaplarında paylaşmak suretiyle çocuğun kişilik hakkını ve üstün yararını zedelerse, TMK md 483 gereği vesayet makamı tarafından görevinden alınır.

⁵⁷ BAYGIN, s. 326; İMAMOĞLU, s. 196; AKYÜZ, 2009, s. 137.

⁵⁸ GÜLTEKİN, s. 131.

⁵⁹ AKYÜZ, 2000, s. 343; GÜLTEKİN, s. 130, 131, 132.

B. SHARENTING SONUCU ÇOCUĞUN HAKLARININ İHLAL EDİLMEMESİ İÇİN ALINABİLECEK ÖNLEMLER

Çocuklar ile ilgili paylaşımlarda bulunurken, onların kişilik hakkını ihlal etmemek ve onları istismara açık hale getirmemek amacıyla bazı önlemler alınmalıdır. Çocuk ile ilgili paylaşım yapılırken, yapılan bu paylaşımın çocuğun psikoloji ve gelişimi üzerinde nasıl bir sonuç doğuracağı hesaba katılmalıdır⁶⁰. Bu sebeple çocuğu incitici, çocuğun paylaşılmasını istemeyeceği, utanç verici, onun dışlanmasına neden olabilecek paylaşımlar yapılmamalıdır. Paylaşılan içeriğin, ana babanın dijital kimliğine mi yoksa çocuğun gelişimine mi katkı sağladığı sorgulanmalıdır. Ana baba çocuğu ile ilgili paylaşım yaparken, zaman zaman bunları yalnızca aile üyeleri veya yakın dostların bulunduğu kapalı bir grupta paylaşarak hatıra olması amacıyla hareket edebilmektedir. Halbuki sosyal medyanın çocukların fotoğrafını hatıra olması amacıyla saklayabileceğimiz bir veri depolama aracı olmadığı anlaşılmalıdır. Ana babalar, halka açık olarak beyan etmekten rahatsızlık duymayacakları hiçbir veriyi, sosyal medyada da paylaşmamalıdır. Çünkü sosyal medya sınırları olmayan, paylaşılan verinin kime ulaştığının tam olarak kontrol edilemediği bir ortamdır.

Ana babalar çocukları ile ilgili paylaşım yaparlarken sosyal medya platformlarının güvenlik ayarları kısmından gizlilik ayarlamaları yapmalıdırlar. Çocuklara ilişkin sağlık problemleri ile ilgili paylaşım yapılırken, bu verilerin çocuğun tanınmasına izin vermeyecek şekilde anonimleştirilmesi gerekir⁶¹. Sosyal medya paylaşımlarında mümkünse çocuğun ismine, doğum tarihine yer verilmemelidir⁶². Çünkü bu veriler çocukları kimlik hırsızlığına maruz bırakabilir. Çocuğun yaşadığı yeri, okulu, günlük rutinlerini ifşa edip çocukları istismar tehlikesine maruz bırakabilecek paylaşımlar yapılmamalıdır. Benzer şekilde çocuklara

⁶⁰ ERİŞİR, Rabia Merve/ ERİŞİR, Deniz, "Yeni Medya ve Çocuk: Instagram Özelinde "Sharenting" ("Paylaşananababalık") Örneği, Yeni Medya, Sayı: 4-5, 2018, s. 50- 64, s. 60, 61; UZUN, s. 5, 6.

⁶¹ ERİŞİR/ ERİŞİR, s. 61; YAVUZ, S. 39, 40.

⁶² YAVUZ, s. 39, 40.

ilişkin paylaşım yapılırken coğrafi konum ve yer etiketlemesi yapılmamalıdır. Çocukları hedef alan kişilerin çocuğa ulaşmasını kolaylaştıracak doğum günü, mezuniyet töreni, sünnet düğünü, bebek, çocuk gibi doğrudan çocuğu gösteren etiketlemelerden kaçınılmalıdır. Dijital fotoğraf makineleri veya cep telefonları ile fotoğraf ya da video çekimi halinde görüntünün coğrafi olarak nerede çekildiğini gösteren "EXIF" bilgisi oluşturulmaktadır. Çocuklara ilişkin paylaşım yapılmadan önce bu yer tespit bilgisinin kaldırılması yararlı olur.

Çocuk ile ilgili paylaşım yapılmadan önce, ayırt etme gücü bulunan çocuğun muhakkak görüşü sorulmalı, rızası alınmalıdır⁶³. Çocuk kendisi hakkında paylaşım yapılmasını istemediğinde, onun bu talebine uyulmalı ve hatta gerekirse önceki paylaşımlar da silinmelidir. Çocukların giysisiz görüntüleri paylaşılmamalıdır⁶⁴. Çocuğa ilişkin mutlaka paylaşım yapılmak isteniyorsa da dijital çocuk kaçırmaya (digital kidnapping) karşı çocuğun tek başına bir fotoğrafından ziyade yanında bir yetişkin ile çekilmiş fotoğrafının kullanılmasına dikkat edilmelidir. Bunun yanı sıra ailelerin ve çocukların sosyal medyaya ilişkin farkındalığını arttırmak amacıyla sosyal medya okuryazarlığı eğitimleri verilmelidir. Anaokulu ve kreş de dahil olmak üzere okullarda görev yapan öğretmen ve eğitimcilerin de bu eğitimi alması sağlanmalıdır. Böylece onların da çocuklara ilişkin yaptıkları paylaşımlarda daha sorumlu davranmaları sağlanmış olur.

SONUÇ

İnternet ve sosyal medya, hızlı gelişimi ile çok kısa süre içerisinde herkesin paylaşım yaptığı ve kendisini ifade etme aracı olarak gördüğü platformlara dönüşmüştür. Aileler dış dünyada çocuklarını korumak için türlü önlemler alırken, dijital dünyanın kuralları konusundaki eğitimsizlik ve belirsizlikler sebebiyle çoğu zaman farkında dahi olmaksızın, yaptıkları sosyal medya paylaşımları ile çocuklarını kamunun gözü önüne savunmasız olarak bırakabilmektedirler. Ana

63 ERİŞİR / ERİŞİR, s. 61; YAVUZ, s. 39, 40; FANKHAUSER/ FISCHER, s. 207.

64 UZUN, s. 5, 6.

babaların sosyal medyada paylaşım yaparken gerekli gizlilik ayarlamalarını yapmayı ihmal etmeleri, paylaştıkları verinin hassasiyetini göz ardı etmeleri, bu gönderilerin yalnızca sınırlı sayıda kişi tarafından görüleceği yanılgısı, çocukların kişilik hakkını derinden ihlal edebilmektedir. Çocukların dijital ayak izleri, doğumlarından evvel başlayıp gittikçe artmaktadır. Bu nesil öncesinde hiçbir neslin bu kadar geniş bir dijital ayak izi bulunmamaktadır. Bu denli çok paylaşımın, ileride çocuğun gelişimini, toplum tarafından algılanışını nasıl şekillendireceği belirsizdir. Özellikle de ayırt etme gücü bulunmayan çocuklara ilişkin yapılan paylaşımlar, çocuğun özel hayatını üçüncü kişilere ifşa etmektedir. Yapılan bu paylaşımlar sonucu toplumda çocuğa ilişkin olumsuz bir algı oluşabilmekte, çocuk sosyal ortamlardan dışlanabilmektedir. Ana babaların çocuklarına dair yaptıkları bu paylaşımlar, internete yüklenen hiçbir verinin tam anlamıyla silinememesi özelliği dolayısıyla adeta birer dijital dövme niteliğindedir. Bir yetişkin, sosyal medyada kendisine dair bir veri paylaştığında, kontrol alanı içerisinde özgür iradesiyle ne kadar veriyi, hangi koşullar içerisinde paylaşacağına karar vermektedir. Halbuki çocuklar, ana babaları onlar için bu sınırı çizmediği müddetçe, kendi dijital verileri üzerinde söz hakkı sahibi değildirler. Bu durum ile ilgili bir diğer sorun ise, çocuklara dair kontrolsüz bir biçimde paylaşım yapmanın normalleşmesidir. Hukuk sistemleri henüz bu kişilik hakkı ihlaline anlamlı ve hızlı sonuç verecek bir sistem bulamamışken, paylaşımların gün geçtikçe artması endişe vericidir.

Ana babaların çocukları ile ilgili olarak kişilik hakkını ihlal edecek nitelikte sosyal medyada paylaşım yapmalarına sharenting adı verilmektedir. Bu, internetin gelişimi ve kontrolsüz veri paylaşımının ortaya koyduğu pek çok ihlalden biridir. Hatta bazı ailelerde bu durum çocuğun neredeyse her anının sosyal medyada paylaşıldığı, çocuğun adeta ekranda büyüdüğü ve tüm özel yaşamının sınırsız bir biçimde kamuya açıldığı bir over-sharenting durumu da teşkil edebilmektedir. Konuyu bu denli önemli kılan, bu ihlallerin çocuklara birincil düzeyde koruma sağlaması gereken ebeveynleri tarafından yapılıyor olmasıdır.

Daha da vahimi ise, ailelerin bu ihlallerin ve paylaşımların sonucu olarak çocuklarını içine atmış olabilecekleri tehlikenin farkında olmamalarıdır. Bu paylaşımların kendi yaşamına özendirme çabasından, çocuklar ile ilgili alanlarda deneyimlerini paylaşmaya kadar giden pek çok amacı olabilir. Amaç ne olursa olsun, çocuğun yararı tehlikeye düştüğü anda çocuğun kişilik hakkı ihlal edilmiş olur ve ana babanın velayet yükümlülüklerini yerine getirmedikleri söylenebilir. Ana babalar, bu paylaşımlar yoluyla maddi gelir elde etmeyi de hedefleyebilmektedirler. Çocuklar adeta bir birey değil de eşya gibi görülerek çocuğu merkeze koyan pek çok paylaşım yapılmaktadır. Dahası bu paylaşımlar üçüncü kişilerin çocuğun görüntüsünü çalarak kendi çocuklarıymış gibi başka hesaplar altında paylaşım yapmaları ile ortaya çıkan dijital çocuk kaçırmaya da zemin hazırlamaktadır. Bu ihlaller ana babanın velayet hakkını, hukuki sorumluluk bakımından tartışmaya açabilmektedir.

Velayet, ana baba için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Bu yüzden hızla değişen dijital dünyanın ihtiyaçlarına ilişkin olarak velayet hakkının da buna uygun olarak şekillenmesi gerekir. Ana baba, sosyal medyada çocuk hakkında paylaşım yaparken, mutlaka ayırt etme gücü olan çocuktan geçerli rıza almalıdırlar. Çocuk bu rızayı vermiyorsa, ana babanın sosyal medya paylaşımını yapmamaları gerekir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar bakımından ise, onları korumak ilk başta ana babanın görevidir. Bu sebeple ana babalar, çocuğun ileride kişilik hakkına zarar verebilecek materyalleri internet ortamında paylaşmamalıdırlar. Ana babanın velayet hakkının sınırını çocuğun üstün yararı, kişilik hakkı ve mahremiyeti oluşturur. Sosyal medya paylaşımları aracılığıyla kendisini ifade eden ana babanın ifade özgürlüğü ile çocuğun menfaatleri çatıştığında her halükârda çocuğun korunmasına öncelik verilmelidir. Ana baba, bu verileri üstün kamu yararı amacıyla toplumu bilgilendirmek için paylaştığını ileri sürse dahi, üstün kamu yararı dahi çocuğun üstün yararından daha önemli değildir.

Sharenting sonucu ihlal gerçekleştiğinde ilk olarak kişilik hakkını koruyucu davalardan yararlanılabilir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk, bu davaları kendisi de yasal temsilcisinin iznine tabi olmaksızın açabilir.

Ayrırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar bakımından ise, ihlali gerçekleştirmeyen ebeveyn bu davaları açabileceği gibi, her iki ebeveynin de bu ihlallere sebep olması durumunda her ilgili tarafından çocuğun kişilik hakkının korunması talep edilebilir. Bu çerçevede yapılan paylaşımın silinmesi, bir daha çocuğa ilişkin paylaşım yapılmaması, ana babanın denetlenmesi, rehabilite edilmesi, ana babanın davranışları sebebiyle paylaşım yaptıkları yolla çocuktan özür dilemeleri gibi pek çok karar verilebilir. Bunun yanı sıra sharenting aynı zamanda velayet hakkından doğan yükümlülüklerin ihlali teşkil edebilir. Bu takdirde mahkeme, velayet hakkına sahip ana baba hakkında giderek artan ağırlıkta yaptırımlar uygulayabilir. Ayrıca çocuk, ayrırt etme gücüne sahip olduğunda mahkemeye başvurarak unutulma hakkını da kullanabilir.

Ana babalar çocukları ile ilgili paylaşım yaparken çok dikkatli davranmalı ve çocuğun kişilik hakkını zedeleme riski olan paylaşımlar yapmaktan kaçınmalıdır. Paylaşım yapılırken, çocuğun yerini ve rutinini ifşa etmeyen, ileride görmekten utanç duymayacağı, onu toplum içinde rencide etmeyen, içinde çocukla beraber en az bir yetişkinin olduğu paylaşımlar yapılmalı ve çocuk buna karşı çıktığında paylaşımın içeriğine ve amacına bakılmaksızın veri kaldırılmalıdır. Çocuğun, kendi dijital ayak izi üzerindeki kontrol gücü arttırılmalıdır.

KAYNAKLAR

- AKGÜL, Aydın, “Kişisel Verilerin Korunmasında Yeni Bir Hak: “Unutulma Hakkı” ve AB Adalet Divanı’nın “Google Kararı”, TBB Dergisi, Sayı:116, 2015, s. 11- 38.
- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Aile Hukuku, İstanbul, 2016.
- AKİPEK, Şebnem, “Özel Hukuk ve İnternet”, <http://inet-tr.org.tr/inetconf5/tammetin/hukuk.html>, (Erişim Tarihi: 14.07.2021).
- AKKURT, Sinan Sami, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, Editör: ENGİN, Baki İlkay, İstanbul, 2010, s. 91- 120.
- AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2016, (Kısaltılmışı: AKYÜZ, 2016).
- AKYÜZ, Emine, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara, 2000, (Kısaltılmışı: AKYÜZ, 2000).
- AKYÜZ, Emine, “Velâyet ve Çocuğun Korunması”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Editörler: ÜNAL, Mehmet/ BAŞPINAR, Veysel/ OZANOĞLU, Hasan Seçkin Ozanoğlu/ YILMAZ, Süleyman, Ankara, 2009, s. 111- 156, (Kısaltılmışı: AKYÜZ, 2009).
- AKYÜZ BİLGE, Canan, Unutulma Hakkı ve Türk Hukuku’ndaki Görünümü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.
- ANTALYA, Gökhan, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-“, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 22, 2016, s. 221-250.
- BATTERSBY, Lucy, “Millions Of Social Media Photos Found On Child Exploitation Sharing Sites”, <https://www.smh.com.au/national/millions-of-social-media->

photos-found-on-child-exploitation-sharing-sites-20150929-gjxe55.html, (Erişim Tarihi: 24.06.2021).

BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, s. 326.

BEARAK, Steven, "Digital Kidnapping: What It Is and How to Keep Your Kids Safe on Social Media, Digital kidnapping is growing rapidly, here's what you need to know", <https://www.parentmap.com/article/kidnappers-kids-photos-digital-kidnapping-social-media>, (Erişim Tarihi: 24.06.2021).

BUCHER, Andreas, Natürliche Personen und Personlichkeitschutz, Basel, 2009.

ÇÖPÜR, Mazlum/ ÜNERİ, Özden Şükran/ AYDIN, Erkan/ BAHALI, Mustafa Kayhan/ TANIDIR, Canan/ GÜNEŞ, Hatice/ ERDOĞAN, Ayten, "İstanbul İli Örneğinde Çocuk ve Ergen Cinsel İstismarlarının Karakteristik Özellikleri", Anadolu Psikiyatri Dergisi, 2012; Sayı: 13, s. 46-50.

DURAK, Yasemin, "İnternet Yoluyla Kişilik Haklarına Saldırı ve Hukuki Koruma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, 2014, s. 101- 125.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku. İstanbul, 2017.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, M. Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2018.

DÜLGER, Murat Volkan, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:1, Sayı: 2, 2015, s. 43-80, s. 51.

ELÇİN, Evgen Gülçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Çocuk Hakları Çalışmaları I, Editörler: ELÇİN, Evgen Gülçin/ GENÇ ARIDEMİR, Arzu, İstanbul, 2017, s. 1- 26.

ELÇİN GRASSINGER, E. Gülçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona Serozan'a

- Armağan, Cilt I, Editör: ENGİN, Baki İlkay, İstanbul, 2010, s. 823-846, (Kısaltılmışı: ELÇİN GRASSINGER, Çocuk).
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin; Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK md.346, md. 347, md.348), İstanbul, 2009, (ELÇİN GRASSINGER, Velayet).
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.
- ELMALICA, Hasan, "Bilişim Çağının Ortaya Çıkardığı Temel Bir İnsan Hakkı Olarak Unutulma Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı: 4, 2016, s. 1603-1636.
- ERİŞİR, Rabia Merve/ ERİŞİR, Deniz, "Yeni Medya ve Çocuk: Instagram Özelinde "Sharenting" ("Paylaşananabalık") Örneği, Yeni Medya, Sayı: 4-5, 2018, s. 50- 64.
- ERLÜLE, Fulya, Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara, 2011.
- FANKHAUSER, Roland / FISCHER, Nadja, "Kinderfotos auf Facebook oder wenn Eltern die Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder verletzen", Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Editörler: FANKHAUSER, Roland/ REUSSER, Ruth E./ SCHWANDER, Ivo, Zürich, 2017, s. 193- 215.
- GİRGİN, Ömer Ali/ GÖNAL, Seray, "Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 44, Ankara, 2020, s. 99- 128.
- GÖRGEÇ, Başak, Türk Medeni Kanunu'nda Velayet Hükümleri ve Özellikle Çocuğun Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.
- GÜLENER, Serdar, "Dijital Hafızadan Silinmeyi İstemek: Temel Bir İnsan Hakkı Olarak "Unutulma Hakkı", TBB Dergisi, Sayı:102, 2012, s. 219- 240.
- GÜLTEKİN, Esra, "Çocuğun Kişilik Hakkının Ana-Baba Tarafından Sosyal Medya Aracılığıyla İhlalinin Hukuki Görünümü", Çocuk ve Medeniyet, Sayı: 1, 2018, s. 103- 143.

- HILL, Kashmir/ KROLIK, Aaron, "How Photos of Your Kids Are Powering Surveillance Technology, Millions of Flickr images were sucked into a database called MegaFace. Now some of those faces may have the ability to sue.", <https://www.nytimes.com/interactive/2019/10/11/technology/flickr-facial-recognition.html>, (Erişim Tarihi: 24.06.2021).
- HONSELL, Heinrich/ VOGT, Nedim Peter/ GEISER, Thomas, Basler Kommentar, Zivilgesetsbuch I, Basel- Genf- München, 2010.
- İMAMOĞLU, Hülya, "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2005, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 183- 218.
- KANDİLLİ, Elif, Sağlık Hukukunda Etik Açısından Kişisel Veriler ve Mahremiyet Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.
- KARABAĞ BULUT, Nil, "Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt: II, İstanbul, 2010, s. 1055-1112.
- KARAN, Ulaş, İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 2, Avrupa Konseyi, Strasbourg Cedex- Ankara, 2018.
- KESİCİOĞLU, Oğuz Serdar, "Instagramda "Okul Öncesi" Etiketile Yapılan Paylaşımların İncelenmesi", 6. Uluslararası Okul Öncesi Eğitimi Kongresi Tam Metin Bildiri Kitabı, 30 Aralık 2019, Kars, s. 531- 538.
- KESKİN, Dilşad, Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, Ankara, 2016.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, "Basın Özgürlüğünün Suistimali", TBB Dergisi, Sayı: 3-4, 1993, s. 385- 388, s. 386, (Kısaltılmışı: KILIÇOĞLU, 1993).

- KILIÇOĞLU, Ahmet, “Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırıların Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler”, TBB Dergisi, Sayı: 3, 1990, s. 371- 400, (Kısaltılmışı: KILIÇOĞLU, 1990).
- KIRKEY, Shirley, “Do You Know Where Your Child's Image Is? Pedophiles Sharing Photos From Parents' Social Media Accounts”, <https://nationalpost.com/news/canada/photos-shared-on-pedophile-sites-taken-from-parents-social-media-accounts>, (Erişim Tarihi: 24.06.2021).
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2012.
- ÖZBEY, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBB Dergisi, Sayı: 106, 2013, s. 41- 92.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2010.
- ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G., Çocuğun Kişilik Hakkı ve Çocuğun Kişilik hakkının Hukuka Aykırı Fiillere Karşı Korunması, Ankara, 2019.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Çocukların Kişisel Verilerinin Sosyal Medya Aracılığıyla İşlenmesi”, Selçuk Hukuk Kongresi 2020 Özel Hukuk Tebliğleri Tam Metin Kitabı, Editörler: UYUMAZ, Alper /AKÇAAL, Mehmet / TÜZEMEN ATİK, Ebru, Nobel Akademik Yayıncılık, s. 303- 328.
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara, 2015.
- SCHIMKE, Anna, “Rechtliche Rahmenbedingungen der Veröffentlichung von Kinderfotos im Netz durch Eltern”, Neue Zeitschrift Für Familienrecht, Sayı: 19, 2019, s. 851–858.
- SERÇEMELİ, Ceyhun, “Ebeveynlerin Sosyal Medyadaki “Over-Sharenting” Davranışlarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, TURAN-SAM Uluslararası Bilimsel Hakemli Dergisi; p-ISSN: 1308-8041, e-ISSN: 1309-4033; Yıl: 2020; Ay: Aralık; Cilt: 12/SONBAHAR, Sayı: 48, s. 229- 237.
- SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005, (Kısaltılmışı: SEROZAN, Çocuk).

- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, İstanbul, 2011, (Kısaltılmışı: SEROZAN, Medeni).
- T.C. Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu/ UNIFEC; “Türkiye’de Çocuk İstismarı ve Aile İçi Şiddet Araştırması Özet Raporu”, 2010, https://www.unicef.org/turkey/sites/unicef.org.turkey/files/2019-02/cocuk-istismari-raporu-tr_1.pdf, (Erişim Tarihi: 24.06.2021).
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2017.
- The Telegraph, “Parents discover children’s Facebook photos on Russian paedophile website”, 13.01.2015, <https://www.telegraph.co.uk/news/uknews/crime/11342175/Parents-discover-childrens-Facebook-photos-on-Russian-paedophile-website.html>, (Erişim Tarihi: 24.06.2021).
- UZUN, Sevde, “Velayet Hakkı Bağlamında Çocuğun Görüntüsünün Sosyal Medyada Paylaşılması ve Ortaya Çıkabilecek Hukuki Meseleler”, [http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/Cocugun%20Goruntusunun%20Sosyal%20Medyada%20Paylasilmasina%20Dair%20Hukuki%20Meseleler%20\(S.Uzun\).pdf](http://humanistburo.org/dosyalar/humdosya/Cocugun%20Goruntusunun%20Sosyal%20Medyada%20Paylasilmasina%20Dair%20Hukuki%20Meseleler%20(S.Uzun).pdf), (Erişim Tarihi: 22.06.2021).
- von CAEMMERER, Ernst, “Alman Hukukuna Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması”, Çeviren: ÖZSUNAY, Ergun, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 10, 1973, s. 69- 83.
- YAVUZ, Can, “Sosyal Medya Ebeveynliği ve Çocukların Unutulma Hakkı”, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2020, s. 15-51.
- YILDIZ, Tuba, Kişilik Hakları Açısından Unutulma Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019.
- YÜKSEL, Sera Reyhani; Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul, 2016.