



Ankara Barosu

DERGİSİ

Yıl: 79 Sayı: 2021/3 ISSN 1300-9885

BİR GELİNCİĞE DE SEN
DESTEK OL (TURKCELL ve VODAFONE)

"BAGIS" yaz
Gönder **4306**'ya

Projeye gönderdiğiniz her SMS ile
5 TL'lik destek olabilirsiniz!

ANKARA BAROSU BAŞKANLIĞI

Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA T: 0.312 416 72 00 F: 0.312 309 22 37
www.ankarabarusu.org.tr ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

ANKARA BAROSU EĞİTİM VE KÜLTÜR MERKEZİ (ABEM)

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T: 0.312 416 72 00

GÖLBAŞI AVUKAT ÖZDEMİR ÖZOK SOSYAL TESİSİ

Gazi Osman Paşa Mah. Sahil Cd. No:46 Gölbaşı/ANKARA
T: 0.312 485 03 93-484 46 06

ANKARA BAROSU GELİNCİK MERKEZİ

İhlamur Sk. No:1 Kızılay/ANKARA T: 0.312 444 43 06 (5 Hat)
www.gelincikprojesi.org.tr

Ankara Barosu Dergisi'nde yayımlanmakta olan makaleler
Journal of Ankara Bar Association is being permanently



hukuk veritabanlarında taranmaktadır.
indexed in law databases.

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat:5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

abym@ankarabarusu.org.tr

Mizanpaj | Page Layout

Ankara Barosu | Ankara Bar Association

Basım Tarihi | Printing Date

2021

Baskı ve Cilt | Printing and Bookbinding

ARCS Dijital Ofset Matbaacılık

<http://arcs.com.tr>

Dergide yayımlanan yazıların herhangi bir bölümü veya tamamı kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

No part of this publication may be reproduced or published in any form or by any means without reference to the review.

**ANKARA BAROSU DERGİSİ**

Üç Aylık (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim)
Hakemli, Bilimsel ve Mesleki Yerel Süreli Yayın
Ankara Barosu Başkanlığı, 2021
Tüm Hakları Saklıdır.
ISSN 1300-9885

**Dergide ileri sürülen görüşler
yazarlarına aittir.**

JOURNAL OF ANKARA BAR ASSOCIATION

is a refereed review, issued quarterly
(January, April, July, October)
Presidency of Ankara Bar Association, 2021
All Rights Reserved.
ISSN 1300-9885

**Articles published in this review reflect
the views of the authors.**

Sahibi Ankara Barosu Adına / Owner on Behalf of Ankara Bar Association
Av. Kemal KORANEL

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editor
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Editör / Editor
Doç. Dr. Veysel DİNLER

Eş Editör / Peer Editor
Av. Pınar NUR

ANKARA BAROSU YAYINLARI MERKEZİ
ANKARA BAR ASSOCIATION PUBLICATION CENTER

Koordinatör Yönetim Kurulu Üyesi / Coordinator Board Member
Av. Dr. Mahcemal SEYHAN

Merkez Başkanı / Head of the Center
Av. Prof. Dr. Cenker GÖKER

Başkan Yardımcısı / Vice President
Av. Pınar NUR

Genel Sekreter / Secretary
Av. Semra CİVAN

Sayman / Bookkeeper
Av. Uğur DOĞUŞ

Üyeler / Members

1. Av. Hacer Dilek BACANLI
2. Av. Nebile KISA İNCE
3. Av. Erkan KAYNARCA
4. Av. Ebru ALIUSTA
5. Av. Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN
6. Av. Ebru EREN
7. Av. Hatice İdil SELÇUK
8. Av. Elife UĞUR ÖRNEK
9. Av. Çiğdem DURKAN
10. Av. Pelin ATİLA
11. Av. Mehmet SEPİN
12. Av. Celal TOSUN
13. Av. Mehmet Refik ATALAY
14. Av. Pelin Bengü DAĞLI ASLAN
15. Av. Süleyman Sefa YAŞAR
16. Av. Sevda Nur GÜRSES
17. Av. Burak YILMAZ
18. Av. Ahmet COŞKUN
19. Av. Elif ŞAHİN
20. Av. Merve Sultan KOCAOĞLU
21. Av. Berra AKTAN
22. Av. Gözde UYSAL
23. Av. Ayça ELGİN
24. Av. Ömer GÜNAY
25. Av. Ahmet AVCI
26. Av. Emre AYDUĞAN
27. Av. Zeynep SÜRÜCÜ
28. Av. Ezgi SELÇUK
29. Av. Dilruba Begüm KARTEPE
30. Av. Merve SİZER
31. Av. İlayda YEŞİLTEPE
32. Av. Durulcan SELÇUK
33. Av. Salim Berkay AKSU
34. Av. Tansu Ceren ÖZÇELİK
35. Av. Ayşegül KARAGÖZ
36. Av. Oğuzhan TUNA
37. Av. Ümmü Bilge GÜNDÜZ
38. Av. İrem Nur GÖKGÜL
39. Av. Berkay ÖZDEMİR
40. Av. Leyla ŞAHAN
41. Av. Meltem ŞAHİN
42. Av. Selman BOZOKLU
43. Av. Emre ALTUN
44. Av. Hatice ŞAKALAR
45. Av. Nuran İZBELİ

(Sicil numarasına göre)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

(Soyadı sırasına göre)

ÖZEL HUKUK

Avrupa Birliği Hukuku

ARAT, M. Tuğrul	Prof. Dr.	TOBB ETÜ İİBF Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler
BAYKAL, Sanem Suphiye	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖÇMEN, İlke	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Deniz Hukuku

DEMİR, İsmail	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAN, Hakan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

AKIN, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ufuk	Prof. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAŞTERZİ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BAYCIK, Gaye	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
CENDEL, Tankut	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTÜRK, Şükran	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOĞLU, Ali Mehmet	Prof. Dr.	Uluslararası Fırat Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKMAZ, Fahrettin	Prof. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OKUR, Ali Rıza	Prof. Dr.	Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜÇŞİK, Hasan Fehim	Prof. Dr.	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIZ, Gaye Burcu	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Fikri Mülkiyet Hukuku

OĞUZ, Arzu	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya	Doç. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku

AKKAYA, Tolga	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARSLAN, Aziz Serkan	Dr. Öğr. Ü.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

ARSLAN, Ramazan	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AŞIK, İbrahim	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATALI, Murat	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BORAN GÜNEYSU, Nilüfer	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Mustafa Serdar	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEKES, Muhammet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYHAN, İsmet	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
TANRIVER, Süha	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Ejder M. A.	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk		
ABİK, Yıldız	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ALTAŞ, Hüseyin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDIN, Ramazan	Dr. Öğr. Ü.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AYDOS, Oğuz Sadık	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BELEN, Herdem	Doç. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİR, Mehmet	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DOĞAN, Murat	Prof. Dr.	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EREN, Fikret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERZURUMLUOĞLU, Erzan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜVEN, Kudret	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İŞGÜZAR, Hasan	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAMAN, Arif B.	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KÜLAHÇI, Şölen	Doç. Dr.	Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANEMRE YAYLA, Hatice Tolunay	Doç. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu Gülseren	Dr. Öğr. Ü.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Demet	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZLÜK, Betül	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Bilge	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

SARAN, Birol	Dr. Öğr. Ü.	Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN DOĞRAMACI, Hayriye	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILMAZ, Süleyman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Roma Hukuku

GÜNAL, Nadi	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜRTEN, Kadir	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ticaret Hukuku

CAN, Mertol	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇAĞLAR, Hayrettin	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇETİNER, Selma	Prof. Dr.	Girne Amerikan Üniversitesi
DEMİRAYAK, Ezgi Başak	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
EROĞLU, Muzaffer	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖLE, O. Celal	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACİMAHMUTOĞLU, Sibel	Doç. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZCAN, Fatma	Dr. Öğr. Ü.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZDAMAR, Mehmet	Prof. Dr.	Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTAN, Frat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ŞENOCAK, Kemal	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TURANBOY, Asuman	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YONGALIK, Aynur	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜRÜK, Ayşe Tülin	Doç. Dr.	(E) Öğretim Üyesi, Avukat, Eskişehir Barosu

Milletlerarası Özel Hukuk

AKINCI, Ziya	Prof. Dr.	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÇALIŞKAN, Yusuf	Prof. Dr.	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERTEN, Rifat	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNGÖR, Gülin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZKAN, Işıl	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RUHİ, Ahmet Cemal	Dr. Öğr. Ü.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TİRYAKIOĞLU, Bilgin	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

KAMU HUKUKU

Anayasa Hukuku		
AKBULUT, Olgun	Doç. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ANAYURT, Ömer	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Hukuk Fakültesi
DEMİRAY, Nezahat	Dr. Öğr. Ü.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ESEN, Selin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FENDOĞLU, Hasan Tahsin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖNENÇ, Levent	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KABOĞLU, İbrahim Özden	Prof. Dr.	
KANADOĞLU, Osman Korkut	Prof. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KESER, Hayri	Doç. Dr.	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KORKUT, Y. Levent	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ONAR, Erdal	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBUDUN, Ergun	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TUNÇ, Hasan	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ULUŞAHİN, Nur	Dr. Öğr. Ü.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Bülent	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku		
ARSLAN, Çetin	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARTUK, Mehmet Emin	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
BIÇAK, Vahit	Prof. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
CENDEL, Nur	Prof. Dr.	Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DEĞİRMENCİ, Olgun	Doç. Dr.	TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi
DEMİRBAŞ, Ali Timur	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
DÜLGER, Murat Volkan	Doç. Dr.	İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERDAĞ, Ali İhsan	Doç. Dr.	Avukat, Ankara Barosu
ERDEM, Mustafa Ruhan	Prof. Dr.	Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ERİŞ, A. Uğur	Dr. Öğr. Ü.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
FEYZİOĞLU, Metin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÖKTÜRK, Neslihan	Doç. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

GÜLŞEN, Recep	Prof. Dr.	İğdır Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi
GÜNGÖR, Devrim	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HAFIZOĞULLARI, Zeki	Prof. Dr.	Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KARAKEHYA, Hakan	Doç. Dr.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KATOĞLU, Tuğrul	Prof. Dr.	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCA, Mahmut	Prof. Dr.	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KOCAOĞLU, Serhat Sinan	Doç. Dr.	Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZBEK, Veli Özer	Prof. Dr.	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZEN, Muharrem	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZGENÇ, İzzet	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Bahri	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SIRMA GEZER, Özge	Dr. Öğr. Ü.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SOYASLAN, Doğan	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞAHİN, Cumhuri	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ŞEN, Ersan	Prof. Dr.	Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TAŞKIN, Ozan Ercan	Dr. Öğr. Ü.	Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEZCAN, Durmuş	Prof. Dr.	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TOROSLU, Nevzat	Prof. Dr.	Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNVER, Yener	Prof. Dr.	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜZÜLMEZ, İlhan	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Genel Kamu Hukuku / Siyaset Bilimi		
ÇEÇEN, Anıl	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
GEMALMAZ, Haydar Burak	Doç. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNEŞ, Ahmet Mithat	Doç. Dr.	Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HASPOLAT, Mehmet Emin	Doç. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
MUMCUOĞLU, Maksut	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (E)
ÖZKAZANÇ, Alev	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi (E)

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji		
KAYA, Emir	Doç. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KUÇURADI, İonna	Prof. Dr.	Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü (E)
ÖKÇESİZ, Hayrettin	Prof. Dr.	
UYGUR, Gülriz	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜMİT ATILGAN, Eylem	Doç. Dr.	Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜYE, Saim	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YÜCEL, Mustafa Tören	Prof. Dr.	Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hukuk Tarihi		
AVCI, Mustafa	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KONAN, Belkis	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İdare Hukuku		
AKINCI, Müslüm	Prof. Dr.	Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ARDIÇOĞLU, M. Artuk	Dr. Öğr. Ü.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ASLAN, Zehrettin	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ATAY, Ender Ethem	Prof. Dr.	Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜLAN, Aydın	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GÜNDAY, Metin	Prof. Dr.	Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
HACIMURATLAR SEVİNÇ, Zeliha	Dr. Öğr. Ü.	MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
KENT, Bülent	Prof. Dr.	Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ODYAKMAZ, Zehra	Prof. Dr.	Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
OZANSOY, Cüneyt	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
ÖZTÜRK, Kaya Burak	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SAYGIN, Engin	Doç. Dr.	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
SEZGİNER, Murat	Prof. Dr.	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi
TEKİNSOY, M. Ayhan	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
YILDIRIM, Turan	Prof. Dr.	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN DANIŞMANLARI | BOARD OF ADVISORS

Mali Hukuk		
AÇAR, Serkan	Dr.	Avukat / Ankara Barosu
AKKAYA, Mustafa	Prof. Dr.	Atılım Hukuk Fakóltesi
BAYAR, İbrahim Nihat	Dr. Öğr. Ü.	TOBB ETÜ Hukuk Fakóltesi
GÖKER, Cenker	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Milletlerarası Hukuk		
ABDULLAHZADE, Cavid	Doç. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKİPEK, Serap	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
AKSAR, Yusuf	Prof. Dr.	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
BAŐEREN, Sertaç Hami	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
BOZKURT, Enver	Prof. Dr.	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi
KESKİN, Funda	Prof. Dr.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakóltesi
TÜTÜNCÜ, Ayşenur	Prof. Dr.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

ANKARA BAROSU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Ankara Barosu Dergisine gönderilen hakemli makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale yazarı gerekli tüm bilgileri (sırasıyla unvan, ad-soyad, ORCID numarası, güncel iletişim adresi, güncel e-posta adresi, güncel cep telefonu numarası) makalenin son sayfasına tam ve nizami şekilde eklemelidir. Makaleyi gönderen yazarın iletişim bilgilerini unutmaması, yanlış veya eksik bilgi göndermesi durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
3. Makaleler Microsoft Word programında (.doc veya .docx formatında) otomatik sayfa numaraları sayfanın altında verilmiş olarak (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil, normal satır aralığı) **abym@ankarabarusu.org.tr** adresine gönderilmelidir.
4. Makale başlığı tamamen büyük harflerle, makale yazarının unvanı kısaltma kurallarına uygun biçimde, SOYADI/İKİNCİ SOYADI (Kullanıyor ise) ise tamamen BÜYÜK HARFLERLE yazılmalı, ORCID numarası ismin altına eklenmelidir. Örneğin;
Av. "Adı SOYADI"
<https://orcid.org/0000-0001-0002-0003>
5. Makale yazarı; makalesindeki yazım hatalarını düzelterip, kontrol ettikten sonra eksiksiz bir şekilde göndermekle yükümlüdür. Ayrıca birinci hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin olması durumunda; makale yazarınca Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi (Metnin vurgulayıcı kalemle işaretlenmiş gibi görünmesini sağlar)" SARI renk verilerek, ikinci hakem tarafınca belirtilen değişikliklerin olması durumunda; makale yazarınca bu değişiklikler Word belgesinde "Metin Vurgu Rengi" MOR renk verilerek ve düzenlenen makalenin isim bölümüne tarih eklenerek yeniden mail aracılığı ile iletilmesi gerekmektedir.
6. Dergiye gönderilen yazıların son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın gönderdiği şekliyle yazısını "başım" verdiği kabul edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, dipnotların hatalı/kaymış olması veya boş unutulması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
7. Dipnotlar Microsoft Word programında otomatik olarak verilerek sayfa altında gösterilmeli, kaynakçaya yer verilmelidir.
8. Hakem denetiminden geçmesi istenen makalelerde en az 100, en çok 120 sözcükten oluşan tek paragraf Türkçe ve İngilizce özetlerin; her iki dilde yazı başlığının ve 5 adet anahtar sözcüğün de yazının başına eklenerek gönderilmesi gerekmektedir. Yazara ait makale; Makalenin tam Türkçe başlığı, Yazarın Unvanı Adı SOYADI, ORCID numarası, ÖZ, Anahtar Kelimeler, Makalenin tam İngilizce başlığı, ABSTRACT, Keywords şeklinde sıralanmalıdır.

9. Ankara Barosu Yayınları Merkezince ilk değerlendirmesi yapılan yazılardan yazarı tarafından hakem denetiminden geçmesi istenenler, Editör/Eş Editörce ULAKBİM kriterleri doğrultusunda hakem incelemesinden geçirilecektir. ULAKBİM, en az iki hakem denetimi koşulunu benimsediğinden yazı değerlendirme süreçleri değişken bir zaman aralığına yayılmakta olup, yazarların yazılarını gönderirken bunu göz önüne almaları gerekir. Hakem sürecinin nihai olarak olumsuz olması halinde, ikinci bir hakem denetimi süreci başlatılmayacaktır. Hakem raporlarında düzeltme istendiği takdirde, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecek ve düzeltilmiş metinler için yine hakem onayı alınacaktır.
10. Yazarı tarafından hakem denetiminden geçirilmesi istenmeyen makaleler Ankara Barosu Yayınları Merkezi tarafından değerlendirilecek ve makalenin yayımlanmasına, hazırlanan rapor çerçevesinde yazardan düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Yayımlanması Ankara Barosu Yayınları Merkezi ya da hakem/hakemler tarafından uygun bulunmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazarların her yıl dört sayı olarak yayınlanan dergimizin 1. sayısının 15 Nisan'a, 2. sayısının 15 Temmuz'a, 3. sayısının 15 Ekim'e, 4. sayısının gelen yılın 15 Ocak tarihine kadar yayınlanabileceğini göz önüne almaları gerekir.
12. 2020/1 sayısından itibaren dergimizde her sayı en çok beş hakemli makaleye yer verileceğinden yazarların bu hususu da göz önüne almaları gerekir.
13. Ankara Barosu Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, kabul edilen yazıların, tüm yayın haklarına sahiptir. **Yazılar için telif ücreti ödenmez.**
14. Dergimizin son sayısı ve eski sayılarına **www.ankarabarusu.org.tr** adresinden **e-Yayın** sekmesine tıklayarak ulaşabilir, pdf formatında dergiyi okuyabilir veya indirebilirsiniz.

**Ankara Barosu Dergisi Yayın İlkeleri'ne şartları uymayan yazılar,
TÜBİTAK–ULAKBİM veritabanının gerekliliklerinden dolayı,
Editör / Eş Editör tarafından yapılacak ön kabul edilebilirlik incelemesi
sonrasında hemen reddedilecektir. Bundan dolayı gönderilecek
hakemli veya hakemsiz makalelerin yukarıdaki ilkelerdeki bütün
şartları şekil ve esas olarak sağlaması gereklidir.**

Başkanın Mesajı President's Messages	XVIII
Av. Kemal KORANEL	

Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

- 1** Türk Medeni Kanunu (Komşuluk Hukuku) Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması..... 1
Av. Dr. Atakan Âdem SELANİK
- 2** Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Klinik Araştırmalarında Kişilik Haklarının Korunması..... 33
Dr. Öğr. Üyesi Ayşe EROL
- 3** Belediyelerin Bağış Kabul Etme Yetkisi..... 111
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep MÜFTÜOĞLU
- 4** COVID-19 Çerçevesinde Alınan Tedbirlerin Temel Hak ve Özgürlükler, Hukuka Uygunluk ve İdarenin Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi..... 147
Dr. Öğr. Üyesi Murat Buğra TAHTALI
- 5** COVID-19 Salgınının İş Hukuku Bakımından Nitelendirilmesi.... 205
Av. Doç. Dr. Gaye BAYCIK
Arş. Gör. Hazal TOLU YILMAZ

Makaleler

Articles

- 1** Dillere Pelesenk Bir Tartışma: “Sosyal Medya Düzenlemeleri”
(Dünü, Bugünü ve Yarını) 255
Prof. Dr. Çetin ARSLAN
Arş. Gör. Kadir Can ÖZEL
- 2** Uzaktan Çalışan İşçi Avukatlar 285
Av. Tarık Buğra KAYA
- 3** Yargıtay’ın Hükmen Tutukluluk İçtihadına
Eleştirel Bir Yaklaşım 311
Av. Kevser KARALI

BAŞKANIN MESAJI

PRESIDENT'S MESSAGES

Kıymetli MeslektaŐlarım,

Hukuk Devleti ilkesi, tüm çağdaş anayasalarda yer alan bir ilkedir. Ancak anayasalarda yer alması onun yasama, yürütme ve yargı erklerince ve toplumun tüm katmanlarında geçerlik kazanmasına yeterli olmayabilir. Bu anlamda, gerçekleştirilen tüm faaliyetlerde hukuka uygun hareket edilmesinin temin edilerek hukuki güvenliğin sağlanması elzemdir.

Yargı erkinin kurucu unsurlarından biri ve kutsal bir parçası olan savunmanın hukuka bağlılığı da, hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından birisini teşkil etmektedir. Nitekim avukatlık mesleğinin sıradan bir meslek olmadığı aşıkardır. Öyle ki; hak, hukuk, adalet arayanların ilk kapısını çaldığı biz avukatların, müvekkillerimize bu hizmetleri sunarken, kendimizin bunlardan ayrılması ve hukuk dışı işlemlere taraf olması beklenemez.

Türkiye Cumhuriyeti'nin Kurucusu, ebedi liderimiz Gazi Mustafa Kemal ATATÜRK'ün veciz sözünde dile getirdiği gibi "Vatanını en çok seven görevini en iyi yapandır." Bu anlamda biz avukatlar; laik, demokratik, sosyal hukuk devletine bağlılığımızla ve yurtsever duygularla görevimizin en iyisini yapmanın bilinci ile hareket ediyoruz.

Bu kapsamda elinizde yer alan ve yeni Ankara Barosu Yayınları Merkezimiz tarafından hazırlanan Ankara Barosu Dergisi'nin 2021/3 sayısında yer alan birbirinden değerli yazarların kaleme aldığı hakemli ve hakemsiz makalelerin okuyuculara faydalı olmasını diliyor, dergimizin yayıma hazırlanmasında emeği geçenlere ve bilim yolunda verdikleri emekle hepimize umut olan tüm yazarlarımıza teşekkür ediyorum.

Hukuk Devleti'nin sonsuza dek bu topraklarda var olması umudu ve kararlılığıyla.

Av. Kemal KORANEL

Ankara Barosu Başkanı



Hakemli Makaleler

Peer Reviewed Articles

Türk Medeni Kanunu (Komşuluk Hukuku) Açısından Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması

Atakan Âdem SELANİK*

Makalenin Geliş Tarihi: 05.05.2021 **Kabul Tarihi:** 01.07.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1041098](https://doi.org/10.30915/abd.1041098)

* Av. Dr. / İstanbul Barosu.
<https://orcid.org/0000-0002-4713-2081>

TÜRK MEDENİ KANUNU (KOMŞULUK HUKUKU) AÇISINDAN MÜLKİYET HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

ÖZ

Mülkiyet hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde yer alan bir insan hakkıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası mülkiyet hakkının sadece yasal düzenlemeler ile sınırlandırılabilmesine izin vermektedir. Komşuluk hukuku tarih boyunca belirli kurallarla yönetilmiştir. Roma Hukuku döneminden günümüze gelen düzenlemelerde çok belirgin benzerlikler göze çarpmaktadır. Bu kuralların bugün dahi çözüm ürettiği görülmektedir. Dünyada artan nüfus, etkileşimin artması, teknolojinin ilerlemesi ile komşu kavramı genişlemektedir. Klasik anlamda komşuların birbirlerine karşı taşkın eylemleri kanunlarda belirtilmiştir. Bu belirtmenin sınırlı mı olduğu yoksa örnekleme mi olduğu hususunun tespiti gerekmektedir. Bu tespit gelecekte ortaya çıkacak taşkınlıkların çözümü açısından da yol gösterici olacaktır.

Bu çalışmada mevcut düzenlemelerin ileride ortaya çıkacak uyuşmazlıkları çözümlenebilirliği tartışılmıştır. Mülkiyet hakkının Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen komşuluk hukuku kapsamında sınırlamalarını, Yargıtay ve doktrin görüşleri ile birlikte değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Türk Medeni Kanunu

Komşuluk Hukuku

Mülkiyet Hakkı

Mülkiyeti Hakkının Sınırlandırılması

Sorumluluk Hukuku

LIMITATION OF THE PROPERTY RIGHT IN TERMS OF TURKISH CIVIL LAW (NEIGHBORHOOD LAW)

ABSTRACT

The right to property is a human right recognized by the Universal Declaration of Human Rights. The Constitution of the Republic of Turkey allows the property right to be limited only by legal regulations. Neighborhood law has been governed by certain rules throughout history. There are very similarities in the arrangements from the Roman Law period to the present day. It is seen that these rules produce solutions even today. The concept of neighbor is has been expanding with the increasing population in the world, the increase of interaction and the advancement of technology. In the classical sense, the unfair actions of neighbors against each other are specified in the laws. It should be determined whether this specification is limited or sampling. This determination will also be a guide in terms of the solution of future disagreement.

In this study, the power of current regulations to resolve conflicts that may arise in the future will be discussed. We will evaluate the limitations of the property right within the scope of the neighborhood law regulated in the Turkish Civil Code together with the Supreme Court and doctrine opinions.

Keywords

Turkish Civil Law

Neighborhood Law

Property Right

Limitation of Property Right

Liability Law

GİRİŞ

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 17. maddesi'nde *herkesin mülkiyet hakkı olduğunu, kimsenin mülkiyet hakkından keyfi olarak yoksun bırakılmayacağı* düzenlemiştir. Türk Hukuku açısından mülkiyet hakkı, ancak yasal düzenlemeler ile sınırlandırılabilir (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası^[1] madde 35). Türk Medeni Kanunu^[2] kapsamında taşınmaz mülkiyeti konusunda bazı yasal kısıtlama ve ödevlere yer verilmiştir. *Komşu hakkı* başlığı ile öngörülen ödev ve yükümlülükler de bu düzenlemeler arasındadır.

Roma Hukuku'ndan bu yana, komşu ev/araziden gelen duman, kötü koku, komşunun taşkın yapısı, komşu arazisine taşan ağaç, kök, dal ve meyveler ve komşu araziden gelen taşkın suların sebep olduğu zararlar ile ilgili düzenlemeler yapılagelmiştir. Taşınmaz mülkiyetinden kaynaklanan sorumluluk, kusursuz sorumluluktur. Bu yükümlülükler aykırılık ile zararın doğmuş olması veya bazı durumlarda zararın meydana gelme ihtimali arasında illiyet bağının kurulması zararın tazminini gerektirecektir. Taşınmaz malikinin kusurlu olması aranmayacaktır. Malikin kasti davranışı, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusuru, tazminatın belirlenmesi kapsamında ele alınmaktadır.

Taşınmaz, mülkiyet, malik, komşu, netice sorumluluğu kavramlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Teknolojinin ilerlemesi ile kişilerin birbirlerine olan etkileri komşuluk hukuku çerçevesinde de değerlendirilmelidir. Türk Medeni Kanunu'nda taşkın eylem olarak nitelendirilen eylemlerin örneklendirme olarak değerlendirilmesi halinde benzer eylemlerin de taşkın eylem sayılması, teknolojik gelişmelerle yaşanacak etkileşim sebebiyle ortaya çıkacak zararların tazminini sağlayacaktır. Günümüzde yapay zekâ robotların artacağı düşünüldüğünde kusur aranmaksızın sorumluluğun söz konusu olacağı düzenlemelerin daha çok gündeme gelmesi ve uygulanması sağlanmalıdır. Mesafesi uzak olsa dahi komşunun sahip olduğu bir araçtan kaynaklanan zarar da komşuluk hukuku kapsamında değerlendirilebilir.

Doktrin ve Yargıtay kararları ele alınarak, gelecekte ortaya çıkacak uyumsuzlukların da çözümü sırasında kaynak oluşturması amacıyla yaptığımız çalışmamızın ilk bölümünde, taşınmaz mülkiyeti, malik kavramları ile

[1] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarih: 09/11/1982, Sayı: 17863 (Mükerrer).

[2] Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22/11/2001, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 08/12/2001, Sayı: 24607.

mülkiyet hakkının konu ve kapsamı açıklanmıştır. İkinci bölümde ise komşu, komşuluk hukuku başlığında düzenlenen, taşınmaz mülkiyetinin sınırlamaları arasında sayılan taşkınlıktan kaçınma yükümlülüğü, kazı ve yapılar, bitkiler ve fazla suyun akıtılması hususlarını düzenleyen Türk Medeni Kanunu hükümlerini incelenmiştir.

I. Türk Medeni Kanunu Açısından Taşınmaz Mülkiyeti

A. Mülkiyet Hakkı

Eşya, şey kelimesinin çoğulu, taşınabilir anlamındadır^[3]. Eşyanın, fiziki değerinden bağımsız olarak maddi değeri vardır^[4]. Eşyanın taşınmaz olarak nitelenmesi *özüne zarar vermeden* taşınmasının mümkün olmamasına bağlıdır^[5].

Malik ile eşya arasındaki ilişkiyi ise mülkiyet hakkı olarak adlandırabiliriz^[6]. Temel ilkeye göre malik, başkalarına zarar vermemek koşulu ile mülkiyet hakkını dilediği gibi kullanabilir^[7]. Bu sebeple mülkiyet hakkı, eşya üzerinde hâkimiyet ve en geniş yetkileri tanıyan aynı hak olarak kabul edilmektedir. *Kullanma, yararlanma ve tasarruf etme* yetkisi veren mülkiyet hakkı, aynı

-
- [3] Hüseyin Hatemi ve Aydın Aybay, Eşya Hukuku, (4. baskı, Vedat 2014) 4-5.
- [4] Tahir Çağa ve Kender, Rayegan, Deniz Ticaret Hukuku: Navlun Sözleşmesi, II (9. baskı, 12 Levha 2010) 2.
- [5] Hatemi ve Aybay (no 4) 13; A. Lâle Sirmen, Eşya Hukuku (7. baskı, Yetkin 2019) 239; Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku (4. baskı, Yetkin 2016) 195-197; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku (20. baskı, Filiz Yayınevi 2017) 5-8; Şeref Ertaş, Eşya Hukuku (13. baskı, Barış Yayınları 2017) 8; Mustafa Reşit Karahasan, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku (Seçkin 2007) 529-532; Kemal Tahir Gürsoy, Fikret Eren and Erol Cansel, Türk Eşya Hukuku (2. baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984) 26-28; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, Tekinay Eşya Hukuku-II (7. baskı, Filiz Yayınevi 1993) 9-11; Turgut Akıntürk, Derya Ateş and Jale Akipek, Eşya Hukuku (2. baskı, Beta 2018) 455; Mehmet Ayan, Eşya Hukuku-I (Zilyetlik ve Tapu Sicili) (13. baskı, Seçkin 2016) 15.
- [6] Hasan Tahsin Fendoğlu, Hukuk Tarihimizde Temel Haklar (Mimoza 1994) 143.
- [7] Mustafa Reşit Karahasan, Tazminat Davaları, (İstanbul Matbaası 1976) 205.

zamanda hak sahibine *başkalarının bu hakka müdahale etmemesini isteme ve hakka konu olan şeyi kullanmalarına engel olma hakkı* da vermektedir^[8].

Mülkiyet hakkı, yaşamla beraber sürekli olarak değişikliğe uğrayan, bu sebeple kapsam ve konusu yer ve zamana göre değişebilen *sosyal bir müessese* olarak kabul edilmiştir^[9]. Örneğin, önceleri, taşınmazlar arası, beş ayak boşluk bırakılması kuralı uygulanmış, zamanla, taşınmazlar arası boşlukların daha sıkışık hale gelmesiyle, başkasının taşınmazından geçme, su geçirme gibi haklar tanınmaya başlanmıştır. *Anayola çıkmak*^[10] veya *ölünün mezarına gitmek*^[11] için zorunlu geçit hakları tanınmıştır^[12]. Mülkiyet hakkı, klasik dönemden, modern (sosyal) döneme doğru ilerledikçe, kısıtlamalara daha fazla yer verilir ölçüde evirilmiştir. Klasik dönemde mülkiyet hakkı sahibi, eşyayı kullanma, eşyadan faydalanma hakkını dilediği gibi kullanabilmiştir. Yine dilediği şekilde maddî veya hukukî tasarruflarda bulunabilme ve

- [8] Belgin Erdoğan, Roma Eşya Hukuku (7. baskı, Der Yayınları 2018) 39-41; Paul Koschaker, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları Çeviren: Kudret Ayiter (Ankara Üniversitesi Yayınevi 1977) 115-117; Ziya Umur, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar) (Filiz 1985) 28 vd; Buse Aksaray, 'Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları' SDÜHFD, 9 (1) 2019 (61-100) 65 vd.
- [9] Edip Serdengeçti, 'Mülkiyet Nehçinin Tekâmül Veçesi' İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1956 (1-4) 300; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, 'Mülkiyetin ve menfaatin mukaddesleşmesi ve hukuk kaideleri' Sosyal Hukuk, 1949 (10) 433; Sekip Tunç, "Mülkiyet meselesi" Türk Ekonomi Dergisi 1948-49 (65) 274; Jale G Akipek, Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar)-II (2nd, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973) 1 vd.
- [10] Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Eşya Hukuku, Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış (5th, Turhan 2008) 98-99.
- [11] Salvatore Di Marzo, Roma Hukuku, Çeviren: Ziya Umur (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1959) 247-248; Aksaray (no 8) 70-71; Fustel De Coulanges, Antik Site: Yunan'dan Roma'ya Kadar Tapınma, Hukuk ve Kurumlar Üzerine İnceleme, Çeviren: İsmail Kılınç (Epos Yayınevi 2011) 67.
- [12] Umur, Ayni Haklar, (no 8) 90-91; Erdoğan (no 8) 104; Aksaray (no 8) 68; Çelebican (no 10) 98; Bülent Tahiroğlu, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları (3rd, Der 2001) 74; Bahar Öcal Apaydın, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları (Yetkin 2014) 31.

hatta eşyayı tahrip etme yetkisine sahip kılınmaktadır^[13]. Klâsik görüşün ferdiyetçi ve liberal mülkiyet anlayışı, mülkiyet hakkına, hak sahibi temelli yaklaşmaktadır. Bu görüş sosyal etkileşimin artmasıyla değişmeye başlamıştır. Zamanla, mutlak bir mülkiyet hakkının, toplumun ihtiyaçlarına ve menfaatlerine uygun olmadığı görülmüş; malik tarafından çevresinde yaşayanların ve kamu menfaatinin göz önünde tutulması görüşü oluşmaya başlamıştır. Bu doğrultuda mülkiyet hakkına, yasalarla sınırlamalar getirilmiş, malike sağlanan yetkiler yanında, ödevler de yüklenmiştir. Mülkiyet hakkı, hukuk düzeninin çizdiği çerçeve içerisinde, malikin başkalarına karşı ileri sürülebileceği hakları tanımıştır. Bireysel hak özelliği yanında sosyal ödev özelliği de öne çıkarılmıştır. Modern (sosyal) mülkiyet anlayışı ile bireyin değil, toplumun yararı esas alınmıştır^[14].

B. Taşınmaz Mülkiyetinin Konusu ve Kapsamı

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz mülkiyetinin konusu ve kapsamını düzenleyen hükümler mevcuttur. Taşınmaz mülkiyetinin konusu “1. Arazi, 2. Tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar^[15], 3. Kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler”, olarak sıralanmıştır (TMK m.704). Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı ise TMK 718’inci madde ile düzenlenmiştir. Buna göre “Arazi üzerindeki mülkiyet,

[13] Di Marzo (no 11) 216; Akipek, Ayni Haklar (no 9) 4-5; Sirmen (no 6) 239; Niyazi Öktem and Ahmet Ulvi Türkbâğ, Felsefe Sosyoloji Hukuk ve Devlet (7. baskı, Der Yayınları 2012) 284; Erkan Küçükgüngör, Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Savaş Yayınları 1998) 9-12; A. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları (39. baskı, Turhan Yayınevi 2017).

[14] Adnan Güriz, Teorik Açından Mülkiyet Sorunu (2. baskı, Siyasal 2018) 304-305; A. Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku (19. baskı, Turhan Yayınevi 2013) 168; Akipek, Ayni Haklar (no 9) 6 vd.

[15] Bağımsız ve sürekli haklar, ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle taşınmaz olarak nitelendirilmiş olup bu haklar devir ve sınırlama bakımından taşınmaz hükümlerine tabidir. Maddi açıdan taşınmaz niteliğinde değildir. Dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin içeriğini düzenleyen ve maddi bir toprak parçasını esas alan hükümler, bu haklar yönünden uygulama alanı bulamaz. Örneğin bu haklar üzerinde mülkiyet hakkı kurulamaz, ancak tapu kütüğünde yer alan bu haklar (Üst ve kaynak hakkı gibi) üzerinde sınırlı ayni hak kurulabileceği gibi, alım, önalım hakkı gibi kişisel haklar da kurulup tapu kütüğüne şerh verilebilir bkz. Eren, Mülkiyet Hukuku (no 13) 200-201; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 141.

kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer". Taşınmazlar bakımından sınırlı sayı ilkesi geçerlidir. Yasada sayılan eşya ve haklar dışında herhangi bir eşyanın taşınmaz olarak kabulü, tarafların kabulü olsa dahi mümkün olmayacağı gibi yasa ile taşınmaz olarak sayılan bir eşyaya, taşınır vasfının tanınması da mümkün değildir^[16].

Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı yatay, dikey ve maddi kapsam olmak üzere üçe ayrılmıştır. Mülkiyetin yatay kapsamı arazinin sınırlarını, dikey kapsamı arazinin üzerindeki hava ve altındaki arz katmanlarını, madde itibariyle kapsamı ise yatay ve dikey kapsam alanı içinde bulunan malları ifade eder^[17].

Mülkiyete konu olan arazinin ayırt edilmiş olması gerekmektedir. Belirli araçlarla sınırları çevrilmiş olmalıdır. Bu çevreleme, göl, nehir gibi doğal şekilde olabileceği gibi, duvar, çit, sınır bitkisi gibi beşerî de olabilir. *Yatay kapsam*, bu sınırlar dahilinde belirlenecektir. Türk Medeni Kanunu madde 719 taşınmaz sınırının tapu planları ve arz üzerindeki sınır işaretleriyle belirleneceğini düzenlemiştir^[18].

Arazinin, yüzeyden yukarıya havaya ve toprak tabakasından derine doğru hakimiyet alanı *dikey kapsam* olarak tanımlanmıştır. Bu kapsam, *arazi malikine, inşaat yapma, ağaç dikme, arazinin alt ve üstüne yapılacak saldırıları önleme hakkı tanımaktadır*. Dikey kapsam, malikin kullanma yararı gözetilerek İmar Kanunu, Maden Kanunu gibi kamu kaynaklı mevzuat hükümleri ile kısıtlanabilmektedir. Yerin çok altından geçen metro ve çok üzerinden geçen uçaklar, mülkiyet hakkına saldırı olarak nitelendirilmemektedir. Taşınmaz malikinin, kullanma yararı değil de komşusuna zarar verme

[16] Ayan (no 6) 155; Akipek, Aynı Haklar (no 9) 92; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 8.

[17] Ertaş (no 6) 349; Sirmen (no 6) 370.

[18] Eren (no 6) 329-332; Sirmen (no 6) 370; Aydın Zevkliler, Gayrimenkul Sınır İhtilafları (Pars Yayınevi 1976) 21-20.

maksatlı olarak, yapı faaliyeti, örneğin, komşunun görüş alanını etkileyecek yükseklikte duvar örme, olumlu yetki çerçevesinde değerlendirilemez^[19].

Yatay ve dikey kapsamda bulunan bitki, ağaç, yapı, su ve elektrik tesisi gibi varlıklar *taşınmaz mülkiyetinin madde itibarıyla kapsamı* olarak değerlendirilmektedir. Arazinin içinde, altında veya üstünde suni veya teknik bağlantılarla araziye bağlı, beşerî olarak meydana getirilmiş unsurlardır^[20].

II. Komşuluk Hukuku Kapsamında Taşınmaz Mülkiyetinin Sınırlandırılması

A. Genel Olarak

Özel hukuk açısından mülkiyet hakkı Türk Medeni Kanunu kapsamında düzenlenmiştir^[21]. 4721 sayılı TMK 683. maddesine göre bir şeye malik olan kimse, *hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir*^[22]. Malik, mülkiyet hakkını kullanırken, özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı yasa ile düzenlenen birtakım sınırlamalara^[23], hareket ve tasarruf imkanından

[19] Eren (no 6) 337-341; Sirmen (no 6) 371-373; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 390-392; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (no 6) 784-786; Gürsoy, Eren and Cansel (no 6) 566-569.

[20] Sirmen (no 6) 373-375; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 394; Eren (no 6) 342-343.

[21] Ertaş (no 6) 420; Ayan (no 6) 433-434; Selahattin Sulhi Tekinay, *Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri* (Filiz Kitabevi, 1988) 130 vd.; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 603; Yasemin Yılmaz, 'Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24 (2) Aralık 2018 (1146-1173) 1148.

[22] Aydın Zevkliler, 'Mülkiyet Hakkının Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler' Bülent Nuri Esen' e Armağan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1977 (563-606) 563; Jale Akipek, 'Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme' Adalet Dergisi (5) Ankara, 1967, (302-310) 302.

[23] Eren (no 6) 461-462; Ertaş (no 6) 411-413; Ayan (no 6) 434; Yılmaz (no 15) 1152; Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku* (Turhan 1981) 196-197; Asım Kaya, 'Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu', *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 11 (113) 2016 (47-56) 53; İbrahim S Çörtoğlu, *Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları* (TMK 661)

alığayan bazı ödevlere, tabi tutulmuştur. Malikin, taşınmazı kullanma, taşınmazdan yararlanma ve taşınmaz üzerinde tasarrufta bulunma gibi *aktif yetkilerinin yanı sıra mülkiyetindeki malı haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak ve el atmanın önlenmesi davaları açarak mülkiyet hakkını koruma imkânı sağlayan, koruyucu yetkileri; taşkın fiil yapmaktan kaçınma, toplum veya üçüncü kişiler yararı doğrultusunda mülkiyetine el atılmasına katlanma, ortak suyun veriminin artması için masraf yapma,* gibi ödevleri vardır^[24].

Malik komşularına karşı, taşkınlık yapmamak, yapı ve kazı yaparken zarar vermemek, doğal su akıntularına katlanmak, mecra geçirilmesi, geçit hakkı tanınması, giderlere katlanma gibi yükümlülüklerle yasada belirtilen şartlarda katılmak zorundadır^[25]. Komşular arasında iyi ilişki kurmak, iyi geçinmek ve zarar verici davranışlardan kaçınmak amacıyla getirilen düzenlemelere aykırı davranan malik, mülkiyet hakkını taşkınlık yaparak kullanılmış sayılır^[26].

1. Sorumluluğun Türü (Netice Sorumluluğu)

Hukuki sorumluluk ilkeleri, zaman içerisinde değişim göstererek sosyal, ekonomik ve kültürel değişimlere uyarlanmaktadır. Kusursuz sorumluluk kapsamında zararın giderilmesi borcu, zarar ile sorumluluğu doğuran olay arasında illiyet bağının kurulması ile doğar. Sonucun meydana gelip gelmediğine bakıldığından, sonuç (netice) sorumluluğu olarak da

(Ankara İktisadi ve Ticari İlimler 1982) 209-211; Haluk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet) (Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1961) 206-207.

[24] Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 223; Sirmen (no 6) 242; Akipek, Aynı Haklar (no 9) 73 vd; Akipek, Deneme (no 18) 302 vd; Hüseyin Hatemi, 'Eski Hukukumuzda Mülkiyet Kavramı ve Medeni Kanun Dönemi ile Karşılaştırılması' Medeni Kanun'un 50. Yılı (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1977) 21 vd; Hasan Petek, Taşınmaz Malikinin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (Yetkin 2005) 195 vd; Saim Tuğrul, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması (Kazancı Yayınları 2004) 67.

[25] Yargıtay 8. HD. 4293/7182, 25.10.2005. <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 07 Mayıs 2020)

[26] Karahasan (no 8) 205.

adlandırılmaktadır^[27]. Toplumların değişmesi, iktisadi ve sosyal ilişkilerin belirli temellere oturmasını sağlamıştır. İktisadi ve sosyal ilişkilerde temel değişiklikler yaşanmış, kişisel hukuktan kolektif hukuka geçiş oluşmaya başlamıştır. Modern çağ ile kusur sorumluluğunun yetersiz kaldığı alanlarda, kusursuz sorumluluk ilkesi güçlenmiştir^[28]. Sorumluluk hukuku, zararın, hangi hükümler uyarınca yüklenileceğini, bunlara hangi sonuçların bağlanacağına belirleyen kurallar bütünüdür^[29].

Komşular arası, mülkiyet hakkından doğabilecek sorumluluk ve ödevler, Türk Medeni Kanunu ‘*komşu hakkı*’ başlığı altında düzenlenmiştir. Komşu taşınmazdan gelebilecek her türlü zarar verici taşkınlıklara karşı komşunun korunması amaçlanmıştır. Öngörülen sorumluluk türü netice sorumluluğudur^[30]. Yargıtay içtihatları da incelendiğinde, sorumluluğun, kusur olmasa dahi doğduğu görülmektedir^[31]. Sorumluluğun doğması için hukuka aykırılık

[27] Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, 1.07.2012’de Yürürlüğe giren Yeni Borçlar Kanunu ve 13.01.2011’de yürürlüğe giren Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Düzenlenmiş Yeni Baskı (Der, 2016) 42-43; Türkan Rado, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku (14. baskı, Filiz 2019) 36.

[28] Tahiroğlu, Roma Borçlar, (no 27) 45-46.

[29] Tandoğan, Mesuliyet (no 19) 3-8 and 89; Eren (no 6) 490-492 ve 507-510; Zahit İmre, Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1949) 15-18 ve 49 vd.

[30] Karahasan (no 6) 1403; Ertaş (no 6) 409; Ayan (no 6) 434; Sirmen (no 6) 437; Hatemi and Aybay (no 4) 210; Akipek, Aynı Haklar (no 9) 235; Tekinay, Taşınmaz (no 15) 124; Tandoğan, Mes’uliyet (no 19) 202-203; Tandoğan, Kusura Dayanmayan (no 19) 189; Yılmaz (no 15) 1150; İmre (no 30) 185; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, Eşya Hukuku (Filiz 1991) 667; Turgut Akıntürk, Eşya Hukuku (İstanbul, 2009) 569-571; Turhan Esener and Kudret Güven, Eşya Hukuku (8th, Yetkin 2019) 283; Asım Kaya, ‘Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu’, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 11 (113) 2016, (47-56) 47; Yıldız Abik, ‘Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu’ Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV (3-4) 2010 (145-186) 146.

[31] YHGK. 1-545/723, 23.10.1996; 575-4/249, 20.02.2013; 3-573/611, 08.10.2008; 1-928/159, 23.03.1994; Yargıtay 1. HD. 4975/5150, 05.05.1978; 4774/5433, 12.05.1978; 14350/14955, 25.12.1981; 8287/10926, 26.11.1987; Yargıtay 3. HD. 9881/3099, 26.2.2015; Yargıtay 7. HD. 284/721, 14.03.2006; Yargıtay 8. HD. 3427/4057, 02.06.2003; 4293/7182, 25.10.2005; 7914/201, 22.01.2007; 3375/4706,

ile zarar arasında illiyet bağının kurulması yeterlidir. Hukuka aykırılığın devamlılığı, tekrar etmesi, tesadüfen olmaması, diğer taşınmaz üzerinde zarar etkisinin oluşması, yerel âdete göre komşular arasında hoşgörü sınırını aşması gerekmektedir. Hoşgörü sınırı somut olaya göre değerlendirilmekte komşular arasındaki denge gözetilmektedir. Zarar ile taşkınlık arasında illiyet bağı kesilir ise sorumluluk doğmayacaktır^[32].

2. Komşu Tanımı

Taşkınlık, birbirine bitişik komşular arasında olabileceği gibi birbirlerinden çok ayrı komşular arasında da olabilir^[33]. Taşkın kullanımdan zarar gören herkes komşu sayılmalıdır. Somut olaya göre yorumlamak gerekmektedir. Kişilerin komşu sayılması için birbirlerine yakınlık şart değildir. Mesafe açısından rakam vermekten özellikle kaçınılmıştır. Taşkınlığın etki alanı, komşu kavramını belirlemektedir. Komşu sayılabilmek için illaki malik

23.06.2003; Yargıtay 14. HD. 1094/1966, 05.03.1993; 4901/6570, 08.10.1999; 12864/139, 06.01.2014; 7928/9444, 20.06.2013 3648/6503, 09.10.2018; 9921/5809, 19.09.2018; 2775/6298, 03.10.2018; 1010/4582, 18.06.2018; 12896/3291, 24.04.2018; 17747/10086, 5.12.2016; 9262/10504, 17.11.2015; 13353/1414, 10.2.2015; 6654/12064, 30.10.2014. <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 07 Mayıs 2020)

[32] Ayan (no 6) 435-436; Çörtoğlu (no 19) 211-212; Akipek, Ayni Haklar (no 9) 235-236; Eren (no 6) 465-470; Tandoğan, Mesuliyet (no 19) 208-210; Tandoğan, Kusura Dayanmayan (no 19) 198-202; Sirmen (no 6) 439-442; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 598-599; Esener and Güven (no 31) 284; Ertaş (no 6) 412; Abik (no 31) 153-154; İmre (no 30) 185; Karahasan (no 6) 1299-1302 and 1401; Akıntürk (no 31) 570-571; *hâkim görüş, hakkın kötüye kullanımını da hak (TMK m.2) kavramının içerisinde değerlendirilerek, netice sorumluluğu olarak değerlendirilmiştir*. Bkz. Karahasan (no 6) 140; Tandoğan, Mesuliyet (no 19) 208; Tandoğan, Kusura Dayanmayan (no 19) 198; Akipek, Ayni Haklar (no 9) 235; Sirmen (no 6) 440; Akıntürk (no 31) 570; Yılmaz (no 15) 1155; Karşı görüş; Eren, taşınmaz malikinin taşkın fiilinin olağan sebep sorumluluğu kabulünün yanında mülkiyet hakkının ayrıca kötüye kullanımının, haksız fiil sorumluluğu olarak yorumlaması gerektiğini savunmuştur, diğer şartların varlığı halinde zararın gideriminin talep edileceğini belirtmiştir. Bkz. Eren (no 6) 466.

[33] Karahasan (no 8) 206 vd; Nurten Yetik, Eşya Hukuku (Ankara, Bilge 2003) 656.

olmak da gerekmemektedir. Kiracı^[34] olunabileceği gibi, kira ilişkisi olmaksızın taşınmazdan faydalanan kişi de olabilir^[35]. Komşu ve malik tanımları, uyumsuzluğun mahkemeye intikali halinde davanın taraflarını belirleyecektir. Komşu kavramına, bazı durumlarda herkes dahil olabilecektir. Zira, zarar gören, taşkınlığın etki alanında olan, komşu sayılmaktadır^[36].

B. Taşkın Eylemler, “Duman, Buğu, Kurum, Toz, Koku Çıkartmak, Gürültü veya Sarsıntı Yapmak” (TMK. m.737)

Taşkın eylem, komşu taşınmazda zarara sebebiyet vermişse veya zarar tehlikesi yaratıyorsa, bu fiilin engellenmesi, zarar doğurmuşsa, zararın giderimini talep hakkı söz konusu olacaktır. Türk Medeni Kanunu, ‘*Komşu Hakkı*’ başlığı altında, taşınmazı kullanma biçimini 737^[37] inci madde ile düzenlemiş, birtakım eylemleri (duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartmak, gürültü veya sarsıntı yapmak) örneklendirerek sayma yoluna gitmiştir^[38].

Taşkın etki yaratan eylem, komşu taşınmazda etkisinin hissedildiği, kişilere veya taşınmazda yer alan eşyalara zarar veren eylemdir. Bu eylemlerin taşkın

[34] Karahasan (no 6) 1293; Ertaş (no 6) 386; YETİK, Nurten, Eşya Hukuku, Bilge Yayınevi, Ankara, 2003, s.656; Yargıtay 8. HD. 7914/201, 22.01.2007. <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 07 Mayıs 2020)

[35] Yargıtay 1. HD. 4774/5433, 12.05.1978; 14350/14955, 25.12.1981 <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 07 Mayıs 2020)

[36] Akipek, Ayni Haklar (no 9) 237; Akıntürk (no 31) 571; *diğer görüş, herkesi korumak üzere olan düzenlemenin, herkesi; sadece komşulara özgü düzenlemenin sadece komşuları korumaya yönelik olduğunu savunmaktadır*. bkz. Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 600; Ertaş (no 6) 418; Yılmaz (no 15) 1160.

[37] “Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır.” (Türk Medeni Kanunu madde 737)

[38] Tekinay, (no 22) 71; Sirmen, A. Lâle, Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu AÜHFD (40-1) 1988 (281-282) 286.

olup olmadığının tespitini, uyuşmazlığı çözecek hâkim somut olaya göre^[39] yorumlayacaktır. Somut olaya göre yorumlanma sebebi, düzenlemenin kendisinden kaynaklanmaktadır. Türk Medeni Kanun madde 737, taşınmazın durumu, niteliği ve yerel âdet^[40] gibi sübjektif kavramlar kullanmıştır. Bu ölçütlerin tespiti, bilirkişi^[41] vasıtasıyla yapılacaktır. Dava tarafları, somut olayda taşınmazın durumu, niteliği ve uyuşmazlığın görüldüğü yerdeki yerel adetleri gösteren delilleri dava dosyasına sunmalıdır^[42]. Hâkim, anlaşmazlık halinde tarafların çıkarlarını ılımlı yol ile tartarak, komşunun hoşgörüsü ile karşılaşması gereken eylemlerle ötekiler arasında sınırları saptamak ile yükümlüdür. Nelerin taşkınlık sayılacağına ilişkin genel bir kural yoktur. Bu konuda hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Taşınmazın durumuna, niteliğine, yerel adete göre değişiklik gösterebilir^[43].

Taşınmazın niteliği de taşkın eylemin belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Ahşap bir yapının sesi daha fazla iletmesi, kagir bir yapıda yapılan gürültüyle bir tutulmaması gerekmektedir. Yine yapının konut, hastane veya imalathane olması da taşınmazın niteliğinden kaynaklanan farklılıklar arasında gösterilmektedir^[44].

Taşkınlığın yerel adet açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin bir yerde bütün dükkân sahipleri dericilikle uğraşıyorsa veya köyde herkes hayvancılıkla uğraşıyorsa, dericilik veya hayvancılık faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan koku hoş görülebilecektir.^[45]

[39] Sağlık durumunu olumsuz etkileyecek, insan ve çevre sağlığına zarar verecek fiiller, kimyasal zehirli gazlar, suyun kirletilmesi gibi bazı haller, somut olaya bakılmaksızın zarar verecek haller olarak değerlendirilebilir. Bkz. Karahasan (no 6) 1299-1300.

[40] Yerel adetler kavramı da zaman içerisinde değişebilecektir. Bu sebeple davanın açıldığı tarihteki durum esas alınmalıdır. Bkz. Eren (no 6) 370.

[41] Taşkın fiilin etki derecesi, makul, normal ve orta düzeyde bir kişi üzerinden somut olaya göre bilirkişi vasıtasıyla değerlendirilmelidir. Karahasan (no 6) 1299;

[42] Oğuzman, Seliçi / Oktay-Özdemir (no 6) 457; Eren (no 6) 370.

[43] Karahasan (no 8) 206.

[44] Sirmen (no 6) 416.

[45] Eren, (no 6) 382.

Taşkın eylem, Türk Medeni Kanunu'nda sayıldığı gibi, *duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yapmak* gibi eylemlerin yanında “*taşınmazın havasının, manzarasının, güneşinin kapanmasına ya da azalmasına*” sebep olmak şeklinde de olabilir. Işık, hava, rüzgâr, su gibi enerji kaynaklarından faydalanmasını engelleyecek müdahaleler de taşkın eylem sayılacaktır. Sadece maddi değil manevi zararlara yol açan eylemler de taşkın eylem niteliğinde sayılmaktadır. Kişilerin ruhsal yapılarını olumsuz etkileyecek rahatsız edici veya *tiksindirici davranışlar* da taşkın eylem olarak nitelendirilebilir^[46]. Ses ve gürültü gibi bazı taşkınlık halleri için *sık ve sürekli olması, gündüz veya gece gerçekleşmesi* gibi kriterler göz önüne alınmalıdır. *Evin duvarına çivi çakmak*, geçici tadilat sebebiyle meydana gelen sesler de süreklilik durumu, gece ve gündüz gerçekleşme durumuna göre değerlendirilecektir^[47]. *Köpek havlaması*^[48], *kalorifer tesisatından kaynaklı gürültü*^[49] gibi hususlar somut olay nezdinde, değerlendirilecektir. Taşınmazın kullanım amacına uygun kullanımı taşkınlık arz etmeyecektir. Örneğin ahır olarak kullanılan bir taşınmazın kullanımından kaynaklı olarak ortaya çıkan koku taşkınlık meydana getirmez. Ancak bu ahır olan taşınmaz şehirleşme sebebiyle şehir içinde kalmışsa ve bu durum rahatsız edici bir durum haline gelmişse ahır sahibinin yeni komşular karşısında öncelik hakkı olmayacaktır. Bunun yanında mevcut bir mezbahanın bulunduğu yerden ev alan kişi de koku sebebiyle taşkınlıktan bahsedemeyecektir^[50]. Ayrıca zarar verebilecek ve her şeyden önce sağlığa dokunan taşkınlıklar, kimyasal işletmelerden çıkan gazlar, suyun kirlenmesi, tozların içeriye girmesi, çeşmelerin, hendek sarnıç, lağımaların rutubet yapması, kurum veya suman yüzünden ekinlerin zarar görmesi taşkın eylem kapsamına girmektedir^[51].

[46] Karahasan (no 6) 1295. Oğuzman, Seliçi / Oktay-Özdemir (no 6) 446; Ertaş (no 6) 385.

[47] Petek (no 20) 212-214. Yetik (no 34) 657.

[48] Yargıtay 8. HD. 3375/4706, 23.06.2003, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[49] Yargıtay 1. HD. 4975/5150, 05.05.1978, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[50] Karahasan (no 6) 1298; Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 458.

[51] Karahasan (no 8) 207.

- Yargıtay, *davalının kullandığı bıçkı makinesinin davacıyı rahatsız edecek şekilde zarar meydana getirmesi ve bunun giderilmesi bilirkişi raporu ile gösterildiğinden bu yönde karar verilmesi gerektiği*^[52];
- *Davalının evinin çatısına biriken yağmur sularının davacıya zarar verip vermediği araştırılmalı ve bir zarar varsa bunu önleyecek tedbirlerin alınmasına davalının zorlanması yönünde karar verilmesi gerektiği*^[53];
- *Evinin bitişiğinde olan komşu ahırının duvarından sızan rutubet ile pis kokuların önlenmesinin istenebileceği*^[54];
- *Tarım bölgesinde fabrika kurulmaması gerektiği, fabrikanın çevreye saçacağı duman, kimyasal maddeler ve pis suları komşu tarım toprağına zarar verebileceği*^[55];
- *Komşu fabrikanın bacasından çıkan dumanlardan bahçenin harap olması ve meyvelerin yenemez hale gelmesi, bu durumun önlenmesini bahçe sahibinin talep edebileceği*^[56];
- *Kalorifer bacasının komşuluk ilişkilerine uygun bulunmayacak biçimde duman çıkarttığı ve bundan davacının zarar gördüğü, bu hususun bilirkişilerce tespit edildiği, kalorifer tesisatının mazotla işleyecek biçimde çevrilmesi veya bacanın yükseltilmesi yolu ile sorunun çözülmesi gerektiği*^[57];

[52] Yargıtay 1. HD. 12341/9921, 31.12.1973, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[53] Yargıtay 1. HD. 11829/9431, 17.12.1973, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[54] Yargıtay 1. HD. 6431/5485, 15/10/1964, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[55] Yargıtay 1. HD. 6229/5258, 08/10/1964, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[56] Yargıtay 1. HD.960/1795, 20.03.1961, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[57] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 3/42-42, 16.11.1955, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

- *Davalıların hafriyat ve teraslama çalışmaları neticesinde arada sınır niteliği taşıyan duvarın yıkılması sonucu, zararın giderilmesi yönünde duvarın yeniden yapılmasının çözüm olup olmayacağına bilirkişi vasıtasıyla tespit edilmesi gerektiği*^[58];
- *Baz istasyonlarının insanların kalabalık olarak yaşadığı yere yakınlığı, çevre binalarda ve davacını yanın konutlarında yaşayanlarının sağlık yönünden büyük endişeler taşıdığı, aynı bölgede yaşayan insanların psikolojik olarak olumsuz biçimde etkilendiği ve bunun da insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaratacağı açık olup davacının zarar gördüğünün kabulünün gerektiği*^[59]; *Baz istasyonunun kurulduğu yerin yerleşim yerlerine yakın olması, davacının evinin yatak odasının yanında olması, dar anlamda para ile ölçülebilen zarar olmasa da bölgede yaşayan insanların psikolojik yapısında tedirginlik ve ümitsizlik yaşatacağı, o yerde oturmanın olumsuz hale geleceği göz önüne alındığında davacının zarar gördüğünün kabul edilmesi gerektiği*^[60];
- *Davalı taşınmazdan geçen ve drenaj kanal niteliğinde bulunan arkın kadim ark niteliğinde olmadığı kadastral çap kaydında gösterilmediği anlaşıldığından, taşınmazın mülkiyetinden kaynaklanan hakkını aşırı derecede ihlal edici nitelikte bulunduğundan, taşınmazın büyük bir kısmından yararlanma hakkını ortadan kaldırdığından böyle bir fedakarlığın komşuluk hukuku kapsamında komşudan beklenemeyeceği*^[61];
- *Yan komşu binada yapılan tadilattan kaynaklanan gürültünün ruh bütünlüğünü bozduğu ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği*^[62]

[58] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1-797/30, 28.01.2009, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[59] Yargıtay 4. HD. 8524/11242, 02.11.2010, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[60] Yargıtay 4. HD.4841/14685, 27.11.2008, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[61] Yargıtay 1. HD. 1285/2010, 01.03.2004, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[62] Yargıtay 4. HD. 13785/7489, 10.06.2003, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

- *Binanın^[63] veya bitkilerin^[64] manzarayı kapatmasının taşkın fiil olduğu, yönünde kararlar vermiştir.*

Uyuşmazlık konusu örneklerden de anlaşılacağı üzere TMK m.737 metninde sayılan eylemler dışında, farklı taşkın eylemlerin de komşuluk hukuku kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Baz istasyonunun verdiği manevi rahatsızlık, manzaranın kapanması, yapılan tadilatın gelen gürültünün ruh bütünlüğünü bozması gibi örneklendirmeler ileride çıkacak uyuşmazlıklar için yol gösterici olacaktır. Enerji santralinden yayılan radyasyon, hava kirliliği, fabrika atıklarının suyu kirletmesi, maden şirketlerinin kullandığı siyanür gibi zarar verici taşkın eylemler sebebiyle uğranılan zararlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Zarar sadece maddi değil ruh bütünlüğünü bozacak nitelikte manevi olarak da karşımıza çıkabilir.

C. Taşkın Kazı ve Yapılar (TMK m. 738)

1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu madde 738^[65] ile komşuluk hukuku düzenlemesi içerisinde *kazı ve yapılar* başlığı altında malik tarafından yapılacak kazı ve yapı ile komşu taşınmazlara zarar vermektan kaçınılması yükümlülüğünü düzenlemiştir. Kural olarak malik toprağını kazar, kireç suyunu açar veya havuz yapabilir. Ancak bunları yaparken komşu taşınmaza veya üzerindeki bir yapıya zarar vermemelidir. Gerekli önlemleri almaz, örneğin zarar verecek derecede derin kazı yaparsa komşuluk hukukunu ihlal etmiş olacaktır.

Malik, taşkın kazı ile komşusunun arazisinde bulunan yapılara zarar verirse veya tehlikeye düşürürse gerekli tedbirleri alması için zorlanır; halen

[63] Yargıtay 1. HD. 12037/9580, 24.12.1973, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[64] Yargıtay 1. HD. 2249/319, 12.06.1944, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[65] “Malik, kazı ve yapı yaparken komşu taşınmazlara, onların topraklarını sarsmak veya tehlikeye düşürmek ya da üzerlerindeki tesisleri etkilemek suretiyle zarar vermektan kaçınmak zorundadır. Komşuluk hukuku kurallarına aykırı yapılar hakkında taşkın yapılara ilişkin hükümler uygulanır”. (Türk Medeni Kanunu m.738)

devam etmesi halinde kazı durdurulur. Ayrıca zarar doğması halinde tazmini sağlanır^[66].

Karada ve suda daimî veya geçici, yeraltı ve yer üstü inşaatlar ve bunların ilaveleri **yapı** olarak tanımlanmıştır^[67]. Burada belirtilen yapı tanımı, taşınır yapı dışında kalan ve kalıcı olması amacıyla yapılan taşınmaz yapıdır^[68]. Mevcut yapı üzerine yapılan eklenti veya yeni bir kat şeklinde olabilecektir. Henüz bitirilmemiş bir yapının tamamlanması da yapı kavramına girmektedir^[69]. **Kazı** ise toprak bölümündeki her çeşit yapay değişikliktir. Kanal, çukur, temel ve benzeri şeyler için yapılmış olabilir. Toprak seviyesi bir şekilde azaltılır veya yükseltilirse kazı olarak tanımlanacaktır^[70]. Yapılarda komşu taşınmazla bırakılması gereken mesafeler, kamu hukuku kaynaklı mevzuat (imar mevzuatı gibi) ile düzenlenmektedir. Ancak imar planına uygun dahi olsa kazı ve yapı çalışması sırasında verilecek zararlardan malik sorumlu olacaktır. Diğer yandan imar mevzuatına aykırı olmasına rağmen TMK m.738 kapsamında bir tehlike yaratılmamışsa, sırf imar mevzuatına aykırı olması sebebiyle ilgili düzenlemeye dayanılarak zarar talebinde bulunulamaz. Bu hükmün uygulanması için komşu taşınmazın topraklarının sarsılması veya tehlikeye düşürülmesi ya da üzerlerindeki tesisleri etkilenmesi gerekecektir^[71]. Bir inşaatın temel çalışması sırasında çevre binaların hasarlanması^[72] da yapı sebebiyle verilen zarara örnek gösterilebilir. Zarar gören yapının yapılış

[66] Sirmen (no 6) 466.

[67] Karahasan (no 6) 1321.

[68] Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 482; Sirmen (no 6) 363.

[69] Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 484; Ayan (no 6) 356; Eren (no 6) 331.

[70] Aydın Zevkliler, İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982) 103; Eren (no 6) 373.

[71] Tekinay, Taşınmaz, (no 15) 75; Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Eşya Hukuku (Filiz Kitabevi 1989) 81; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1-545/723, 23.10.1996; Yargıtay 1. HD. 2129/2697, 11.3.2004, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[72] Yargıtay 7. HD, 284/721, 14.03.2006, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

sistemi ne olursa olsun zarar komşu malikin gerekli tedbirleri almayarak yapmış olduğu kazıdan meydana gelmişse taşkın yapıdan söz edilecektir^[73].

Zarar verici kazı ve yapı yapmama ödevine aykırılık halinde zarar gören komşunun hukuki yollarının da ortaya konulması gerekecektir. Eylemden zarar gören komşu, malike karşı el atmanın önlenmesi davası (TMK. m.683/2) açma imkânına sahiptir. Diğer yandan eski hale getirme ve zararın tazmini (TMK. m.730) için de dava yöneltilebilecektir^[74].

Türk Medeni Kanunu madde 738/2 son cümlesi *taşkın inşaata* yaptığı atıf yapmaktadır. Zarar gören komşu süresinde itiraz etmez ve inşaat iyi niyetle yapılmışsa, yapı kaldırılamayacaktır. İtiraz için *on beş günlük süre* öngörülmüştür (TMK m.725)^[75]. Her durumda komşunun zararının giderilmesi gerekecektir. Yapı iyi niyetle yapılmış değilse ve itiraz edilmişse yapı kaldırılacaktır^[76]. Açılacak davada davacı, zarar gören malik ya da m.737 başlığında belirttiğimiz gibi kiracı veya intifa hak sahibi olabilecektir^[77].

D. Taşkın Bitkiler (TMK. m.740)

Taşınmaz malikinin mülkiyetinde bulunan ağaçların sınırı aşarak taşkınlık yaratması hali Roma Hukuku döneminde de uyuşmazlıklara sebebiyet veren

[73] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 968/4-784/211, 24.04.1970; Yargıtay 4. HD.966/11010 23.11.1967, <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Ağustos 2021)

[74] Ayan (no 6) 356; Zevkliler, İmar (no 57) 106 vd.

[75] Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 461.

[76] Akıntürk (no 31) 560.

[77] Ayan (no 6) 356, Karahasan (no 6) 1323, Tekinay 459.

hallerdendir^[78]. Türk Medeni Kanunu madde 740^[79], *bitkiler* başlığı, ile komşunun arazisine taşarak zarar veren dal ve köklerin, komşu tarafından verilecek uygun süre zarfında malik tarafından kaldırılmaması halinde, taşkınlık yaratan dal ve köklerin taşkınlığa maruz kalan komşu tarafından kesilerek, komşunun mülkiyetine geçirebilmesini düzenlemiştir. Ayrıca ekilmiş veya üzerine yapı yapılmış arazisine dalların taşmasına katlanan komşu, bu dallarda yetişen meyvaları toplama hakkına sahiptir. Madde metninde, *zarar veren* dal ve köklerden bahsedildiğinden, komşu malik, zarar vermeyen ağaç ve dal köklerinin, kendi taşınmazına geçmesine katlanacaktır. *Zarar verme eylemi*, taşkın dal ve kökün, kalıcı, sürekli ve yatay bir şekilde komşu araziye geçmesi demektir. Sınır için dikilen ağaçlar, taşkın bitki olarak nitelendirilemez^[80].

[78] Taşınmaz sınırlarına dikilecek ağaçlarla ilgili kurallar o dönemde de belirlenmiştir. Sınırlara dikilecek zeytin ve incir ağaçları için ağaç ile komşu taşınmaz arasında dokuz ayak, diğer ağaçlar için ise beş ayak mesafe bırakılması gerektiği kabul edilmiştir “*Gaius libro quarto ad legem duodecim tabularum*”, bkz. Aksaray (no 8) dpt. 61; *Ağaçları kesme davası (Actio de Arboribus Caedendis)* bkz. Aksaray (no 8) 82; topraktan on beş ayak yüksekliğe kadar olan dalların komşu taşınmaza geçişine izin verilmişken, daha alçak olan dalların kaldırılmasını talep edilebilme hakkı, bkz. Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları (Beta 2010) 423; Aksaray (no 8) 82; binaya sarkan dalların varlığı durumunda tüm ağacın kesilmesini talep edilebilme hakkı, bkz. Aksaray (no 8) 83; ağaç köklerinin komşu taşınmazın temeline zarar vermesi durumunda, komşuların birbirlerinin haklarını gözetmesi, hakkaniyete uygun davranmaları gerektiği, bkz. Tahiroğlu (no 12) 86-87; Aksaray (no 8) 83; *meyveleri toplama davası (Actio de Glande Legenda)* “*Ağaç malikinin komşu taşınmaza girip düşen meyvelerini toplamasına izin verilmesi zorunludur.*”, bkz. Umur, Ders Notlar (no 81) 423; Meyvelerin toplanması sırasında komşu taşınmaza zarar verilmeyeceğine yönelik *cautio damni infecti* adı verilen teminat gösterilmesi gerektiği, bkz. Tahiroğlu (no 12) 86-88; Umur, Ders Notları (no 81) 423; Aksaray (no 8) 81-84.

[79] “*Komşunun arazisine taşarak zarar veren dal ve kökler, onun istemi üzerine uygun bir süre içinde kaldırılmazsa, komşu bu dal ve kökleri kesip kendi mülkiyetine geçirebilir. Ekilmiş veya üzerine yapı yapılmış arazisine dalların taşmasına katlanan komşu, bu dallarda yetişen meyvaları toplama hakkına sahip olur. Komşu ormanlar hakkında bu hükümler uygulanmaz.*” (Türk Medeni Kanunu m. 740)

[80] Ayan (no 6) 357; Zevkliler, Sınır İhtilafları (no 24) 79; Aydın Zevkliler, “Komşuluk Hukukunda Taşkın Bitki ve Ağaçlar” Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, (2) 1984 (113-131) 113.

Yargıtay kararlarında değinildiği üzere, taşkınlığa sebebiyet veren ağacın kesilmesi ameliyat gibi son çare olarak görülmeli^[81]; taşkınlık sonucunda zarar meydana gelmeli^[82]; taşkınlığa katlanılmazlık sürekli olmalı, taşınmazın bulunduğu konum, tarımsal nitelik kullanış biçimi göz önüne alınarak olayın gerçekleştiği tarihe göre değerlendirilmelidir^[83]. *Yargıtay*, *kavak ağaçlarının taşkınlığı ile mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin açılmış bir davada, kavak ağaçlarının endüstride kullanılan ağaçlar olması, olgunlaşmayla kesildiği, bu seviyeye geldiğinde ağacın gölgesinin komşu için tahammül sınırlarını aşıp aşmaması ve devamlı zarar verecek bir hale gelip gelmemesinin araştırılması gerektiği*, görüşündedir^[84]. Taşkın bitki sebebiyle zararın oluşup oluşmadığı, zararın derecesi, hangi önlemler ile uyumsuzluğun çözüleceğine dair bilirkişi raporu alınması ve alternatif çözüm yollarının raporda açıklanması gerekmektedir^[85]. Olumsuz etkinin tespiti de bazı hallerde bilirkişiler tarafından yapılabilecektir. *Örneğin*, komşu arazide dikilen kavak ağaçlarının komşunun tarım arazisinde tarım yapmayı engellemesi hali bilirkişi ile tespit edilecek bir konudur^[86].

Taşkınlık halinde Türk Medeni Kanunu m. 740 ile komşu malike iki imkân tanınmıştır. Bunlardan birisi tercih edilmelidir. Komşu, taşkınlığa katlanarak, taşkın ağacın meyvelerini toplayıp mülkiyetine geçirebilecek veya taşkınlığına katlanmadığını bildirerek uygun bir süre içerisinde taşkınlığın giderilmesini talep edecektir. Uygun süreye rağmen, taşkınlık giderilmez ise taşkınlığa sebep olan dal ve kökleri keserek mülkiyetine geçirebilecektir.

[81] Yargıtay 1. HD. 8287/10926, 26.11.1987. <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Mayıs 2020)

[82] Yargıtay 14. HD. 4901/6570, 08.10.1999. <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Mayıs 2020)

[83] Oğuzman, Seliçi and Oktay-Özdemir (no 6) 462, Zevkliler, Komşuluk (no 70) 118, Karahasan (no 6) 1327.

[84] Yargıtay 14. HD. 1094/1966, 05.03.1993. <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Mayıs 2020)

[85] Yargıtay 1. HD. 13769/583, 24.01.2011. <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Mayıs 2020)

[86] YHGK. 1-928/159, 23.03.1994. <www.sinerjimevzuat.com.tr> (Erişim Tarihi: 09 Mayıs 2020)

Süre vermeye ilişkin, şekil şartı öngörülmemiştir. Yazılı veya sözlü olabilir. Bildirim, zarar gören malik dışında, zarar gören kiracı veya aynı hak sahibi tarafından da yapılabilir. Yasa koyucu verilecek sürenin ne kadar olacağını açıkça belirtmemiş, uygun bir süre olarak düzenlemiştir. Sürenin belirlenmesi, her olayın şartlarına uygun şekilde yapılabilecektir. Örneğin budama ve ekme mevsimi, kesilecek ağacın meyvesinin toplanmasının beklenmesi, tarım yapma koşulları gibi her olaya özgü değişen etkenler dikkate alınarak süre verilmelidir. Uygun süre verilmeksizin, dal ve köklerin kesilmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilecek ve yeterli süre vermeden dalları kesen malik, vermiş olduğu zararı, haksız fiil hükümleri kapsamında gidermek, aynı zamanda kesmiş olduğu dal ve kökleri taşınmaz malikine iade etmek ile yükümlüdür. Ağacın sınıra yakın bir yerde dikilmiş olması sebebiyle gövdesinin fazlaca büyüyerek diğer arsaya geçmesi halinde ağacın gövdesine müdahale edilemez. Sadece kök ve dallara müdahale edilebilecektir. Zarar gören malik, sadece kendi arsası üzerinden müdahalede bulunarak dalları kesebilecektir. Karşı komşu arazisine geçerek müdahalede bulunamaz. Sadece sınır çizgisine kadar olan kısmı kesebilir^[87].

Sınırı geçen taşkın bitkilerin dal ve köklerini kesme ve mülkiyete geçirme hakkının yanı sıra taşınmaz malikine tanınan bir diğer hak ise *sınırı geçen dallara katlanarak meyvelerini toplama* hakkıdır. Bu iki hak birbirinden bağımsız ve seçimlidir. Her iki talep hakkından birisi kullanılmalıdır. Taşkınlığa katlanılmaz ise dalların kesilmesi, taşkınlığa katlanması halinde meyvelerin toplanarak mülkiyete geçirilmesi söz konusu olacaktır. Taşkınlığa sebebiyet veren dal ve köklerin kesilmesi için komşunun taşkınlık sebebiyle zarara uğraması şartı aranmışken, meyvelerin toplanarak mülkiyete geçirilmesi için komşunun zarar görmüş olması şart değildir^[88].

[87] Zevkcliler, Komşuluk (no 70) 114-124; Karahasan (no 6) 1326-1328.

[88] Meyve, Farsça kökenli bir kelimedir. Genellikle yenebilen yemiş olarak tanımlanmıştır, ancak burada endüstride de kullanılabilen kestane, palamut, ıhlamur yaprağı gibi bitkileri de meyve olarak değerlendirmek gerekecektir. Meyveler toplanmasıyla mülkiyet hakkı toplayan komşuya geçmiş olacaktır. bkz. Zevkcliler, Komşuluk (no 70) 125-126; *Roma kaynaklarında “Glandis nomine omnes fructus continentur.” “Palamut ismi ile bütün meyveler ifade edilmektedir” olarak düzenlenmiştir. (Ulpianus libro 71 ad edictum)* bkz. Tahiroğlu (no 12) 88; Aksaray (no 8) 81-84

E. Doğal Olarak Akan Su (TMK. m. 742)

Taşkın suya ilişkin düzenlemelere Roma Hukuku kaynaklarında da rastlanılmaktadır. Taşınmazın kullanım amacına uygun ve makul ölçüde akan suya katlanması gerektiği, kişinin kendi taşınmazında biriken suyu kullanması, komşu taşınmazdan kendi taşınmazına su akıtması, zarar verme niyetiyle yapılmadığı sürece, zarara ilişkin talep hakkı vermemektedir. Suyu kirletmek amacıyla bir şey dökülmesi^[89] hukuka aykırılık olarak belirtilmiştir^[90]. Türk Medeni Kanunu 742.^[91] madde ile doğal olarak akan sulara

[89] “Komşunun su kaynağına suya zarar verme amacıyla bir şey dökmüş olan kimsenin *interdictum quod vi aut clam* ile sorumlu tutulduğunu söyler. Eğer suyla ilgili yapılan bir şey varsa, akan su arazinin bir parçası olarak kabul edilir.” (Ulpianus libro 71 ad edictum) bkz. Aksaray (no 8) 73.

[90] Riccobono (no 65) 369; Aksaray (no 8) 73; *yağmur sularını uzaklaştırma davası (Actio Aquae Pluviae Arcendae)* bkz. Riccobono (no 65) 369-370; “ancak malik kendi zararını önlemek veya araziyi ekim için hazırlamak üzere hareket etmişse dava açılmayacaktır. Kişinin kendi taşınmazına gelen suyun akışını, yağmur suyunun taşınmaza zarar vererek akmasına engel olmak amacıyla değiştirmesi ile komşu taşınmaza zarar gelirse bu kişiye karşı *actio aquae pluviae arcendae* açılmayacağını söylemektedir. Bu görüş, eylemin zarar vermek amacıyla değil kendine gelecek zararı önlemek amacıyla yapıldığı öngörülürse yerindedir. Kısaca, eğer yağmur suyu ya da yağmur suyu ile karışan su, toprağı ekmek amacıyla yapılanlar dışında doğal olmayan yollarla zarar veriyorsa, *actio aquae pluviae arcendae*’nin açılabileceğini düşünüyorum.” Bkz. Aksaray (no 8) 75-76; arazi eğimine göre üst taşınmaz maliki, suyun akışını alt malike zarar verme amaçlı olarak değiştirilmesi; yağmur sularını engelleyen doğal veya kim tarafından yapıldığı belli olmayan bir set varsa, setin yıkılması halinde, setlerin yeniden yapılmasına ve bunun için taşınmaza girilmesine izin verilmesi, bkz. Riccobono (no 65) 374-376; Aksaray (no 8) 76; suyun akışını olumsuz yönde değiştiren setin malik tarafından yıkılmaması halinde durumun düzeltilmesi ve eski hale getirilmesi için taşınmaza girilmesine izin verilmesi, bkz. Umur, Ayni Haklar, (no 8) 93-94; yağmur sularının zarar vermesi hali dışında istisnai olarak düzenlenen özel bir durumlarda örneğin kuru temizleme dükkânından komşunun taşınmazına su akıtan kişinin, suyu kanala akıtması ya da kirli su akıtması; Klasik Hukuk Dönemi’nde zararın giderilmesiyle birlikte zarar tehlikesi varsa gerekli tedbirlerin alınması Tahiroğlu (no 12) 80-82. Aksaray (no 8) 76; Iustinianus Dönemi’nde alt taşınmazın yağmur sularından faydalanmasını engelinin kaldırılması talepleri ile açılabilir. Umur, Ders Notları (no 81) 455-457; Tahiroğlu (no 12) 80-82; Aksaray (no 8) 77.

[91] Türk Medeni Kanunu madde 742, Doğal olarak akan su: “*Taşınmaz maliki, üst taraftaki araziden kendi arazisine doğal olarak akan suların ve özellikle yağmur, kar ve tutulmamış kaynak sularının akışına katılmak zorundadır. Komşulardan*

katlanılması gerektiği düzenlenmiştir. Doğal şekilde gelen suların beraberinde getirdiği toprak, taş, çakıllara katlanılmak zorundadır. Doğal olarak ifadesi, doğal olmayan yollarla gelen sulara katlanma yükümlülüğünün olmadığını göstermektedir. Üst malik fazla suyu kendi taşınmazında tutamayacaktır. Ayrıca üst malik, alt malike zarar verecek şekilde suyun yönünü de değiştiremeyecektir [92]. Katlanma yükümlülüğü olunan su, doğal olarak akan yağmur, kar veya tutulamamış kaynak suları olabilecektir. Yağmur suyu ile atık su da geliyorsa katlanma yükümlülüğü yoktur.

Fazla suyun akıtılması ise Türk Medeni Kanunu madde 743^[93] ile düzenlenmiştir. Arazi eğimine göre altta bulunan arazi maliki fazla sudan zarar görmekte ise üst arazi malikinden suyun akması için mecra yapılmasını talep edebilecektir. Yeni mecra yapım masrafı üst arazi malikine ait olacaktır. Taşınmaz malikinin yükümlülükleri belirlenirken suyun akış eğimine göre alt ve üst olarak adlandırılmaktadır. Alt malik, doğal akan suyun akışına ve getirdiklerine katlanmakla yükümlüdür. Üst malik, suyun akışını alttaki malikin zararına değiştiremez. Üst malik, kendi taşınmazı için zorunlu olduğu ölçüde suyu tutabilir. Fazla sudan kaynaklı zarar oluşuyorsa alt malik zararın tazminini talep edemez. Ancak fazla suyun bir mecraya akıtılmasını sağlayacak bir çözüm sağlanmasını ve masrafın üst malik tarafından karşılanmasını talep edebilir.

hiçbiri bu suların akışını diğerinin zararına değiştiremez. Üstteki arazi maliki, alt taraftaki taşınmaza gerekli olan suyu, ancak kendi taşınmazı için zorunlu olduğu ölçüde tutabilir”

[92] Halil Kılıç, Son Değişikliklerle Gayrimenkul Davaları, Teori-Açıklama- Kararlar (5. baskı, Adalet Yayınevi 2013) 3883.

[93] Türk Medeni Kanunu madde 743, Fazla suyun akıtılması: “*Bir arazinin suyu öteden beri alt taraftaki araziye doğal bir şekilde akmakta ise, alt taraftaki arazi maliki, üst taraftaki araziden fazla suyun boşaltılması sırasında da bu suları tazminat isteme hakkı olmaksızın kabul etmek zorundadır. Alt taraftaki arazi maliki boşaltma dolayısıyla akan sulardan zarar görmekte ise, gideri üstteki arazi malikine ait olmak üzere, kendi arazisinde yapılacak mecrayla suyun akıtılmasını isteyebilir. Bataklıkların kurutulması hakkındaki özel kanun hükümleri saklıdır.*”

SONUÇ

Mülkiyet hakkı eşya üzerinde hakimiyet sağlayan geniş yetkiler sağlayan bir haktır. Belirli ihtiyaçlara göre değişikliklere uğramıştır. İlk dönemlerde fiziksel olarak yakınlık komşu sayılacakken, teknolojinin ilerlemesi, zarar verici eylemlerin etki sınırının genişlemesi ile komşuluk kavramı da genişleyecektir. Önceki düzenlemelerden günümüze ışık tutacak hukuki yorumlar çıkartılacaktır. Örneğin günümüzde inşaat sayıları artmış; önlenemez bir yoğunluğa sebep olmuştur. Digesta düzenlemelerinde inşaat ile komşu taşınmazın ışığının ve havasının engellenmesini hukuka aykırı kabul etmiştir. Bu hususta komşunun mülkiyetten sağladığı menfaati engelleyecek davranışlar da hukuka aykırı kabul edilmelidir.

Zarar görme veya zarar tehlikesine bağlı bir husus olması sebebiyle konunun hakkı tecavüze uğrayan kişi lehine yorumlanması, rahatsızlık veren eylemin engellenmesi; ortadan kaldırılması, zararın tazmin edilmesi sağlanmalıdır. Komşu taşınmazdan duman ve koku hususu özellikle avm ve restoranların artmasıyla birlikte daha çok günceme gelen bir konudur. Bu hususta komşu kavramı daha geniş değerlendirilecek ve etki alanına göre sınır çizilecektir. Örneğin alışveriş merkezlerine yakın oturan konutlarda yemek kokusundan kaynaklı şikayetler oldukça artmıştır. Bu durumda alışveriş merkezinde bulunan işyerinin veya alışveriş merkezinin sahiplerinin sorumlu olup olmaması hususu tartışılabilecektir. Kanımızca burada zarar gören davacının taşkınlıktan etkilenip etkilenmediği araştırılmalıdır. Sınır komşusu olma veya yakınlık durumuna bakılmaksızın, taşkınlıktan zarar görüp görmediği tespit edilmelidir. Uzak mesafede de olsa yemek kokusu katlanılmaz derecede ise gerekli tedbirlerin alınması sağlanmalıdır.

Teknolojinin gelişmesiyle, komşu sayılanlar arasındaki mesafe kısalmaktadır. Diğer bir ifadeyle zarar verici eylemlerin etki sınırı artmaktadır. Zarar görme tehlikesi, yarattığı korkunun da değerlendirilmesi gerekir. Siyanürle altın arayan bir şirketin yarattığı zarar tehlikesi, korku ve endişe, yapılan eylemin etki derecesine göre çevre sakinlerine dava açma hakkı taniyacaktır. Çok uluslu şirketlerin gerekli izin ve ruhsatları almış olmasına rağmen gerçekleştirdiği faaliyetler kapsamında ormanların yok edilmesi, ekolojik dengenin bozulması, mevsimsel değişikliklere sebebiyet ise ürün çeşitliliğinin azalması, tarımsal faaliyetlerde olabilecek zarar riski de komşu hakkı kapsamında tazmin edilebilmelidir. Burada zarar verenin ya da zarar görenin malik olması şartı da aranmayacaktır.

Türk Medeni Kanunu kapsamında taşınmaz mülkiyeti açısından sorumluluk hem doktrin hem de Yargıtay'ın benimsediği görüş doğrultusunda netice sorumluluğudur. Zarar veya zarar tehlikesiyle, taşkınlık arasında nedensellik bağı yeterli olacaktır. Taşkınlık hususu ve alınacak önlemlerin yeterliliği somut olaya göre değerlendirilecektir. Yargıtay, sayılan fiiller konusunda sınırlı olunmadığını, taşınmazın durumu ve niteliğine göre sayılan hallerin artırabileceği yönünde görüş bildirmiştir. Yargıtay, değişen durumlara göre esneklik gösterilebilecek şekilde yorumlamıştır. Taşınmaz malikinin sorumluluğu başlıklı TMK 730. madde ikili ayırım yapmıştır. İlk fıkra hukuka aykırı bir fiilde eski hale getirme, tehlike ve uğradığı zararın giderilmesi söz konusudur. Bu haliyle eski hale getirme, tehlikenin giderilmesi ve her halde varsa uğranılan zararın tazmini talep edilebilecektir. İkinci fıkrada ise yerel adete uygun ve aynı zamanda kaçınılmaz bir taşkınlıktan bahsedilmiştir. Bu durumda ise zarar tazmini talep edilebilecektir. Bu fıkrada zarar tazmininde hakkaniyete uygun denkleştirme yapılır. Tazminat davalarında zamanaşımı haksız fiil zamanaşımına tabidir. Tehlikenin giderilmesine ilişkin talepler ise tehlike devam ettiği sürece yapılabilecektir.

Arazinin alt sınırı, üst sınırı açısından teknolojik gelişmeler kapsamında uyuşmazlıklar çıkabilecektir. Sorumluluk hukukunun tarihçesi incelendiğinde teknolojik gelişmeler ve makineleşmenin etkileri görülecektir. Ulaşım araçlarının özellikle drone ve benzeri hava araçların kullanılmasıyla komşu hukuku daha da önem kazanacaktır. Zira teknolojik gelişmelerin artması, makinelerin gelişmesi, yapay zekâ makineler ile zarar verici eylemlerin de artmasına yol açmaktadır. Kamera taşıyan bir drone komşu arazide uçuşması komşuluk hukuku kapsamında bir ihlal sayılabilmelidir. Burada sadece zararın gerçekleşmesi değil zarar ihtimalinin olması da eylemin ortadan kaldırılması için yeterli olduğundan, TMK kapsamında konunun değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Komşu kavramı, eylemin etki sınırı ile ölçüleceğinden, teknolojik gelişmelerle uzak mesafelerin kısılmasıyla doğru orantılı bir sorumluluk söz konusu olacaktır. Örnek vermek gerekirse uzak bir malikin teknolojik gelişme kapsamında vereceği zarar veya ortaya çıkan zarar tehlikesinin giderilmesi talep edilebilecektir. Malik olma şartının aranmaması da zararın giderilmesi için talebin yöneltmesinde doğrudan zarar verene ulaşma sağlayacaktır. Zarar verici eylemler ile zararın tazmini kapsamında ilk akla gelen haksız fiil, işletme sorumluluğu, adam çalıştıran sorumluluğu, tehlike sorumluluğu

hükümleridir. Bu hükümlerin yanı sıra komşuluk hukuku düzenlemesine yer veren TMK kapsamında tamamlayıcı ve daha geniş koruma alanı sunan bir düzenleme mevcuttur. Bu açıdan düşünüldüğünde komşu hukuku hükümlerinin daha çok gündeme gelmesi düşünülebilir. Sonuç olarak tarihi bir geçmişe sahip komşu hukukunun mevcut hükümlerinin ileride meydana gelecek çoğu uyuşmazlık için yeterli olacağı kanaatindeyim.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız, ‘*Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu*’ Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV (3–4) 2010 (145-186).

Akıntürk, Turgut, Ateş, Derya and Akipek, Jale, Eşya Hukuku (2. baskı, Beta 2018).

Akipek, Jale G. and Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku (İstanbul, Beta 2009)

Akipek, Jale G., ‘*Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması ile İlgili Bir Deneme*’ Adalet Dergisi (5) 1967 (302-310)

Akipek, Jale G., Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), II (2. baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1973).

Aksaray, Buse, ‘*Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Komşuluk İlişkileri Bakımından Sınırları*’ SDÜHFD, 9 (1) 2019 (61-100).

Apaydın, Bahar Öcal, Roma Hukukundan Günümüze Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları (Yetkin 2014).

Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku – I (Zilyetlik ve Tapu Sicili) (13. baskı, Seçkin 2016).

Çağa, Tahir and Kender, Rayegan, Deniz Ticaret Hukuku: Navlun Sözleşmesi, II (9. baskı, 12 Levha 2010).

Çelebican, Özcan Karadeniz, Roma Eşya Hukuku, Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış (5. baskı, Turhan 2008).

Çörtoğlu, İbrahim S., Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları (TMK 661) (Ankara İktisadi ve Ticari İlimler 1982).

De Coulanges, Fustel, Antik Site: Yunan’dan Roma’ya Kadar Tapınma, Hukuk ve Kurumlar Üzerine İnceleme, Çeviren: İsmail Kılınc (Epos Yayınevi 2011).

Di Marzo, Salvatore, Roma Hukuku, Çeviren: Ziya Umur (İstanbul Üniversitesi Yayınları 1959).

Erdoğan, Belgin, Roma Eşya Hukuku (7. baskı, Der Yayınları 2018).

Eren, Fikret, ‘*Mülkiyet Kavramı*’ Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:351, 1974).

Eren, Fikret, *Mülkiyet Hukuku* (4. baskı, Yetkin 2016).

Ertaş, Şeref, *Eşya Hukuku* (13. baskı, Barış Yayınları 2017).

Esener, Turhan and Güven, Kudret, *Eşya Hukuku* (8. baskı, Yetkin 2019).

Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Hukuk Tarihimizde Temel Haklar* (Mimoza 1994).

Gözübüyük, A. Şeref, *Anayasa Hukuku* (19. baskı, Turhan Yayınevi 2013).

Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (39. baskı, Turhan Yayınevi 2017).

Güriz, Adnan, *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu* (2. baskı, Siyasal 2018).

Gürsoy, Kemal Tahir, Eren, Fikret and Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku* (2. baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1984).

Hatemi, Hüseyin and Aybay, Aydın, *Eşya Hukuku* (4. baskı, Vedat 2014).

Hatemi, Hüseyin, Serozan, Rona and Arpacı, Abdülkadir, *Eşya Hukuku* (Filiz 1991).

Hatemi, Hüseyin, “*Eski Hukukumuzda Mülkiyet Kavramı ve Medeni Kanun Dönemi ile Karşılaştırılması*” Medeni Kanun’un 50. Yılı (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1977).

Honig, Richard, *Roma Hukuku*, Çeviren: Şemseddin Talip (2. baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1938).

İmre, Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1949).

Karahasan, Mustafa Reşit, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku* (Seçkin 2007).

Karahasan, Mustafa Reşit, *Tazminat Davaları*, (İstanbul Matbaası 1976)

Kaya, Asım, “*Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu*”, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, 11 (113) 2016 (47-56).

Kılıç, Halil, *Son Değişikliklerle Gayrimenkul Davaları, Teori-Açıklama-Kararlar* (5. baskı, Adalet Yayınevi 2013).

Koschaker, Paul, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları Çeviren: Kudret Ayiter (Ankara Üniversitesi Yayınevi 1977).

Küçükgüngör, Erkan, Roma Hukukunda İntifa Hakkı (Savaş Yayınları 1998).

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku (20. baskı, Filiz Yayınevi 2017).

Öktem, Niyazi and Türkbağ Ahmet Ulvi, Felsefe Sosyoloji Hukuk ve Devlet (7. baskı, Der Yayınları 2012).

Petek, Hasan, Taşınmaz Malikin Hukuka Uygun Taşkınlıklardan Sorumluluğu (Yetkin 2005).

Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku (14. baskı, Filiz 2019).

Riccobono, Salvatore, “*Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi*” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Çeviren: Ziya Umur, 22 (1-4) 1957 (350-397).

Serdengeçti, Edip, “*Mülkiyet Nehçinin Tekâmül Veçhesi*” İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1956 (1-4).

Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku (7. baskı, Yetkin 2019).

Sirmen, A. Lâle, Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu AÜHFD (40-1) 1988 (281-282)

Tahiroğlu, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, 1.07.2012’de Yürürlüğe giren Yeni Borçlar Kanunu ve 13.01.2011’de yürürlüğe giren Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Düzenlenmiş Yeni Baskı (Der, 2016).

Tahiroğlu, Bülent, Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları (3. baskı, Der 2001).

Tandoğan, Haluk, Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku (Turhan 1981).

Tandoğan, Haluk, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet) (Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları 1961).

Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet, Burcuoğlu, Haluk and Altop, Atilla, Tekinay Eşya Hukuku, II (7. baskı, Filiz Yayınevi 1993).

Tekinay, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri (Filiz Kitabevi, 1988).

Tekinay, Selahattin Sulhi, Türk Eşya Hukuku (Filiz Kitabevi 1989).

Tuğrul, Saim, Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması (Kazancı Yayınları 2004).

Tunç, Sekip, “*Mülkiyet meselesi*” Türk Ekonomi Dergisi 1948-49 (65).

Umur, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları (1. Bası İstanbul, Beta 2010).

Umur, Ziya, Roma Hukuku Eşya Hukuku (Ayni Haklar) (İstanbul, Filiz 1985).

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, ‘*Mülkiyetin ve menfaatin mukaddesleşmesi ve hukuk kaideleri*’ Sosyal Hukuk, 1949 (10).

Yetik, Nurten, Eşya Hukuku (Ankara, Bilge 2003).

Yılmaz, Yasemin, “*Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu*” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 24 (2) Aralık 2018 (1146-1173).

Zevkliler, Aydın, “*Komşuluk Hukukunda Taşkın Bitki ve Ağaçlar*” Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, (2) 1984 (113-131)

Zevkliler, Aydın, “*Mülkiyet Hakkının Yapısı ve Mülkiyetten Doğan Ödevler*” Bülent Nuri Esen’ e Armağan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1977 (563-606).

Zevkliler, Aydın, Gayrimenkul Sınır İhtilafları (Pars Yayınevi 1976)

Zevkliler, Aydın, İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1982).

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Klinik Araştırmalarında Kişilik Haklarının Korunması

Ayşe EROL*

Makalenin Geliş Tarihi: 14.03.2021 **Kabul Tarihi:** 26.05.2021

**Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM
Veri Tabanında indekslenmektedir.**

DOI [10.30915/abd.1041125](https://doi.org/10.30915/abd.1041125)

- * Dr. Öğr. Üyesi / Uluslararası Fınal Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî
Hukuk Ana Bilim Dalı, Girne/KKTC.
<https://orcid.org/0000-0001-9122-4824>

GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARI KLİNİK ARAŞTIRMALARINDA KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI

ÖZ

Ulusal ve uluslararası bazı kanun ve yönetmeliklerde, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları klinik araştırmaları sırasında uyulması gereken birçok hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlere aykırı davranan ve gönüllü deneklerin kişilik haklarını ihlâl eden araştırmacıların Türk Medenî Kanunumuzda hüküm altına alınmış kişiliği koruyucu davalar ve kişilik hakkı ihlâli sonucu açılabilen davalar ile karşı karşıya kalması kaçınılmazdır. Kişilik hakkı değerleri insan üzerinde geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları klinik araştırmalarıyla ilişkilendirildiğinde, en temel ve ihlâl edilmesi en muhtemel değerler, T.C. Anayasası ve uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınmış olan, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü değerleridir. Bu doğrultuda çalışmamızda, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında klinik araştırmaların kişilik hakkı ile ilişkilendirilmesi ve geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmalarında kişilik haklarının nasıl korunacağı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Geleneksel Tıp

Tamamlayıcı Tıp

Klinik Araştırmalar

Kişilik Hakkı İhlâli

Kişiliği Koruyucu Davalar

PROTECTION OF PERSONAL RIGHTS IN CLINICAL RESEARCHS OF TRADITIONAL AND COMPLEMENTARY MEDICAL APPLICATIONS

ABSTRACT

Some national and international laws and regulations contain many provisions that must be observed during clinical researchs of traditional and complementary medical applications. It is inevitable that researchers who act against with these provisions and violate the personal rights of volunteer subjects will be confronted with lawsuits that protect personality or may be filed as a result of violation of personal rights, taken part in our Turkish Civil Code. Life, health and body integrity values are the most basic and most likely to be violated personal right values when traditional and complementary medical applications are associated with clinical researchs on human body. These values are primarily guaranteed by The Constitution of the Republic of Turkey and also international conventions. In this direction, our study examined the association of clinical research with personality rights in traditional and complementary medicine practices and how to protect personality rights in clinical studies of traditional and complementary medicine practices.

Keywords

Traditional Medicine

Complementary Medicine

Clinical Researchs

Infringement of Personal Right

Lawsuits that Protect Personality

GİRİŞ

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmaları, hukuka ve usule aykırı yapıldığında kişilik hakkı ihlallerine yol açması kaçınılmazdır. Kişilik hakkı ihlallerinin nasıl oluştuğunun anlaşılabilmesi için öncelikle kişilik, kişilik hakkı, kişilik hakkı değerleri kavramlarına açıklık getirmek gerekir. Öğretide kişilik hakkının, kişi olan herkesin sahip olduğu ve kişilik hakkı değerlerinin tümü üzerinde bulunan bir hak olduğu kabul edilmektedir. Kişilik hakkı değerleri geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları klinik araştırmalarıyla ilişkilendirildiğinde, en temel ve ihlâl edilmesi en muhtemel değerler, T.C. Anayasası ve uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınmış olan, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü değerleridir.

Bu doğrultuda, çalışmamızda öncelikle genel olarak, insan üzerinde yapılan klinik araştırmalar hakkında mevcut ulusal ve uluslararası mevzuattan ve geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları klinik araştırmalarından söz edilmiştir. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarında klinik araştırmaların kişilik hakkı ile ilişkilendirilmesi ve geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmalarında kişilik haklarının nasıl korunacağı da çalışmamızda ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

I. İNSANLAR ÜZERİNDE YAPILAN KLİNİK ARAŞTIRMALAR HAKKINDA ULUSLARARASI VE ULUSAL MEVZUAT

İnsan üzerinde deneylerin yapılabilmesi, öncelikle T.C. Anayasası^[1] ile güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 27. maddesinin 1. fıkrasında, “herkesin bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma yapma hakkı olduğu” açıkça ifade edilmiştir. Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasında da, “kişinin tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı” belirtilmiştir.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi^[2] ve 5013 Sayılı Biyoloji ve Tıbbın

[1] RG., 09.11.1982, S. 17863.

[2] RG., 20.04.2004, S. 25439. Bu sözleşmenin biyoetiğin başlıca konuları üzerine ilk uluslararası anlaşma olduğuna dair genel bilgi için bkz. ERTİN, Hakan/TEMEL, M. Kemal; “İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik–Yasal Metinler” Anadolu Kliniği, C. 21, S. 3, 2016, s. 228. Sözleşme, insan onuru ve bireyin temel hak ve

Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun^[3], Nuremberg Kodu^[4], Helsinki Bildirgesi^[5], Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasi Haklar Sözleşmesi^[6] Hawaii Bildirgesi^[7], Belmont Raporu^[8], Tıbbî Deontoloji Nizamna-

özürlüklerinin korunması için gerekli tedbirlerin alınması amacıyla hazırlanmış olup, uluslararası bağlayıcılığı bulunmaktadır. Sözleşmeye göre bir bilimsel araştırmanın yapılabilmesinin şartları, zorunluluk, orantılılık, etik olma, kanunla öngörülme, açık ve her zaman geri alınabilen rızaya bağlı olma olarak kanun edilmiştir. Bununla birlikte gen analizlerinin de, sağlık ve sağlık amaçlı bilimsel araştırmalar amacıyla yapılmadığı takdirde hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir. (BOZAT, Ramazan; Gen Analizlerinde Kişilik Haklarının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017, s. 109). *Bir kimse üzerinde araştırmanın hangi şartların yerine getirilmesi hâlinde gerçekleştirilebileceğine dair* bkz. Bölüm 5, m. 16.

- [3] RG., 09.12.2013, S. 25311.
- [4] Nazi deneylerinden yola çıkmak suretiyle, insanlar üzerindeki deneylere ilişkin belirsizlikleri gidermek amacıyla Nuremberg (Nürnberg) ilkelerinin geliştirildiği görülmektedir (ERTİN/TEMEL, s. 225). Nuremberg Kodu'nda yer alan deneyin özgür iradesiyle rıza vermiş olması, rıza verme ehliyetine sahip olması ve yeterli şekilde bilgilendirildikten sonra rıza vermiş olmasının gerekliliğinin ilkeler in vurgulandığı ilkeler ile deneyde elde edilmesi beklenen sonuçların nasıl olması gerektiği ve deneyi gerçekleştirecek kişi ya da kişilerin taşıması gereken özelliklere ilişkin ilkeler için bkz. ERTİN/TEMEL, s. 225.
- [5] Helsinki Bildirgesi hakkında detaylı bilgi için bkz. KAVAKLI, Kaan; "Klinik İlaç Araştırmalarında Araştırmacı ve Sorunları", Klinik Araştırmalar Kitabı, Bilimsel Tıp Yayınevi, Ankara, 2006, s. 141-142. Bu Bildirgede, tıbbî araştırmanın öncelikli amacının yeni bilgilere ulaşmak olduğu ancak bu hedefin hiçbir zaman araştırma gönüllüsü bireylerin hak ve menfaatlerinin önüne geçemeyeceği vurgulanır (m. 8).
- [6] İnsan hak ve özgürlüklerini korumayı amaçlayan bu sözleşmede, hiç kimsenin işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılmayacağı ve özellikle hiç kimsenin kendi özgür rızası olmadan tıbbî ya da bilimsel deneylere tâbi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır (m. 7).
- [7] Dünya Psikiyatri Birliği (The World Psychiatric Association) tarafından benimsenen bildirmede, terapide olduğu gibi klinik araştırmalarda da, her hastaya mevcut en iyi tedavi sunulması gerektiği ve projenin içerdiği sakıncalar, riskler, işlemler ve amaçlar hakkındaki tüm bilgi hastaya verildikten sonra, hastanın katılımının gönüllü olması gerektiği ifade edilmektedir (m. 9).
- [8] Bu raporda Nuremberg Kodu ve Helsinki Bildirgesi'nden farklı olarak, bireylere saygı, yarar ve adalet olarak üç temel ilkenin tespit edildiği belirtilmektedir (YÜKSEL,

mesi^[9], İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik^[10], Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Klinik Araştırmaları Yönetmeliği^[11], Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları

Hilal; Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukukî Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s.12). Bireylere saygı ilkesi; deneyin, tam ehliyetli kişiler üzerinde yapılması gerekliliğini ileri sürer aynı zamanda da çocuklar gibi savunmasız kişileri de korumayı amaçlar. Yarar ilkesine göre; zarar vermemek ve deneyden sağlanacak yararı en üst düzeye yükseltirken riskleri de en az düzeyde tutmak hizmet edilen amaçlar olmalıdır. Son olarak adalet ilkesinde ise amaç, deneyin yarar ve külfetlerinin denekler arasında adil şekilde dağılımını sağlamaktır (DELANDA, Bertha; “The Belmont Report: History, Principles and Application”, May 2009, s. 4-7 http://web.stanford.edu/dept/DoR/compliance/hs/staff_member_edu/2009_05_Belmont.pdf (Erişim Tarihi: 25.08.2019).

- [9] RG., 19.02.1960, S. 10436. Ulusal olarak insan üzerinde deneylere ilişkin ilk düzenleme olan Tüzük'te, tedavi amaçlı tıbbî denemelerin, ancak klasik metotlardan fayda gelmeyeceğinin anlaşılması ve yeni metotların zarar vermeyeceğinin ve hayvanlar üzerinde yeterince denenmiş olmaları halinde insanlar üzerinde uygulanabileceği belirtilmektedir bkz. Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m.10 ve 11. Bilimsel amaçlı deneme niteliğindeki tüm girişimlerin hukuka aykırılık sonucunu doğurduğu; Tıbbî Deontoloji Tüzüğündeki düzenlemenin hukukumuzdaki diğer düzenlemelerle paralel hale getirilerek, bilimsel amaçlı tıbbî denemelere belli şartlarla izin verilebileceğine ilişkin bir hükmün konulmasının yerinde olacağına dair görüş için bkz. ERMAN, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003, s. 229-230).
- [10] RG., 13.04.2013, S. 28617. Gönüllüler üzerinde araştırma yapılabilmesi için bunun zorunluluk arz etmesi, gönüllünün yetkili kişiler tarafından bilgilendirilmiş rızasının alınması, gönüllü için risk teşkil etmemesi ve gönüllünün sigortalanmasının gerekliliğinin vurgulandığı hakkında bkz. m. 5.
- [11] RG., 09.03.2019, S. 30709. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları alanlarında insanlar üzerinde bilimsel araştırma yapılmasına ve gönüllülerin haklarının korunmasına dair usul ve esasların belirlendiği bu Yönetmelik'te, gönüllüler üzerinde yapılacak araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda deney hayvanı üzerinde gerçekleştirilmesinin gerekliliği, insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin insan üzerinde de uygulanmasının gerekliliği, araştırmaya iştirak edecek gönüllü sağlığı ile ortaya çıkabilecek muhtemel risklerin ve diğer kişilik haklarının, araştırmadan beklenen bilimsel faydalar ve kamu menfaatinden daha üstün tutulacağı, gönüllünün tıbbî takip ve tedavisinin bunların gerekli kıldığı meslekî nitelikleri haiz hekim veya diş hekimince yapılacağı, araştırma sırasında, gönüllüye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verecek yöntemler uygulanamayacağı, araştırmanın acıyı, rahatsızlığı, korkuyu, hastanın hastalığı ve gelişim safhası ile ilgili herhangi bir riskin en alt

Yönetmeliği^[12], Hasta Hakları Yönetmeliği^[13], İyi Klinik Uygulamalar^[14]

düzye tasarlanacağı, risk sınırı ve rahatsızlık derecesinin özellikle tanımlanarak sürekli kontrol edileceği ve araştırmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakamayacağı belirtilmektedir (<https://www.sozcu.com.tr/2019/saglik/tamamlayici-tip-arastirmalarinda-gonullu-haklari-belirlendi-3845295>) (Erişim Tarihi: 11.07.2019).

- [12] R.G., 27.10.2014, S. 29158. Uygulamaların bu Yönetmelik'te belirlenen alanlarla sınırlı olduğuna; Bakanlığın gerektiğinde ünite ve uygulama merkezinde yapılan ve yapılabilecek yeni uygulamaların bilim komisyonunda değerlendirilmesini isteyebileceğine ve bu Yönetmelik ekinde yer almayan uygulamalar için ise sadece uygulama merkezlerinde araştırma yapılmasının mümkün olabileceğine ve elde edilen veri ve çalışmaların kişilerin bilgi ve izni olmaksızın kişisel bilgileri belli edecek şekilde kullanılmayacağına dair bkz. m. 8/ f.1, 2.
- [13] RG., 01.08.1998, S. 23420. Gönüllü merkezli olan yönetmelikte hiç kimseye Sağlık Bakanlığı'nın izni ve kendi rızası olmadan tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı bir tıbbî müdahale yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Kişinin rızasının gerekliliğine vurgu yapan hükümler için bkz. m. 5/e ve m. 22. Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın vücut bütünlüğünü ihlâlinin kati suretle yasaklandığına ilişkin bkz. m.12. Yeni tedavi metotlarının, ancak klasik metotlardan fayda gelmeyeceğinin anlaşılması ve yeni metotların zarar vermeyeceğinin ve hayvanlar üzerinde yeterince denenmiş olmaları, hastanın rızasının bulunması halinde insanlar üzerinde uygulanabileceği; daha önce hiç denenmemiş olması halinde ise ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağına mutlak olarak öngörülmesi hâlinde uygulanabileceğine dair bkz. m.27.
- [14] Deney esnasında araştırmacıların, "İyi Klinik Uygulamalar" adı verilen uluslararası ve ulusal etik kurallara uymalarının gerekliliği savunulmaktadır (KAVAKLI, s. 142).

Kılavuzu^[15], Etik Kurul^[16] Standart İşleyiş Yöntemi Esasları^[17], Organ ve

- [15] Bu kılavuzun, günümüze kadar yayımlanan tüm kılavuzlar arasında en iyi bilinen ve tüm dünyada uygulama alanı bulan bir kılavuz olduğu kabul edilmektedir (ULUOĞLU, Canan; “Araştırma Etiği”, Türk Tıp Dizini-Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık 7. Ulusal Sempozyum, 2009, <https://docplayer.biz.tr/22242888-Arastirma-etigi-canan-uluoglu.html> (Erişim Tarihi: 26.08.2019), s. 48). Klinik araştırma yapılırken uyulacak kurallar bütünü olarak kabul edilen İyi Klinik Uygulamalar Kılavuzlarından en son yayımlananı 13.11.2015 tarihli (file:///C:/Users/PC/Desktop/MAKALE/735007fa-0537-4d0d-adaa-9d1d2d0c2bc0.pdf). Araştırmaların uluslararası bilimsel ve etik standartlarda yapılmasını sağlamak amacıyla araştırmanın tasarlanması, yürütülmesi, izlenmesi, bütçelendirilmesi, değerlendirilmesi ve raporlanması, gönüllünün tüm haklarının ve vücut bütünlüğünün korunması, araştırma verilerinin güvenilirliğinin sağlanması, gizliliğinin muhafaza edilmesi iyi klinik uygulamalarının esas içeriğini oluşturmakta ve bu içeriğin temelini Helsinki Bildirgesi’ne dayanan ilkeler olduğu kabul edilmektedir (BAYINDIR, Sinan; “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, 2018, s. 83, dn. 18).
- [16] Etik Kurul, gelişen tıp teknolojisi ile bağlantılı olarak ortaya çıkan etik sorunlar için geliştirilmiş, disiplinlerarası işbirliğine ihtiyaç duyan, kendine özgü örgütsel bir yapı olarak kabul edilmektedir. Tıp biliminin farklı alanlarında ortaya çıkan etik sorunları saptamak, tanımlamak, incelemek ve bunlara çözüm önerileri sunmak temel görevleri arasında yer almaktadır (OĞUZ, Yasemin; “Etik Kurullar”, Etik Bunun Neresinde!, Ankara Tâbib Odası Yayınları, Ankara, 1997, s. 169). Tıbbî personelin hasta veya diğer tıbbî personel ile aralarında ortaya çıkabilecek etik sorunlarını, malpraktis uygulamalarını, organ nakillerinde donör olma yönünden çıkabilecek sorunları, şikâyet ve başvurular sonrasında değerlendiren ve bu konulara etik yönden karar veren Hastane/Klinik Etik Kurullarının ülkemizde herhangi bir yasal dayanağı bulunmadığından burada gündeme gelecek Etik Kurullar, Araştırma Etik Kurulları olmalıdır (KAVAKLI, s. 147).
- [17] Bu esaslar kapsamında, etik kurulların amacının klinik araştırmalarda yer alan gönüllülerin haklarını, güvenliklerini ve esenliklerini korumak suretiyle, ortaya insan onuruyla bağdaşmayacak çalışmaların çıkmasını engellemek olduğu belirtilmektedir (KAVAKLI, s. 143). Etik kurulların görevleri arasında, insanlar ve hayvanlar üzerinde yapılacak her türlü araştırmanın tüm detaylarını incelemek, onay vermek, denetlemek, deneklerin haklarını korumak, zarar görmelerini önlemek, aydınlatılmış rızadan emin olmak, gerektiğinde tedavi sağlamak da yer almaktadır (İNCİ, Osman; “Bilimsel Yayın Etiği İlkeleri, Yanıltmalar Yanıltmaları Önlemeye Yönelik Öneriler”, Türk Tıp Dizini-Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık 7. Ulusal Sempozyum, 2009, s. 79). Araştırmaya katılan denegın haklarının ihlâl edilmemesi ve kamu güvenliğinin sağlanması, etik kurulları vazgeçilmez kılan amaçları oluşturur (ÖRNEK BÜKEN, Nüket; “Klinik Araştırma Etik Kurulları”, Klinik Araştırma Etik Kurulları Üzerine

Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun^[18], Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu^[19], Hekimlik Meslek Etiği Kuralları^[20] ve

Görüş ve Öneriler, Türkiye Biyoetik Derneği, 2007, s. 4, 5, 7, 14). Etik Kurul onayı olmayan herhangi bir araştırmanın yayınlanma olanağı bulunmamaktadır (ÇOBANOĞLU, Nesrin; “Tıbbî Araştırma ve Yayın Etiği”, ÜNAK03 Bildiriler Bilgiye Erişimde Değişen Yollar ve II. Tıbbî Bilgi Yönetimi ve Teknolojileri Sempozyumu, Ankara, (<https://docplayer.biz.tr/7127726-Tıbbi-arastirma-ve-yayin-etigi-nesrin-cobanoglu-etiksiz-bilim-kordur-bilimsiz-etik-bostur.html>) (Erişim Tarihi:25.08.2019), s. 172). Ayrıca Etik Kurul Standart İşleyiş Yöntemi Esaslarına dair bu belgenin Helsinki Bildirgesi’ne, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğe ve İyi Klinik Uygulama ilkelerine tamamlayıcı rehberlik ve destek sağlamak amacıyla hazırlandığına; Etik Kurul’un gönüllü haklarını, güvenliğini, onurunu ve mahremiyetini korumak amacıyla ilgili düzenleyici kurum/kurumlara, mevzuata ve toplum gerekliliklerine uygun olarak hareket etme sorumluluğunu taşıdığına dair bkz. m. 1.

- [18] RG., 03.06.1979, S. 16655. Organ ve doku naklinin hangi niteliklere sahip kişilerden ve hangi usule uyularak mümkün olacağına dair bkz. m. 5 ve m. 6.
- [19] RG., 15.05.1987, S. 19461. Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasakolduğuna dair bkz. SHTK. m. 3/1-k. Herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkiplerinin, tıbbî ve biyolojik ürünler, bitkisel ürünler, kozmetik ürünler ve hammaddeleri ile tıbbî cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için, hayvan ve insanlar üzerinde yeterince denenmiş olması, araştırmayla elde edilmesi umulan sonucun kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması, bilgilendirilmiş rızanın ve etik kurul onayının gerekliliğine ve etik kurulların klinik araştırmalarla ilgili konularda Sağlık Bakanlığına görüş bildirmek üzere Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu teşkil olduğuna dair bkz. SHTK. Ek m. 10.
- [20] Burada da insan üzerinde yapılan bilimsel deneyler ve tedavi amaçlı denemelerin yetkili kişiler tarafından yapılması zorunluluğu ve gönüllünün rızasının alınması zorunluluğu bir kez daha hüküm altına alınmıştır. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’na göre, hekimler bu kurallara aykırı davranışlarda bulduklarında, disiplin soruşturmasına tâbi tutulacaklardır. Hekimlerin disiplin soruşturmasına uğraması, haklarında ayrıca hukukî veya cezaî takibat yapılmasına engel olmadığına dair bkz. HMEK. m. 46. İnsan üzerinde yapılacak klinik, deneysel ya da epidemiyolojik araştırmalar, gerek ilaç gerek cerrahî yöntem araştırmaların, yerel etik kurullardan geçmek koşuluyla yapılacağına, insan üzerinde yapılan tüm araştırmaların, bilimsel ve mesleki yönden yeterli ve yetkin kişiler tarafından yürütüleceğine ve tüm sorumluluğun araştırmacıya ait olduğuna dair ayrıca bkz. m. 40. İnsan üzerinde yapılan tıbbî araştırmalarda

Türk Ceza Kanunu^[21] insanlar üzerinde yapılan klinik araştırmalar hakkında çeşitli hükümler içeren ulusal ve uluslararası kaynaklardır. Belirtilen kanun ve yönetmeliklerde yer verilen, klinik araştırmalar esnasında uyulması gereken ilgili hükümlere çalışmamızda yeri geldiğince değinilmiştir.

II. İNSANLAR ÜZERİNDE YAPILAN KLİNİK ARAŞTIRMALAR

A. Genel Olarak

Klinik araştırmalar^[22], yeni bir tıbbî yöntemin hekim tarafından ilaçlarla, tıbbî cihazlarla veya bunlar olmaksızın insan üzerinde denenmesini gerek-

deneğin yaşamının, bedensel ve zihinsel bütünlüğü ile sağlığının her zaman toplumsal veya bilimsel çıkarların üzerinde tutulacağına dair bkz. m. 43. Hekimin, araştırma verilerini değerlendirirken ve yayına hazırlarken bilimsel gerçekleri yansıtması gerektiğine; çalışmaya fiilen katılmamış kişilerin adlarının yayında yer alamayacağına; kaynak göstermeden ve izin almadan başkalarına ait veriler, olgular ve yazılı eserlerin kullanılamayacağına dair bkz. m. 44.

- [21] RG., 12/10/2004, S. 25611. Deneyden elde edilmesi beklenen faydanın, kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre ağır basması gerektiği aksi halde deneyin suç teşkil edeceği ve ağır cezalarla karşılaşacağı bu Kanun'un 90. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Maddede yer verilen; m. 90/f.1'de düzenlenmiş olan İnsan Üzerinde Bilimsel Deney Yapma Suçu (Deney Suçu) ile 90/f.4'teki Tedavi Amaçlı Deneme Suçu (Deneme Suçu), bu hususu açıkça gözler önüne sermektedir (BAYINDIR, s. 78). İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişinin, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağına dair bkz. m. 90/f. 1. İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için taşıması gereken koşullar için bkz. m. 90/f. 2. Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişinin, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağına; bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması, kişi üzerinde yapılan rızaya (açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması halinde) dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı denemenin, ceza sorumluluğunu gerektirmeyeceğine dair bkz.m. 90/f. 4. Bunların yanında, "*siyasal, felsefi, irki veya dini saiklerle toplumun bir kesimini bir plan doğrultusunda sistemli olarak bilimsel deneylere tâbi kılmanın*" insanlığa karşı suçlardan biri olarak kabul edildiğine dair ayrıca bkz. m. 77/b. e.

- [22] Mevzuatta bir terim birliği sağlanamamıştır. Anayasa'da "bilimsel ve tıbbî deney", Türk Ceza Kanunu'nda "deney" terimi kullanılırken, insan üzerinde yapılan araştırmaların genel esaslarını düzenleyen İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelikte "klinik araştırma" terimi kullanılmıştır. Helsinki Bildirgesinde "tıbbî

tiren, henüz standart hale gelmemiş tıbbî uygulamalar ve bu uygulamalara yönelik araştırmalardır^[23]. Başka bir deyişle, klinik araştırmalar veya deneyler; sağlıklı veya hasta gönüllüler^[24] üzerinde yapılan ilaç veya ilaç dışındaki çeşitli uygulamaları kapsamaktadır^[25]. Bu araştırma veya deneylerin yasal, etik ve tıbbî açıdan uygun olduğuna karar verecek olan kurullar, etik kurullardır^[26]. Etik kurulun görüşünün ardından, Sağlık Bakanlığı'nın vereceği karar ile araştırmaya başlanır^[27]. Dolayısı ile etik kurulun kararı bağlayıcı değildir. Etik kurullar vasıtasıyla bir taraftan hasta ve gönüllülerin etik olmayan, riskli araştırmalardan korunması sağlanırken, diğer taraftan araştırmacılar ve araştırma kurumları da korunmaktadır^[28]. Araştırmacının sürdürdüğü bilimsel çalışmanın ön şartları, yöntemli çalışmak, yeterli donanıma sahip bir alanda çalışmak ve her türlü imkâna sahip olmak olarak belirtilmektedir^[29]. Araştırmacının ilaç ya da yöntemi seçme özgürlüğünün bulunmadığı

araştırma (medical research)", İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinde "bilimsel araştırma (scientific research)", İyi Klinik Uygulamalar Klavuzunda ise "klinik deney/ araştırma (clinical trial/study)" ifadeleri kullanılmıştır.

- [23] SOMER, Pervin/VATANOĞLU, E. Elif; "Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Çerçevesinde Etik Kurullar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Özel Sayısı, C. 19, S. 2, 2013, s. 395.
- [24] Gönüllü, bu Yönetmelik hükümleri ve ilgili mevzuat uyarınca, bizzat kendisinin veya yasal temsilcisinin yazılı oluru alınmak suretiyle klinik araştırmaya iştirak edecek hasta veya sağlıklı kişiyi ifade eder (GTTUKAHY m. 4/o).
- [25] ÖZBAY, Latif/ ÖZER ÜNAL, Durişehvar; "Klinik Araştırmalarda Etik: Biyoedeğerlik Çalışmaları Ve Etik Uygulamalar", Türkiye Biyoetik Derneği VI. Tıp Etiği Kongresi "Biyoetikte Yeni Ufuklar" Bildiri Özetleri Kitabı, İstanbul, 2010, s. 96, <https://docplayer.biz.tr/373050-Turk-ye-b-yoet-k-derne-vi-tip-et-kongres.html> (Erişim Tarihi: 26.08.2019).
- [26] SOMER/VATANOĞLU, s. 395.
- [27] DOĞAN, Murat/ÜNAL, Akın; "İnsanlar Üzerinde İlaç Deneyleri ve Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar", Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu: İlaç 112 Hukuku, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, s. 159.
- [28] ÖZGÜL, Mehmet Emin; Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İzmir, 2010, s. 296.
- [29] ÇOBANOĞLU, s. 167.

ve projeye başlamadan önce alınan etik kurul izni dışına asla çıkamayacağı da uzmanlar tarafından özellikle vurgulanmaktadır^[30].

Pahalı ve uzun bir süreç gerektiren ilaç araştırmaları için insan üzerinde yapılan deneyler çoğunluktadır. Bu sürecin yaklaşık 12-15 yıl sürdüğü ve 500-800 milyon dolar harcamayı gerektirdiği ifade edilmektedir^[31]. Yeni ilaç geliştirilen alanların daha çok kronik hastalıklara ilişkin olması, hasta sayısının artması ve klinik araştırmalara ilişkin düzenlemelerin çoğalmasının bir sonucu olarak, yeni bir ilaç geliştirme maliyetinin 500-800 milyon dolar harcamayı gerektirmesi gösterilmektedir.^[32]

İlaçların belli bir aşamaya gelmeden önce birtakım süreçlerden geçmesi ve bu süreçlerde araştırılan ürünlerin insan üzerinde denenmesi önem arz etmektedir. İlaçlar üzerinde laboratuvar ve hayvan deneyleri yapıldıktan sonra, olumlu ve güvenilir sonuçlar alınmışsa, artık insan üzerinde denenme aşamasına geçilebilmektedir^[33]. Deney hayvanları üzerinde yürütülen araştırmalar sonucu ortaya çıkan ilaçların, hastaların tedavisinde kullanılmadan önce yaklaşık üç-dört yıl gibi bir süre değerlendirildiği belirtilmektedir^[34]. İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'te,

[30] KAVAKLI, s. 141.

[31] PETEK, Hasan; “Çocuklar Üzerinde İlaç Araştırmaları Yapılması”, Legal Hukuk Dergisi, C. 5, S. 49, 2007, s. 47.

[32] TAYLAN, Edibe; “Klinik İlaç Araştırmalarında Destekleyici ve Sorunları”, Klinik Araştırmalar Kitabı, Bilimsel Tıp Yayınevi, Ankara, 2006, s. 155.

[33] PETEK, Hasan; İlaç Üreticisinin Hukukî Sorumluluğu, Ankara, 2009, s. 82.

[34] KASAPÇOPUR, Özgür; “Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği”, Cerrahpaşa Tıp Dergisi, C. 38, S. 4, 2007, s. 163.

bu değerlendirme aşamaları, Faz I^[35], Faz II^[36], Faz III^[37], Faz IV^[38] olarak 4 faza (döneme) ayrılmış olup bu dönemlerde ne gibi işlemler gerçekleştirildiği açıklanmıştır^[39]. İlaç araştırmalarının tüm aşamalarında gönüllülerden mevzuata uygun yazılı rıza alınmasının^[40] ve tüm gönüllülerin oluşabilecek yan etkilere karşı ilaç firmalarınca sigortalanmasının gerekliliği gerek hukukî düzenlenmelerle gerekse öğretide kabul edilen bir husustur^[41]. İlacın tedavide önemli rol oynaması, tedaviye ulaşabilme hakkı ile yakından ilgilidir. Tedaviye ulaşabilme hakkı^[42], sağlık hakkının korunmasını ve tedavi edilme

- [35] Bu aşamanın, deneyin hayvanlar üzerinde gerçekleştirilmesinden sonraki aşama olduğu belirtilmektedir (ÖZGÜR, Çiçek; “İnsanlar Üzerinde İlaç Klinik Araştırmaları”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, S. 2, Yıl: 2, 2012, s. 185; OZANOĞLU, Hasan Seçkin; “Hasta ve Gönüllü Hakları Açısından İlaç Araştırmalarında Hukukî Sorumluluk”, Ankara Barosu: II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 7-8 Kasım 2008, s. 382). Ortalama yirmi ila seksen sağlıklı kişi üzerinde dokuz-on sekiz aylık bir süre boyunca yürütüleceği genel olarak kabul edilmektedir (KASAPÇOPUR, s. 163; DOĞAN/ÜNAL, s. 153; PETEK, İlaç Araştırmaları, s. 48; KARA KILIÇARSLAN, Seda; “Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, 2011, s. 295).
- [36] Bu fazdaki temel amacın, ilacın, sınırlı sayıda hasta üzerinde kontrollü ilk uygulamalarının yapılarak tolere edilebilir doz aralığının hastalar üzerinde etkilerinin belirlenmesi olduğu belirtilmektedir (ÖZGÜR, s. 186). Faz II araştırmalarının yaklaşık yüz-üç yüz hasta üzerinde uygulanıp bir ila üç yıl arasında sürdürüldüğü kabul edilmektedir (DOĞAN/ÜNAL, s. 154; PETEK, İlaç Araştırmaları, s. 48; OZANOĞLU, s. 382; KARA KILIÇARSLAN, s. 295).
- [37] Bu aşamada ise, araştırmanın genişletildiği ve daha fazla sayıda hasta (yüz-üç bin) üzerinde ilacın etkisi ve kaldırılabilirliğinin yaklaşık iki-üç yıllık bir süre boyunca denendiği belirtilmektedir (ÖZGÜR, s. 186; DOĞAN/ÜNAL, s. 154; OZANOĞLU, s. 382; KARA KILIÇARSLAN, s. 295; Hasta sayısının 1000 ile 5000 arasında olduğu da söylenmektedir (PETEK, İlaç Araştırmaları, s. 49).
- [38] Ruhsat alındıktan sonra gerçekleştirilen bu fazda ise ulaşılmak istenen hedef, deneyler sırasında anlaşılammış bulguların daha geniş bir hasta kitlesi üzerinde tespit edilebilmesidir (DOĞAN/ ÜNAL, s. 155).
- [39] Tüm 4 adet faz döneminde, araştırma ürününün kimler üzerinde ve hangi amaçlara ulaşmak üzere denendiğine dair bkz. İBÜKAHY. m. 10.
- [40] Bkz. GTTUKAHY m. 4/o, m. 5/h, m. 5/ı; Hasta Hakları Yönetmeliği m. 34.
- [41] KASAPÇOPUR, s. 164.
- [42] Bkz. Dünya Hekimler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi, Türk Tabipler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi, Hasta Hakları Kılavuzu.

hakkını içermektedir^[43]. Aynı zamanda hastanın tedaviye rıza göstermesini ve tedaviyi reddetme hakkının varlığını da kapsamaktadır^[44]. Tedaviye ulaşılabilmesi için ilacın da ulaşılabilir ve edinilebilir olması gerekmektedir. İlacın ulaşılabilirliği (accessibility) ve edinilebilirliğinin (affordability), tedavi edilme hakkı başka bir deyişle sağlık hakkı ile de yakından ilgili olduğu kabul edilmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün, her yıl "temel ilaç listesi (essential medicines)" hazırladığı ve öncelikli olarak bu ilaçların ulaşılabilir olmasının önemi üzerinde durduğu bilinen bir gerçektir^[45].

İnsan üzerinde gerçekleştirilecek klinik araştırma şeklindeki ilaç denemeleri, hastayı tedavi etmenin ötesinde araştırma ve gözlem amacına yöneliktir^[46]. Zira çoğu zaman ya ilacın denendiği kimseler, sağlıklı bireyler olmakta; ya da tedavi amaçlı denemeyi aşan nitelikte denemelerle karşılaşmaktadır^[47]. Bu sebeple, insan üzerinde yapılan deneyleri tıbbî müdahale kapsamında

[43] ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G.; İlaç Patenti Sahibinin İlaç Kullanımına Bağlı Zararları Tazmin Yükümlülüğü, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s. 126.

[44] ÖZCAN BÜYÜKTANIR, s. 126.

[45] Özellikle geri kalmış ülkelerde bu ilaçlara ulaşımın son derece zor olduğu ve halkın sağlığının bundan etkilendiği belirtilmektedir. Bu ilaçların patent koruması altında olmaması, patent koruma sürelerinin sona ermiş olması ve dolayısıyla eşdeğerlerinin piyasaya çıkmış olması ya da bu ilaçlara daha çok gereksinim duyulan gelişmemiş ya da az gelişmiş ülkelerde patent yasası olmaması ile paralellik göstermektedir (ATTARAN, A.; How Do Patents and Economic Policies Affect Access To Essential Medicines In Developing Countries?, Health Affairs, 23, no. 3 (2004), s. 155 vd.) Sivil toplum örgütleri tarafından gelişmekte olan ülkelerde (özellikle Afrika'da) son yıllarda patentlerin ilaçların fiyatını arttırması sebebiyle halkın ilaçları edinemediği ileri sürülmektedir. Bu ülkelerde özellikle HIV hastalarında ilaca ulaşamama sorununun yaşandığı belirtilmektedir. Ancak diğer taraftan da araştırmacı ilaç firmaları bu ülkelerde ilaçlarda patent koruması olmadığı için asıl sorunun tıbbî ürünlerin yetersizliği olduğunu belirtmektedirler (BARTON, John H.; TRIPS and The Global Pharmaceutical Market, Health Affairs, S. 3, 2004, s.146).

[46] AYAN, Mehmet; Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara, 1991, s. 14; ŞENOCAK, Zarife; Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998, s. 68. İlaç araştırmalarının, diğer tıbbî denemeler gibi tedavi amaçlı olabileceği gibi, bilimsel amaçlarla da yapılabileceğine dair ayrıca bkz. AYAN, s. 37; ERMAN, s. 229.

[47] ÖZGÜL, Mehmet Emin; "İnsan Üzerinde Ücret Karşılığı Bilimsel Amaçlı İlaç Denemesi Yapılmasının Hukuka Aykırılığı", DEÜHFD., Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 847.

değerlendirmek her zaman doğru olmaz^[48]. Özellikle salt bilimsel amaçlı deneyler bu kapsamda değerlendirilemez. Bilimsel amaçlı uygulanan tıbbî araştırma ve denemeler doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacı taşımamaktadır^[49]. Diğer taraftan, tedavi amaçlı denemelerin ise, bir hekim tarafından yapılma zorunluluğu olması ve tedavi amacına yönelik olması sebebiyle tıbbî müdahale kavramı içerisinde değerlendirilebileceği kabul edilmektedir^[50].

İnsan üzerinde deney ve tedavi (iyileştirme) amaçlı denemenin birbirinden farklı kavramlar olduğu şüphesizdir^[51]. Zira deneyin, bilimsel çalışmanın ilk aşamalarını; denemenin ise bilimsel amaçlı deney sonuçlarının, hasta insana uygulanmasını ifade ettiği kabul edilmektedir^[52]. Başka bir deyişle, deney, sağlıklı insanlar üzerinde tedavi amacından ziyade bilimsel amaçlarla ispatlanmamış vakianın ispatlanmasına yönelik iken; deneme, genelde hasta insanlar üzerinde yapılan bir faaliyettir^{[53] [54]}.

[48] AYAN, s. 14; YENERER ÇAKMUT, Özlem; Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003, s. 39; ÖZTÜRKLER, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbî Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara, 2006, s. 99; PETEK, İlaç Araştırmaları, s. 66.

[49] Bilimsel araştırmanın sonuçlarını gözlemek amacıyla uygulanan müdahalelerin, teknik anlamda bir tıbbî müdahale olarak nitelendirilemeyeceğine dair bkz. AYAN, s. 14.

[50] YÜKSEL, s. 29.

[51] TCK.m. 90/f.1-2.3 kapsamında bilimsel deneyin hukuka uygunluğunun şartları ve hukuka aykırı şekilde yapıldığında cezai yaptırımının ne olacağı düzenlenmiştir. TCK.m. 90/f.4'te ise, bahsedilen durumların tedavi amaçlı deneme açısından hafifletilmiş olduğu görülmektedir.

[52] DOĞAN, Cahid; İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları, iç: İlaç ve tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbî Sorunlar Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 94.

[53] DOĞAN, Deney, s. 94.

[54] AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan; "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, Özel Sayı, 2015, s. 196; HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku, 21. Baskı, Ankara, 2020, s. 243, 277, 284. Deney ve denemenin bir ilâçtan bağımsız olarak da yapılmasının mümkün olduğu ancak bu durumda bunun bir deney veya deneme olsa da bir klinik araştırma olamayacağı belirtilmektedir. (HAKERİ, Hakan; İnsan Üzerinde Deney–Deneme ve Ceza Sorumluluğu, iç: II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara, 2009, s. 303).

Deneyde amaçlanan genellikle birden fazla hasta üzerinde henüz ruhsat almamış bir ilâcın etkinliğinin tespiti iken, denemede tek bir hastanın iyileştirilmesidir^[55]. İyileştirmek amaçlı veya bilimi geliştirmek amaçlı yapılan tüm deneme ve deneylerin birer bilimsel faaliyet, daha doğru bir ifadeyle “araştırma” olduğu kabul edilmelidir^[56].

İnsan üzerinde deney ve deneme kapsamında değerlendirilen klinik araştırmalara, ilâç ve ilâç dışı klinik araştırmalar, tıbbî cihaz klinik araştırmaları, yeni bir cerrahî yöntem araştırması, kök hücre nakli araştırması, doku nakli araştırması veya organ nakli araştırması, genetik araştırmalar, psikolojik araştırmalar örnek verilmektedir^[57]. Bunun dışında insan vücuduna doğrudan bir müdahâle gerektirmeyen girişimsel olmayan çalışmaların da (gözlemsel çalışmalar, anket, arşiv taraması, kan, idrar vs. gibi materyaller üzerinde yapılacak araştırmalar vs.) klinik çalışmalar kapsamına girdiği belirtilmektedir^[58].

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde de deneyin, “bilimsel deneyler” ve “tedavi amaçlı denemeler” olarak iki farklı şekilde ele alındığını görmekteyiz^[59]. Tedavi amaçlı denemeler, daha önce yeterince denenmemiş ve insanlar üzerindeki etkileri tam olarak bilinmeyen tedavinin, var olan tedavilerin hastaya hiçbir yararının dokunmayacağına anlaşılması üzerine hastanın iyileştirilmesi amacıyla hastaya uygulanması olarak tanımlanmaktadır^[60]. Hastanın fiziksel ve ruhsal olarak tamamen rahatlaması buradaki asıl amaçtır^[61].

[55] ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2015, s. 236.

[56] AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 195.

[57] EKİCİ ŞAHİN, Meral; Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk, iç: VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, editöler: Hakan Hakeri, Henning Rosenau, Ankara, 2012, s. 481.

[58] EKİCİ ŞAHİN, s. 481.

[59] YÜKSEL, s. 6.

[60] YÜKSEL, s. 6.

[61] Tedavi amaçlı klinik araştırmalarda insan yaşamının kurtarılması veya uzatılmasının amaçlanması, bu araştırmaları bilgi elde etmeyi hedefleyen bilimsel amaçlı klinik araştırmalardan ayırmaktadır (EKİCİ ŞAHİN, s. 484); Tedavi Amaçlı Klinik İlaç Araştırmaları ve Bilimsel Amaçlı Klinik İlaç Araştırmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KARA KILIÇARSLAN, s. 288-289.

Bilimsel deneyler, yeni birtakım tedavi yöntemlerinin sonuçlarını araştırmaya yönelik bilimsel faaliyetler olarak tanımlanmaktadır^[62].

B. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarında Klinik Araştırmalar

On beş adet geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntem, Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Yönetmeliği^[63] kapsamına alınmış bulunmaktadır. Bu yöntemler, akupunktur^[64], apiterapi^[65], fitoterapi^[66],

[62] ŞENOCAK, Hekim, s. 68. 30 Mart 2015 tarihinde Amerika'da insana gece görüşü kazandıran klinik araştırma hakkında yayımlanan bir haberde şu ifadeler yer verilmiştir: "ABD'nin California Eyaleti'nde faaliyet gösteren Science for the Masses isimli bağımsız bir bilim kuruluşu, insana karanlıkta görme yeteneği kazandıran bir göz damlası geliştirdiklerini açıklamıştır. Araştırmacılar, California'da Gabriel Licina isimli denek üzerinde yaptıkları deney dokümanını internetten yayınladılar. Licina'nın gözüne damlatılan damlanın etkisini birkaç saat içinde gösterdiğinin belirtildiği açıklamada, Licina, birkaç saat boyunca karanlık bir ormanda 50 metre uzaktaki kişileri tanıyabildi. Ayrıca deneyin ardından gözü ışığa duyarlı hâle gelince gözüne siyah kontak lens takıldı. Damlanın yan etkilerinin olup olmadığına yönelik detaylı araştırmaların sürdürüleceği açıklandı" (<http://www.egitimajansi.com/haber/insana-gece-gorusu-kazandiran-bulus-haberi39255h.html>, son Erişim Tarihi: 02.04.2015, naklen AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 179).

[63] RG., 27.10.2014, S. 29158.

[64] Yönetmelikte akupunktur, ilgili alanda uygulama eğitimi almış sertifikalı hekim veya kendi alanında uygulama yapmak üzere dış hekimi tarafından uygulanması gereken, iğne, lazer ışınları, elektrik stimülasyonu, kupa, kulak için tohum, iğne ya da manyetik topçuklar, termik stimülasyon, akupres ve ses veya elektrik ve manyetik titreşimler gibi uyarı yöntemleri ile vücuttaki özel noktaların uyarılması suretiyle yapılan bir uygulama olarak tanımlanmaktadır (GTTUY. Ek-3/1).

[65] Apiterapi, sertifikalı hekimler tarafından uygulanması gereken, bazı hastalıkların tedavisinde tamamlayıcı ve destekleyici olarak arı ve arı ürünleri kullanılan bir yöntem olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/2).

[66] Fitoterapi, sertifika sahibi hekim ve dış hekimi tarafından uygulanabilecek, geleneksel bitkisel tıbbî ürünler ve bitkisel ilaçlarla yapılan bir tıbbî tedavi yöntemi olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/3).

hipnoz^[67], sülük uygulaması^[68], homeopati^[69], kayropratik^[70], kupa uygulaması^[71], larva uygulaması^[72], mezoterapi^[73], proloterapi^[74],

- [67] Hipnoz, sertifika sahibi hekim ve diş hekimi ile hekim gözetiminde klinik psikolog ve psikolojinin tıbbî uygulamaları yetki belgesine sahip psikologlar tarafından uygulanması gereken, telkin yoluyla diğer bir kişinin bilinç ve farkındalık, vücut, hisler, duygular, düşünceler, hafıza veya davranışlarında değişiklik elde etmek üzere tasarlanmış veya bu sonucu ortaya çıkaran işlem olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/4).
- [68] Sülük uygulaması, sertifikalı hekim ve hekim gözetiminde sağlık meslek mensubu tarafından uygulanması gereken, kontrol altında sülük işletmelerinde üretilen “*hirudo medicinalis ve hirudo verbana*” isimli steril tıbbî sülükler kullanılarak yapılan uygulama olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/5).
- [69] Homeopati, sertifikalı hekim ve diş hekimi tarafından uygulanması gereken, kişiye özgü seçilmiş homeopatik ilaçlar ile sağlık durumunu iyileştirmeyi hedef alan bütüncül bir uygulama yöntemi olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/6).
- [70] Kayropratik, sertifikalı hekim ve hekim gözetiminde sertifikalı sağlık meslek mensubu tarafından uygulanması gereken, kas, omurga ve iskelet sisteminin biyomekanik bozuklukları ve bunun sinir sistemi üzerinde oluşturduğu sorunları önlemesiyle ilgilenen destekleyici bir uygulama alanı olarak tanımlanmakta ve uygun hastalarda normal mekanik hareketliliğini yitirmiş eklemleri elle uygulanan tekniklerle düzeltme üzerine yoğunlaştığı ifade edilmektedir (Ek-3/7).
- [71] Kupa uygulamasının, sertifikalı hekim, diş hekimi ve hekim gözetiminde sertifikalı sağlık meslek mensubu tarafından uygulanması gereken, kan dolaşımını arttırmak için bölgesel vakum oluşturmaya dayanan “*kuru kupa uygulaması*” ve belli vücut noktalarında bölgesel vakum yapmak suretiyle yüzeysel cilt kesikleri oluşturarak kanın alındığı “*yaş kupa uygulaması (bacamat)*” olarak sınıflandırıldığı görülmektedir (Ek-3/8).
- [72] Larva uygulaması, sertifikalı hekim tarafından uygulanması gereken, laboratuvarlarda belirli koşullara sahip iklim odalarında üretilen *Lucilia (Phaenicia) Sericata* adı verilen bir çeşit sineğin steril larvalarının (kurtçuk, maggot) kronik yaralarda biyodebridman (yaranın biyolojik yöntemle iyileştirilmesi) amaçlı kullanılması suretiyle yapılan uygulama olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/9).
- [73] Mezoterapi, sertifikalı hekim ve diş hekimi tarafından uygulanması gereken, mesoderm kaynaklı organ patolojilerinin iyileşmesini amaçlayan bitkisel veya farmakolojik ilaçların bölgesel, küçük dozlarda, özel iğneler ve özel tekniklerle cilt içi enjeksiyonu uygulaması olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/10).
- [74] Proloterapi, sertifikalı hekim ve diş hekimi tarafından uygulanması gereken, proliferatif (çoğalmayı sağlayan) ve iritan (rahatsız edici) solüsyonların eklem bağ dokusu içine enjekte edilmesi suretiyle yapılan bir uygulama olarak tanımlanmaktadır. (Ek-3/11).

osteopati^[75], ozon uygulaması^[76], refleksoloji^[77] ve müzikterapi^[78] olarak GTTUY. Ek-3'te belirtilmektedir. Ülkemizde resmî olarak uygulanması henüz fazla eskiye dayanmayan geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntemlerin, acil ve zorunlu durumlarda hastanelerde uygulanmasında azamî dikkat ve özen gösterilmesi gerekmektedir^[79]. Bu tür hallerde geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntemin, yeterince denenmiş, fayda-risk değerlendirilmesi yapılmış olması gerektiği kabul edilmektedir^[80]. Bununla birlikte, klasik tıbbî yöntemlerden fayda gelmeyeceğinin ve geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntemin uygulanması sonucunda klasik yöntemle kıyasla daha elverişsiz bir sonuç ortaya çıkmayacağına anlaşılması hâlinde uygulanabileceği savunulmaktadır^[81]. Yönetmelik kapsamında acil durumlarda uygulanabileceği belirtilen yöntemlerin de, sadece asıl tedaviyi destekleyici olarak uygulanmaları mümkündür^[82]. GTTUY.'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında yer

-
- [75] Osteopati, sertifikalı hekim, diş hekim ve hekim gözetiminde sağlık meslek mensubu tarafından uygulanması gereken, eklemler, kaslar, bağ dokusu ve omurgayı içeren kas-iskelet sisteminin güçlendirilmesine yardımcı olan, total vücut ağırlığına odaklanan ve hastalıklarda kas-iskelet sisteminin etkinliği üzerinde duran invaziv (girişimsel) olmayan bir tamamlayıcı tıp uygulaması olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/12).
- [76] Ozon uygulaması, sertifikalı hekim ve diş hekim tarafından uygulanması gereken, lokal veya sistemik olarak ozon-oksijen karışımının kullanıldığı uygulama yöntemi olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/13).
- [77] Refleksoloji, sertifikalı hekim ve hekim gözetiminde sertifikalı sağlık meslek mensubu tarafından uygulanması gereken, el, ayak tabanı ve kulaklarda vücudun tüm bölümleri, organ ve bezleriyle ilgili yönlendirici refleks alanların mevcudiyeti prensibine dayanan ve bu refleks alanlara herhangi bir cihaz, malzeme, krem, losyon kullanmadan sadece basınç uygulanan bir yöntem olarak tanımlanmaktadır (Ek-3/14).
- [78] Müzikterapi, sertifikalı hekim ve hekim gözetiminde sağlık meslek mensupları ile en az lisans düzeyinde müzik eğitimi aldıktan sonra müzikterapi sertifikasyon programını tamamlamış yardımcı kişi tarafından uygulanması gereken, bireylerin fiziksel, psikolojik, sosyal ve zihinsel ihtiyaçlarını karşılamada müzik ve müzik uygulamaları klinik ve kanıta dayalı şekilde kullanılan bir uygulama olarak tanımlanmaktadır (EK-3/15).
- [79] EROL (SARIYEV), Ayşe; Alternatif Tıbbî Yöntemlerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Ankara, 2015, s. 167.
- [80] EROL (SARIYEV), s. 168.
- [81] EROL (SARIYEV), s. 168.
- [82] EROL (SARIYEV), s. 168.

verilen düzenlemede de, yeni bir yöntemin gerekli tıbbî etkinlik çalışmaları yapıldıktan ve yeterince denendikten sonra uygulanacağı anlaşılmaktadır: “Uygulamalar bu Yönetmelikte belirlenen alanlarla sınırlıdır. Bakanlık gerektiğinde ünite ve uygulama merkezinde yapılan ve yapılabilecek yeni uygulamaların bilimsel yönden bilim komisyonunda değerlendirilmesini isteyebilir. Bilim komisyonu, uygulamaların bilimsel kanıtlarını inceleyerek kişilere uygulanıp uygulanmayacağı ve uygun görülenlerden hangilerinin ünite veya uygulama merkezinde uygulanabileceği hususunda Bakanlığa görüş verir.” Bu doğrultuda, Bezmialem Vakıf Üniversitesi Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp İleri Araştırmalar Merkezi’nin (GETAMER) araştırma ve uygulama olmak üzere iki kuruluş gayesinin olduğu; Merkezde bir taraftan geleneksel tıp uygulamaları yapılırken, bir taraftan da klinik öncesi araştırmalar yapıldığı belirtilmektedir^[83].

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik, yukarıda her birine değindiğimiz geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmalarını, klinik araştırma yerlerini ve bu araştırmaları gerçekleştirecek gerçek veya tüzel kişileri kapsamaktadır.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Klinik Araştırmaları, GTTUKAHY.’in 4. maddesinin 1. bendinde, “geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamaları alanına giren bir veya birden fazla ürünün ve/veya yöntemin/yöntemlerin klinik veya farmakolojik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak, advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak, güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen tüm araştırmalar” olarak ifade edilmektedir. “Gönüllülerin hakları, güvenliği ve esenliğinin korunması amacıyla araştırma ile ilgili konuların yanı sıra gönüllülerin bilgilendirilmesinde kullanılacak yöntem ve belgeler ile bu kişilerden alınacak olurlar hakkında bilimsel ve etik yönden görüş vermek üzere uygulama merkezi bünyesinde Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Klinik Araştırmalar Etik Kurulu oluşturulmuştur” (GTTUKAHY. m. 4/k). Gönüllü deneklerin haklarının en iyi şekilde korunması açısından böyle bir yönetmeliğin yürürlüğe girmesinin hukukî sınırların kısmen de olsa belirlenmesine katkı sağlayacağı kuşkusuzdur. Nitekim günümüze kadar geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntemlerin klinik araştırmalarının, klasik tıbbî yöntemlerin klinik araştırmalarının oldukça gerisinde kaldığını

[83] KOÇYİĞİT, Abdurrahim; “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Üzerine...”, Hayat Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, 2018, s. 69.

söylemek yanlış olmaz. Örneğin bitkisel ürünler açısından, literatürde ilaç klinik araştırmalarına benzer çalışmalara rastlansa da çalışma dizaynının, nitelikleri itibarıyla Faz II düzeyine ulaşamadığı belirtilmektedir^[84]. Aslında böyle bir çalışmaya gerek olup olmadığının tartışılır olduğu; o ürünün yüzlerce yıldır bazı ülkelerde çeşitli hastalıkların tedavisinde kullanıldığı; bu sebeple, bitkisel ürünler için bilimsel kayıt ve çalışmaların sık rastlanılır olmadığı kabul edilmektedir^[85].

Geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntemlerle ilgili olarak ortaya çıkan en büyük tehlikenin çoğu ürünün potansiyel yan etkilerinin, kemoterapi ve radyoterapi ile etkileşimlerinin olup olmadığının bilinmemesi olduğu belirtilmektedir^[86]. Bu bağlamda, hastalara bu yöntemler önerilmeden önce aydınlatma sürecine gidilmesinin önemi vurgulanmaktadır^[87].

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarından biri olan kupa uygulamasının ağır metal düzeylerine etkisinin araştırıldığı bir klinik araştırma sonucunda, kupa uygulamasının ağır metalin vücuttan atılmasında yeni bir tedavi metodu olarak kullanılabilceği kanaatine varılmıştır^[88]. Fibromiyalji

[84] YARIŞ, Ersin; “Molekülden İlaça Ama Bitkiden Nereye?” Karadeniz Teknik Üniversitesi Tıp Fakültesi Farmakoloji Ana Bilim Dalı, Tıbbın Alternatifi Olmaz Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarına Hekim Yaklaşımı, Türk Tabipleri Birliği Sempozyum Bildiri Kitabı, 28-29 Mayıs, İstanbul, 2016, s. 6.

[85] YARIŞ, s. 6. Bitkisel ürünlerin ilaçlarla ciddi etkileşimlerinin önüne geçmek amacıyla, hastaların öykülerinin irdelenmesinin önem arz ettiği vurgulanmaktadır. İlaç olmayan bu ürünlerin, kendi olası olumsuz etkilerinin yanında, gerçek ilaçların da etkilerini olumsuz etkileyebildiğinin gözlemlendiği, bu açıdan konunun önemli bir halk sağlığı sorunu haline geldiği ifade edilmektedir (YARIŞ, s. 6).

[86] YETKİN, Ömer Faruk; “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Hakkında Genel Bir Değerlendirme” Hayat Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, 2018, s. 30.

[87] YETKİN, s. 30.

[88] Karabük Eğitim ve Araştırma Hastanesi Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Merkezine gelen sağlıklı gönüllülere birer ay ara ile toplam 3 kez kupa uygulaması yapıldı. Birinci kupa uygulamasından önce ve 3. kupa uygulamasından sonra venöz kan örnekleri alındı. Numunelerdeki ağır metal düzeyleri Inductively Coupled Plasma Mass Spectrometry (ICP-MS) cihazında çalışıldı. Sonuçların değerlendirilmesinde Paired T testi ve Wilcoxon Signed Runk testi kullanıldı. Çalışmaya alınan 20 bireyin tamamı erkek hasta olup yaş ortalaması 40,10'du. Kupa tedavisi öncesi ve 3 seans tedavi sonrası ağır metal düzeyleri hesaplanmıştır. Alüminyum, kurşun ve silisyumda

tanısı olan ve ilaç tedavisi ile yeterince klinik düzelme sağlanamayan 20-50 yaş grubunda toplam 40 bayan hastada ıslak kupa terapisi uygulamasının (hacamat) ağrı belirtilerine yanıt verip vermeyeceğini değerlendirmek için yapılan bir klinik araştırmada da, 40 bayan hastanın 35'inde ıslak kupa terapisi uygulaması sonrası ağrı yakınmalarının belirli oranda azaldığı doğrulanmıştır^[89].

Katarakt operasyonu geçiren 171 hasta üzerinde yapılan klinik çalışmalarda, hipnoz yapılan hastalarda kontrol grubuna göre ameliyat sırasında daha az ilaca gereksinim olduğu ve hasta memnuniyeti ve konforunun arttığı görülmüştür^[90]. Hipnoz altında Tiroid ve paratiroid ameliyatı yapılan 329 hasta ile gerçekleştirilen bir başka klinik çalışmada da; hipnoz alan hastalarda kontrol grubuna göre daha az ağrı deneyimi ve daha olumlu deneyimler tespit edilmiştir (Meurisse, 1999)^[91].

anamlı düşüş gözlenmiştir. Yeterli veri elde edilemediği için çalışmaya 20 birey daha eklenerek tamamlanması planlanmaktadır (ERSOY, Süleyman/BENLİ, Ali Ramazan; Kupa Tedavisinin Ağır Metal Düzeylerine Etkisinin Araştırılması: Ön Sonuçlar, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018, s. 80).

[89] Hastalar ile birebir 30 dakika görüşülerek anamnezleri alındı yapılacak uygulama hakkında bilgi verildi. Risk ve kontrendikasyonları anlatıldı. NHI (Natural Health Institute) İstanbul Doğal Sağlık Enstitüsü'nün kupa terapisi danışma formunda ağrı skalası 10 düzeyinde olan hastalar çalışmaya alındı. Bütün hastalarda aynı bölgeden ve 1 seans olarak kupa terapisi uygulandı. Bu bölgenin seçilmesinin nedenleri: Ahmet Younis ve arkadaşlarının 2003 yılında yapmış olduğu çalışma vücutta toksinlerin en çok bu noktalarda toplandığının belirlenmesi, bu noktaların geleneksel tıp kaynaklarında sıkça tavsiye edilen noktalar olması, hasta anamnezlerinde belirtilen bölgenin ağrıya en yakın bölgeler olmasıdır. Uygulama geleneksel tıp yaklaşımına uygun olarak ateşli kupalar ile yapılmıştır. Ağrı düzeyi 10 olan 40 hastanın 35'inde ağrı düzeyinin 5'in altına düştüğü görülmüştür. 5 hastada ise ağrı düzeyinin düşmediği görülmüş, bu hastaların kilosu göz önüne alındığında obeziteye bağlı olduğu düşünülmüş fakat bu konu ile ilgili bir araştırma yapılmamıştır (ÇARKÇI, Nurten/KARPUZCU, Nuray; Fibromiyalji Tanılı Yetişkinlerde Islak Kupa Terapisi (Hacamat) Uygulamasının Ağrı Üzerindeki Etkisi, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018, s. 212-213).

[90] GÜNDÜZ O./DEMİRDAĞ H.; Üreter Taşı Operasyonunda Hipnoanestezi, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018, s. 254.

[91] GÜNDÜZ/DEMİRDAĞ; s. 254.

Başka bir geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntem olan, mükemmel denilecek kadar başarılı olan proloterapi yöntemi ile ilgili kanıt düzeyi yüksek çok az klinik çalışma bulunduğ; bu yöntem ile ilgilenen hekimlere bu bilimsel açığı kapatmaları önerilmektedir^[92]. Aynı şekilde, GTTUY.’nde yer almayan bir başka geleneksel ve tamamlayıcı yöntem olan aromaterapiyle ilgili de klinik araştırmaların yetersiz olduğ, modern tıp açısından kabul edilecek kanıt düzeyine ulaşamadığı ve aromaterapiyi araştıran daha geniş çaplı klinik çalışmaların yapılmasının aromaterapinin etkilerinin kanıtlanması açısından gerekli olduğ belirtilmektedir^[93].

Müzikterapi yöntemine ilişkin yapılan bir klinik araştırmada da, tedavi edici müzik türlerinden olan “acemaşiran” makamının bir grup hamile kadına 20 dakika boyunca dinletilmesinin; doğumu kolaylaştırdığı, anne karnındaki çocuğun yanlış duruşlarının düzelmesine yardım ettiği, ağrıyı giderdiği, spazmı çözdüğü ve gevşemeye yardımcı olduğ gözlenmiştir (Tümata, 2018)^[94].

III. GELENEKSEL VE TAMAMLAYICI TIP UYGULAMALARINDA KLİNİK ARAŞTIRMALARIN KİŞİLİK HAKKI İLE İLİŞKİLENDİRİLMESİ

Klinik araştırmalarda araştırmacı, bir taraftan tıp biliminin geliştirilmesi yükümlülüğünü üstlenirken; diğer taraftan da araştırma gönüllüsünün vazgeçilmez kişilik hakkı değerleri olan sağlığını, dolayısıyla vücut bütünlüğü ve hayatını koruma yükümlülüğünü üstlenmektedir^[95]. Özellikle bilimsel

[92] AKPANCAR, Serkan/SOLMAZ, İlker/GÜL, Deniz/ÖRSÇELİK, Aydan/KARASIMAV, Özlem; Proloterapi ve Bilimsel Çalışmalar, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018, s. 335.

[93] ŞEKERCİ, Betül; “Aromaterapi ve Koku: Etki Farmakolojik mi Psikolojik mi?”, Hayat Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, 2018, s. 53.

[94] AVCI, Nilgün; Bebeğime Kavuşurken Destekçim Müzikterapi, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018, s. 365-366. Araştırma, normal doğum yapabilecek olan, 18-45 yaş arasında, bilinci açık ve sözlü ya da yazılı iletişim kurabilen ve çalışmayı kabul eden hamile kadınlar üzerinde yapılmıştır. Araştırmayı kabul edenlere 21 sorudan oluşan ve demografik bilgilerini içeren anket formu ile STAI (State-Trait Anxiety Inventory: Durumluk Kaygı Ölçeği) Anksiyete Ölçeği ve Anksiyete Termometresi (AT) uygulandığına ve mp3 ile Acemaşiran makamında 20 dakikalık müzik dinletildiğine dair bkz. AVCI, s. 365-366.

[95] AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 202.

amaçlı klinik araştırmaların, insan ve toplum sağlığı için faydalı sonuçların elde edilmesi ve bilinen tekniğin aşılması için önemli bir araç olduğu unutulmamalıdır^[96]. Ancak bilimsel amaçlı denemelere katılan ve bu yolla bilimin gelişmesine katkıda bulunan kimselerin, bilime yapmış oldukları hizmet karşısında, kişilik hakları ve tüm diğer menfaatleri bakımından özenle korunmaları da gerekmektedir^[97]. Zira tamamen bilimsel amaç güden ve insanı denek olarak kullanan denemelerin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu aşikârdır^[98]. Bu durumda hekimin özen yükümlülüğü artmakta, denemeye tâbi tutulacak kişinin aydınlatılmaması ve rızasının alınmaması özen yükümlülüğünün ihlâli sayılmaktadır. Nitekim klinik araştırmalara ilişkin tüm uluslararası ve ulusal düzenlemelerle insan üzerinde denemenin sıkı koşullara bağlandığı görülmektedir^[99]. Bu doğrultuda araştırmacı, otonomiye saygı ilkesi (özerkliğe saygı ilkesi), yarar sağlama ilkesi, zarar vermeme ilkesi ve adalet ilkesinden oluşan tıp etiği^[100] ilkelerine^[101] uygun davranmak zorundadır. Tıp etiği ilkeleri, önceden yazısız ve yaptırımsız şekilde ahlâka uygun davranma kuralları olarak bilinirken, uluslararası hukukî düzenlemelerden özellikle Helsinki Bildirgesi ile birlikte yazılı hale gelmiştir^[102]. Hukukumuzda da tıp etiği ilkeleri, Türk Tâbipler Birliği'nce

[96] AYİTER, Nurşin; “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 1968, s. 141.

[97] AYİTER, s. 141.

[98] AYİTER, s.141; AYAN, s. 14; ŞENOCAK, Hekim, s. 68.

[99] ÖZGÜL, İlaç Denemesi, s. 848.

[100] Tıp etiğinin, genel olarak hekim-hasta, hekim-kurum, araştırmacı hekim-gönüllü odaklı olup, hekimlerin erdemli davranışlarını, tıbbi ilişkiler çevresinde iyi davranmak adına neleri yapıp yapmamaları gerektiğini, tıptaki değer sorunlarını konu aldığına dair bkz. ARDA, Berna/ ŞAHİNOĞLU PELİN, Serap; “Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları”, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, C. 48, S. 3, 1995, s. 325-326; YILDIRIM, Gülay/KADIOĞLU, Selim; “Etik ve Tıp Etiği Temel Kavramları”, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 2007, s. 78; KIZILARSLAN, Hakan; Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara, 2007, s. 68; ÇOBANOĞLU, s. 164; VATANOĞLU, Elif; “Günümüzde Tıp Bilimindeki Etik İlkeler”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, 2008, s. 17.

[101] Tıp etiği ilkeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. YÜKSEL, s. 31-35.

[102] BAYRAKTAR, Köksal; “Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, Türkiye

kabul edilen “Hekimlik Meslek Etiği Kuralları”yla açığa kavuşturulmuştur. İnsan üzerinde deneyler açısından tıp etiği, araştırmacının amaçlarını değerlendirir ve gönüllülerin haklarının ve güvenliklerinin güvence altına alınmasını sağlar. Zira insanın ölümü ya da yaralanması da insan üzerindeki deneylerin öngörülebilir sonuçları olduğundan, hiç şüphe yok ki; yaşam hakkı, kişinin sağlık ve onuru ile kişisel verilerin dokunulmazlığı^[103] da korunan hukukî değerler arasındadır.

A. Kişi ve Kişilik Hakkı Kavramları

1. Genel Olarak

Kişinin, hak sahibi olup, borç altına girebilen varlıkları ifade ettiği genel olarak kabul edilmektedir^[104]. Hukuk düzeni tarafından kişiler, gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılır. Türk Medenî Kanunu’nun 8. maddesi gereğince, tüm insanlar hak ehliyetine sahip olup, birer kişi sayılırlar ve haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler. Bu doğrultuda eşit kabul edilen insanların, denek olmaları istendiğinde ise bahsedilen eşitliğe uyulmadığı görülmektedir. Zira bugün dünya genelinde insan üzerindeki deneylerde gelişmiş ülkelerce gönüllülerin, maddî durumu kötü ve sosyal statüsü düşük olan insanların yaşadığı gelişmemiş ülkelerden seçildiği bilinmektedir^[105].

Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 30; KIZILARSLAN, s. 69.

[103] Deney ve denemeler sırasında elde edilen DNA verileri ve fotoğraflar dolayısıyla zarar görmesi muhtemel olan kişisel verilerin dokunulmazlığı hususu önem taşımaktadır (ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 242).

[104] AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya; Türk Medenî Hukuku-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul, 2016, s. 229; HELVACI, Serap; Gerçek Kişiler, Legal Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2010, s. 17; YÜZER, Dilara; 1982 Anayasası’nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Ankara, 2013, s. 93; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan; Kişiler Hukuku, C. 2, 18. Baskı, İstanbul, 2017, s. 6 vd.; KÖPRÜLÜ, Bülent; Medenî Hukuk: Genel Prensipler Kişinin Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1984, s. 188; ZEVKLİLER, Aydın; Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, Ankara, 1981, s. 3, 33; ÖZTAN, Bilge; Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 9. Baskı, Ankara, 2000, s. 4; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe; Kişiler Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, 2016, s. 2; ARPACI, Abdülkadir; Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 2. Baskı, İstanbul, 2000, s. 1; ARDIÇ, Oğuzhan; Medenî Hukuk, 5. Baskı, Ankara, 2011, s. 132.

[105] Eski hukuk sistemlerinde de geri kalmış ülkelerde kölelerin kişi dahi sayılmadıkları eşya statüsünde değerlendirildikleri bilinmektedir (DURAL/ÖĞÜZ, s. 7 vd).

Diğer taraftan kişiliğin ise, hukukî işlem yapabilme ehliyeti ile hukuk düzeni tarafından korunan tüm değerleri de içine aldığı kabul edilmektedir^[106]. Klinik araştırmaların şartları bakımından kişiliğin Türk Medenî Kanunu'na göre ne zaman başlayıp sona erdiği önem arz etmektedir^[107]. Türk Medenî Kanunu'nun 28. maddesine göre kişilik, çocuğun tam ve sağ olarak doğumuyla başlamaktadır. Tam doğumun, çocuğun bütün organlarıyla birlikte anneden ayrılması ile^[108]; sağ doğumun ise, tam doğum gerçekleştiğinde çocuğun herhangi bir yaşam emaresi gösterdiği anda gerçekleştiği kabul edilmektedir. Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince, tam ve sağ doğma koşulunu yerine getirmiş çocuğun hak ehliyeti, geriye dönük olarak ana rahmine düştüğü anda başlamaktadır. Çocuğun ana rahmine düştüğü anın da annenin hamile kaldığı an olduğu kabul edilmektedir^[109]. Ceninin ancak tam ve sağ doğma şartlarını yerine getirdiği takdirde hak ehliyetini kazanabileceği unutulmamalıdır^[110].

[106] ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir /GÖKYAYLA, K. Emre; Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000, s. 396 vd, 455 vd.; KÖPRÜLÜ, s. 263; ZEVKLİLER, s. 7; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; Türk Medenî Hukuku: Şahsın Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1963, s. 115 vd.; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; Türk Medenî Hukuku: Şahsın Hukuku, 6. Baskı, C. I, İstanbul, 1963, s. 100 vd.; ARPACI, s. 2. AKİPEK/ AKINTÜRK, s. 233.

[107] YÜKSEL, s. 53.

[108] ZEVKLİLER, s. 17; KÖPRÜLÜ, s. 234; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 10; ÖZTAN, Bilge; Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 25. Baskı, Ankara, 2007, s. 224; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 23; KAYIHAN, Şaban: Medenî Hukuk Bilgisi, Ankara, 2009, s. 131-132.

[109] KÖPRÜLÜ, s. 237; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 25; KAYIHAN, s. 132.

[110] DURAL/ÖĞÜZ, s. 20 vd; OĞUZOĞLU, Hüseyin Cahit; Medenî Hukuk: Şahsın Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 1958, s. 223 vd; Bu görüşe göre; cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanır, tam ve sağ doğumun gerçekleşmemesi ise bozucu şart niteliği taşır. Cenin tam ve sağ olarak doğmazsa ana rahmine düşmekle kazandığı kişiliği ölümlle sona erer. Ölümün, solunumun ve kalbin durması şeklinde tanımlanmasından vazgeçilerek; artık beyin ölümüyle gerçekleştiği kabul edilmektedir (ÜLMAN, Yeşim Işıl; "Yaşamın Başlangıcı ve Sonu ile İlgili Etik Sorunlar", Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul Üniversitesi: 4711 Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, No: 00249, İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, s. 212; ÖZEL, Çağlar; "Medenî Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler", AÜHFED., C. 51, S. 1, 2002, s. 50; "Beyinsel ölüm esası

Kişilik hakkının öğretide, tüm manevî boyutlarıyla, fiziksel ve duygusal anlamda acı duyabilen; mutluluk, üzüntü, korku, öfke, utanç gibi hislere sahip olan gerçek kişilere özgü kılınmış sayılması gerektiği kabul edilmektedir^[111]. Nitekim bahsedilen insanî değerlerin, gerek psikoloji bilimi gerekse hukuk bilimi açısından tüzel kişilere aktarılması düşünülemez. Tüzel kişilerin insanlar gibi maddi, organik bir yapıya sahip olmamaları sebebiyle bedensel bütünlüğü, yaşamı, sağlığı gibi maddi bedensel değerler üzerinde kişilik haklarının varlığı söz konusu olamayacağı açıktır. Ancak tüzel kişiler de, yaradılış gereği insana has olan kişisel değerler dışında (*adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi*) gerçek kişiler gibi kişilik hakkına sahiptirler. Kişilik hakkı mutlak haklardandır^[112]. Malvarlığı haklarından olmayıp şahıs varlığı haklarından olan kişilik hakkı, hakkın ihlâl edilmesi durumunda hak sahibi tarafından herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir haktır^[113]. Kişilik hakkının değeri para ile ölçülemese de, kişilik hakkına bir saldırı olduğunda parasal birtakım sonuçlar da doğabilir^[114]. Kişilik hakkı sadece

1969'da yüksek sağlık şurasında benimsenmiş ve Türk Tabipler Birliği tarafından da kabul edilmiştir”, ARDIÇ, s. 169; ÖZTAN, *Medeni Hukuk*, s. 225).

- [111] SEROZAN, Rona; “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 14. Sayıdan Aynı Bastı, İstanbul, 1978, s. 109.
- [112] Kişilik hakkı mutlak hak olduğundan borca karşılık olarak rehin edilemez, iflas masasına yazdırılmaz, zamanaşımı ile kazanılmayacağı gibi hak düşürücü süre de işlemez (KILIÇOĞLU, Ahmet; Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 3.Baskı, Ankara, 2008, s. 8; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 164; HELVACI, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001, s. 48; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 117).
- [113] ÖZSUNAY, Ergun; Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 4. Baskı, İstanbul, 1979, s. 150; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 117; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: *Medenî Hukuk*, 23. Baskı, İstanbul, 2017, s. 154; İMRE, Zahit; Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim hakkı ve İsim Hakkının Korunması, A. Recai Seçkin Armağanı, 1974, s. 802; SEROZAN, s. 93; SİMONUS, A.; Şahsiyet Hakları, (Çev: Fikret Arık), Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, Ankara 1955, s. 188; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 347; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 46; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 155; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 117; TÜFEK, Ömer Faruk; Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlale Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, 2. Baskı, Ankara, 2007, s. 15.
- [114] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 142; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 47; OKTAY, Gonca; “Kişilik Haklarının Korunması”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya,

hak sahibi tarafından kullanılmaktadır. Dolayısıyla ayırt etme gücüne sahip ergin olmamış ya da kısıtlı birey kişisel hak ihlallerine karşı koruma talep edebilmektedir^[115]. Her gerçek veya tüzel kişi, kanunlar çerçevesinde kişilik hakkına yönelik haksız eylemlere karşı korunma talep edebilir. Türk Medenî Kanunu'nun 23, 24. maddeleri ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddeleri ile Ceza Kanunlarının^[116] dayanağı olan 1982 Anayasasının insan hak ve özgürlüklerini ele alan maddeleri^[117] kişilik hakkını ve bunların ihlali hâlinde başvurulacak yasal yolları düzenlemektedir. Anayasa'nın 12. maddesinde, “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” denilerek kişilik hakkının niteliklerine değinilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak kişilik hakkının, mutlak hak, şahıs varlığı hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve üzerinde tasarrufta bulunulamayan bir hak olarak dört temel hukukî özelliği olduğu söylenebilir. Ölüm veya tüzel kişiliğin kaybı ile hak sona erer ve artık kişilik hakkına saldırıdan söz edilemez. Ancak şartları varsa ölenin yakınlarının kişilik hakkı değerlerine saldırı oluşabilir^[118].

Kişisel varlıklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı olmaları sebebiyle miras yolu ile devredilemez^[119]. Dolayısıyla kişilik hakkı ihlallerinde ancak muris tarafından açılmış olan davalara mirasçılarının devam edebileceği aksi hâlde ancak yansıma zarar^[120] varsa mirasçılarının dava açabileceği kabul edilmektedir^[121].

2011, s. 11.

[115] HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 47.

[116] Ceza Kanunlarının da kişilik haklarını koruduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İMRE, s. 800; TANDOĞAN, Haluk; “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, AÜHFĐ., 1963, C.XX, S. 1-4, s. 4.

[117] İMRE, s. 800; TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 4; SEROZAN, s. 95.

[118] AKİPEK/AKINTÜRK, s. 347; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 116.

[119] Kişilik haklarının devri mümkün olmamakla birlikte birtakım şartlar dâhilinde kişilik haklarına saldırı sonucu oluşan mali haklar devredilebilmektedir (TMK m. 25/4).

[120] Bir kişinin kişilik hakkı saldırısına uğraması durumunda hayatını kaybetmesi ihtimalinde ölen kişinin mirasçılarının manevi tazminata hükmedilmesi kişilik hakkının miras yoluyla geçtiği anlamına gelmemektedir (TBK m. 56/2).

[121] DOĞAN, Cahid; “Gen Analizleri ve Şahsiyet Haklarının Korunması”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Dergisi, Genetik Teşhisler ve Hukukî Sorunlar

Kişilik hakkının bir başkasına devredilemeyeceği ancak hakkın kullanımının devredilmesinin mümkün olduğu unutulmamalıdır^[122].

2. Kişilik Hakkı Değerleri ile Özel Gruplar Üzerinde Uygulanan Geleneksel ve Tamamlayıcı Klinik Araştırmaların Kişilik Hakkı Açısından Yasal Mevzuat Doğrultusunda İncelenmesi

Kişilik hakkı değerlerini, kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı gibi maddî varlıklar ve şeref, haysiyet, resim, özgürlük gibi manevî varlıklar olarak ikiye ayırmak mümkündür^[123]. Maddî ve manevî varlıkların yanında üçüncü olarak iktisadî değerler yer alır^[124]. Aynı zamanda kişisel değerler, bireyin insan olması sebebiyle sahip olduğu iç kişisel varlıklar olup, vücut, yaşam, sıhhat ve faaliyet özgürlüğü bu kişisel değerlerdendir^[125]. Sosyal bir varlık olan bireyin birarada yaşaması sebebiyle ortaya çıkan dış kişisel varlıklar ise, şeref, haysiyet, isim, resim ve ünvan gibi kişisel değerlerdir^[126].

Özel Sayısı, C.2, S.4, Legal Yayınları, 2013, s. 119; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 48.

[122] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 163.

[123] KILIÇOĞLU, Haysiyet, s. 5; ŞİMŞEK, Oğuz; Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, 2008, s. 133.

[124] YÜZER, s. 100.

[125] KILIÇOĞLU, Haysiyet, s. 6.

[126] KILIÇOĞLU, Haysiyet, s. 6.

Maddî bedensel değerlerden olan yaşam^[127], beden bütünlüğü^[128] ve sağlık hakkına^[129] ilişkin olarak sıklıkla koruma talep edilmektedir^[130]. Manevî değerler olarak ise en sık koruma talep edilen değerler, isim^[131], şeref ve haysiyet^[132],

- [127] Kişinin maddî bedensel değerleri içerisinde, yaşam hakkı ilk olarak akla gelir. Tüm kişisel değer ve temel hakların varlığı kişinin hayatta olmasına bağlıdır. Yaşamsal değere yönelik her saldırı kişinin diğer hakları ve kişiliğine tehdit oluşturur (HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 50; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 119; TÜFEK, s. 20; YÜZER, s. 102).
- [128] Kişinin her bir uzvu, organı, doku veya kemikleri dahil vücudunu oluşturan her bir parçası üzerinde kişilik hakkı vardır (KAYA, Mine; Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, Ankara Barosu Dergisi, S. 2010/4, Yıl: 68, s. 282; YÜZER, s. 103). Bireyin beden bütünlüğü için kısmen de olsa tasarruf hakkı bulunduğu dair görüş için bkz. KAYA, s. 282. Ancak kişinin kendisine zarar verecek ölüm veya yaralanmalara sebep olacak eylemlere rıza gösteremeyeceği, buna ilişkin verilen rızaların TBK. m. 27 uyarınca mutlak butlan yaptırımına tâbi olduğu kabul edilmektedir (AKİPEK/AKINTÜRK, s. 360). Türk Ceza Kanunu'nun Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar bölümünde yer alan “insan üzerinde deneyler” suçunda da korunan hukukî değer öncelikle vücut dokunulmazlığıdır.
- [129] Sağlık hakkı, bedensel sağlık ve ruh sağlığını kapsayan bütünsel bir haktır (KAYA, s. 282; YÜZER, s. 105). Sağlık hakkının kendi içinde koruyucu sağlık hakkı, tedavi edici sağlık hakkı ve rehabilitasyon hakkı olarak üçe ayrılarak incelendiğine dair bkz. DOĞAN, Gen Analizleri, s. 128.
- [130] BOZAT, Gen Analizleri, s. 65-68.
- [131] Kişilik varlığı olarak korunan ismin üzerindeki haklar, TMK. m. 26 ve 27 ile TBK. m. 58 kapsamında korunmaktadır. Tüzel kişiler de bedensel korumadan yararlanmasalar da isim üzerindeki korumadan yararlanabilirler. TMK. m. 23 hükmü kişiye öyle kuvvetli bir hak bahseder ki, kişi ismini kullanmaktan feragat edemez, ismini başkasına devredemez. Sadece isminin belirli amaçlarla başkaları tarafından kullanılmasına izin verebilir (AKİPEK/AKINTÜRK, s. 434).
- [132] Kişilerin davranış şekillerine paralel olarak onlara toplum tarafından biçilen değer, şeref ve haysiyet olarak tanımlanır (AKİPEK/AKINTÜRK, s. 385; KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2018, s. 572; TÜFEK, s. 26; YÜZER, s. 106). Bunun en yüksek ahlakî değer olduğu da unutulmamalıdır (KARAYALÇIN, Yaşar; “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, AÜHFD., C. 19, S. 1, 1962, s. 253). Şeref ve haysiyetin, insanın bulunduğu çevre ve zamana göre değişiklik gösterdiğine dair görüş için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 128; ARPACI, s. 133. Şeref ve haysiyetin sadece gerçek kişiler için değil; tüzel kişiler için de korunması gereken bir kişisel varlık olduğu göz ardı edilmemelidir (HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 67).

resim ve ses^[133] ve özel hayat^[134] olarak karşımıza çıkmaktadır^[135]. Bunların yanında iktisadî değerler için de zaman zaman koruma talep edildiği görülmektedir^[136]. Teknik gelişmeler neticesinde, kişilik hakkı değerlerinin

[133] Bireyin çekilen bir fotoğrafı, televizyon ekranına yansıyan görüntüsü, karikatür veya karakalem çizimi ve sesi üzerinde de kişilik hakkı bulunmaktadır (HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 72; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 185; KAZANCI, Bedriye Eker; “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK. m. 134 Çerçevesinde Korunması”, DEÜHFD., C. 9, S. 1, 2007, s. 134; TÜFEK, s. 36; ŞİMŞEK, s. 134; YÜZER, s. 112).

[134] Yapılan saldırının özel hayata ilişkin olduğunun kabul edilebilmesi için, herkes tarafından izlenme şansının olmaması, güncel ve herkesçe bilinebilmesi mümkün olmayan bir durum olması gerekir (KILIÇOĞLU, Haysiyet, s. 120; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 390 Kişinin yaşadığı yer, birlikte kaldığı insanlar, mesleği, evli olup olmadığı gibi bilgiler özel hayata ilişkindir. Kişilerin bunların yanında başkasının bilmesini istemediği, ya da sadece yakın çevresine açtığı bir durum da özel yaşam alanına dâhil olabilir (BOZAT, Gen Analizleri, s. 73). Geçmişten günümüze, kişilerin mektuplarının açılması, evine gizlice girilmesi veya çantasının karıştırılması gibi geleneksel metotların kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliği taşıdığı bilinen bir gerçektir. Bugün ise, ses ve görüntü kaydı yapan böceklerin eve yerleştirilmesi, kişinin e-postalarının ve mesajlarının ağ üzerinden haberi olmadan okunabilmesi gelişen teknolojiyle birlikte özel hayata müdahaleye imkân veren metotlar olarak karşımıza çıkmaktadır (KAYA, s. 285). Bireylerin kimseyle paylaşmak istemedikleri sağlık bilgileri, mailleri, mektupları, günlüklerine yazdıkları veya cinsel hayatlarına ilişkin bilgilere kişinin rızası dışında girilmesi veya bu bilgilerin paylaşılmasının kişilik hakkına saldırı teşkil etmesi kaçınılmazdır (BOZAT, Gen Analizleri, s. 76). Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda kişinin ses ve görüntüsünün gizli şekilde kaydedilmesini özel hayatın ihlali olarak değerlendirmiş ve elde edilen bilgilerin hukuka aykırı olması sebebiyle delil olarak kullanılmayacağına hükmetmiştir (4.HD., 23.06.2010, 2009/8119, 2010/7543, BOZAT, Gen Analizleri, s. 77, dn. 372). Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararında da, evli bir sanatçının telefon konuşmalarının gizlice kaydedilmesi sonucu sevgilisiyle konuşmalarının yayınlanmasında, sözleri, son derece gizli olan ve iki kişi arasında kalması gereken sözler olarak değerlendirmiş ve konuşmaların dinlenmesinin başlı başına özel hayata yönelik bir saldırı olduğuna karar vermiştir. 4.HD., 12.10.2000, 5520-8659 (yayınlanmamış), KAYA, s. 288).

[135] BOZAT, Gen Analizleri, s. 68-79.

[136] BOZAT, Gen Analizleri, s. 79. Kişilerin iktisadî hayatlarında belirli davranışlarda bulunmalarını engelleyen veya belli davranışlarda bulunmalarını için kişileri zorlayan davranışların da kişilik haklarına saldırı teşkil ettiğine dair bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, s. 392. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda kişilerin çalışma hürriyetlerini, onların sosyal ve ekonomik geleceklelerini olumsuz yönde etkileyen davranışları iktisadî

çeşitlenmesi muhtemeldir^[137]. Başka bir deyişle, ekonomik, sosyolojik, teknik ve kültürel gelişmeler doğrultusunda kişilik hakkı değerlerinin de değişip, yenilenmesi kaçınılmazdır^[138].

İnsanlar üzerinde yapılan klinik araştırmalar açısından en önemli ve ihlâl edilmeye en müsait olan kişilik hakları, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü haklarıdır. Bu haklar açısından kişinin rızası her türlü müdâhaleyi hukuka uygun hale getirmemektedir. Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" hükmü ve 17. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, "*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.*" hükmü ile bu hakların koruma altına alındığı görülmektedir. Bunların yanında özellikle yaşam hakkı uluslararası metinlerle de koruma altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 3. maddesine; "*Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır.*" hükmüne yer verilmişken; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde de; "*Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.*" hükmüne yer verilmiştir. Kişiler, bir taraftan yaşam haklarının korunmasını, geliştirmesini, ona saygı duyulmasını talep etme imkânına sahip iken; bir taraftan da başkasının yaşam hakkına saygı göstermek ve zarar vermemek yükümlülüğü altındadırlar^[139].

Kişilik hakkı değerleri içerisinde yer alan sağlık hakkının da Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan, "*Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre*

varlıklara yönelik saldırı olarak değerlendirmiştir (4.HD., 13.12.1999, 8861/110, YKD., 2000, S. 4, s. 532). Dolayısıyla kişilerin iktisadî varlıklarına yönelik saldırılar da TMK. m. 24 kapsamındadır.

[137] KILIÇOĞLU, Haysiyet, s. 4; TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 10; TÜFEK, s. 13; YÜZER, s. 98.

[138] AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen; Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Konya, 2014, s. 71.

[139] YENERER ÇAKMUT, s. 48; Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre, hayatî tehlikesi bulunan bir hastanın mutlak surette devlet hastanesinde tedavi görmeye zorlanması dahi yaşam hakkını sınırlandırıcı nitelikte sayılmıştır HGK., 29.9.1999, 4-619/737, https://www.tazminathukuku.com/dosyalar/762_tedavi-giderleri-yargitay-kararlari.pdf (Erişim Tarihi:01.09.2019).

kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” hükmü ile koruma altına alındığı ve devlete birtakım yükümlülükler yüklediği görülmektedir. Ayrıca sağlık hakkının korunmasının kapsamına beden bütünlüğü ve aynı zamanda ruh bütünlüğünün de dâhil olduğu görülmektedir.

Vücut bütünlüğü hakkı, Anayasa'nın 17. maddesi ile koruma altına alınmış en temel kişilik haklarından biridir. Kişinin beden veya ruh bütünlüğünün maddî ya da manevî olarak zarara uğrayarak bozulması, vücut bütünlüğünün ihlâlini ifade eder^[140]. Vücut bütünlüğü hakkının üzerinde kişinin rızasıyla tasarrufta bulunabilmesi, onu yaşam hakkından ayırt eder^[141]. Ancak bu rızanın hukuka ve ahlâka aykırı işlemler için verilemeyeceği de unutulmamalıdır^[142].

Özel hayata ilişkin kişilik hakkı da Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan, “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olup özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” hükmü ile koruma altına alınmıştır. Teknolojinin gelişmesi ve sosyal medya kullanımının yaygınlaşması ile birlikte özel kişisel bilgilere erişmek kolaylaşmakta ve bu sebeple, özel hayata ilişkin kişilik hakkının korunmasının önemi de giderek artmaktadır^[143]. Bir deney için verilen kişisel bilgilerin sadece o deney için kullanılması gerekir. Aksi şekilde gönüllünün bu bilgilerini sözlü veya yazılı olarak yaymak kişilik hakkının ihlâl edilmesi sonucunu doğurur^[144].

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ve Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek

[140] ŞAHİN, Ayşenur; “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2011, s. 124.

[141] ARPACI, s. 112.

[142] ZEVKLİLER, s. 274.

[143] HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 112.

[144] YÜKSEL, s. 65.

Protokolde; özellik arzeden bazı gruplar açısından kişilik hakların korunmasının sağlam temellere oturtulmasının sağlanması amacıyla özel düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Embriyo^[145] veya cenin^[146], çocuklar^[147], gebeler, lohusalar ve emziren kadınlar^[148], kısıtlılar^[149], yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişiler üzerinde deney yapılması^[150] ayrı koşullara tâbi tutulmuştur. Benzer şekilde, çocuklar, gebeler, lohusalar ve emziren kadınlar ile kısıtlılar üzerinde deney yapılması hakkında GTTUKAHY.'te de ayrı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

- [145] Embriyo, insanlarda ilk sekiz haftalık döneme kadar varlık gösteren canlı olarak tanımlanmaktadır (YÜKSEL, s. 66). Tüp bebek yönteminde, embriyonun belirli bir gelişme sürecinden sonra ana rahmine yerleştirilmesi durumunda, embriyonun hak ehliyetinin başlaması konusunda, ileride sağ doğma koşuluna bağlı olarak tüp içerisindeki dölleme anının esas alınması gerektiğine dair bkz. ZEVKLİLER, s. 28; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 15 vd. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, ülke kanunlarının embriyo üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi hâlinde, embriyo için uygun korumanın sağlanacağını belirtmiş ve sadece araştırma amacıyla insan embriyosu üretilmesini yasaklamıştır (m. 18).
- [146] Cenin, ana karnında doğuma kadar gelişme sürecinde olan varlık olarak tanımlanmaktadır (ZEVKLİLER, s. 23). Cenin üzerinde yapılan deneyler de vücut bütünlüğüne yönelik olması sebebiyle tazminat talebine konu olabilir. Ceninin üzerinde mevzuatta sayılan şartların dışına çıkılarak hukuka aykırı bir deney gerçekleştirildiğinde, velayet hakkına sahip anne-babanın ve çocuğun bu tazminat talebine ilişkin dava hakkı çocuk doğduktan sonra gündeme gelebilir (YÜKSEL, s. 66).
- [147] Detaylı bilgi için bkz. YÜKSEL, s. 67-68. Çocuklar üzerinde deney yapılırken uyulması gereken şartlar için ayrıca bkz. İBÜKAHY m. 6, İBÜKAHY m. 5, TCK. m. 90/f. 3, İHBS. m. 6 ve m. 17.
- [148] Detaylı bilgi için bkz. YÜKSEL, s. 68-70. Gebeler, Lohusalar ve Emziren Kadınlar üzerinde yapılırken uyulması gereken şartlar için ayrıca bkz. İBÜKAHY m. 7, İBÜKAHY m. 5, TCK. m. 90, İHBS m. 6 ve m. 17, Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol hükümleri mevcuttur (m. 18),
- [149] Detaylı bilgi için bkz. YÜKSEL, s. 70-71. İBÜKAHY m. 8 de kısıtlıların deneylere katılmaları durumunda aranması gereken İBÜKAHY m. 5'e ek olarak birtakım ek şartlar düzenlemiştir. Özgürlüğü kısıtlanmış kişiler açısından da Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokol m. 20 hükmü getirilmiştir.
- [150] Detaylı bilgi için bkz. YÜKSEL, s. 71-73. İBÜKAHY m. 9 yoğun bakımdaki ve bilinci kapalı kişilerin araştırmaya katılabilme şartlarını ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Ayrıca bkz. İBÜKAHY m. 5, İBÜKAHY m. 9/2.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 6, 7 ve 8. maddelerinde de, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 6,7 ve 8. maddelerinde belirtildiği gibi çocuk, kısıtlı, gebe, lohusa ve emziren kadının üzerinde araştırma yapılmasının, gönüllü sağlığı açısından öngörülebilir bir tehlike taşımaması, belirtilen kişilere fayda sağlaması ve kısıtlılar açısından mevcut tedavi seçeneklerinin tamamen tüketilmiş olması hâlinde mümkün olacağı hüküm altına alınmıştır^[151]. Bu haller dışında yasaklanmıştır. Bununla birlikte, araştırmının kapsamını algılayabilecek kısıtlıların araştırmayı reddedebileceği veya araştırmadan çekilebileceği belirtilmiştir^[152]. Çocuk, gebe, lohusa ve emziren kadının da araştırmının herhangi bir safhasında isteğiyle araştırmadan çekilebileceği hüküm altına alınmıştır^[153]. Bunların yanında, etik kurulun hangi durumlarda yapılan araştırmının protokolünü değerlendirebileceği, etik kurulun kimler tarafında bilgilendirilmesi gerektiği, araştırma için kimlerden rıza alınacağı ve rıza alınmadan önce yapılacak aydınlatmanın içeriğinin ne olacağı da Yönetmelik'te belirtilmiştir^[154].

[151] Bkz. GTTUKAHY m.6, GTTUKAHY m. 7, GTTUKAHY m. 8.

[152] Bkz. GTTUKAHY m. 8/ç.

[153] Bkz. GTTUKAHY m. 6/d, GTTUKAHY m. 7/ç.

[154] Çocuklarda yapılacak klinik araştırmalarda üniversite veya eğitim ve araştırma hastanesinde çocuk psikiyatrisi uzmanı ve/veya çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekimin araştırmının çocuklar üzerinde yapılması hususunda müspet görüşü olmadan etik kurulun bu araştırmının protokolünü değerlendiremeyeceği belirtilmiştir Bkz. GTTUKAHY m. 6/b. Araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda çocuk psikiyatrisi uzmanı veya çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bir hekim tarafından bilgilendirildikten sonra etik kurulun protokolü değerlendirmesi gerekmektedir Bkz. GTTUKAHY m. 6/c. “*Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya yasal temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmının amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri, araştırmayı kimin desteklediği, araştırmadan elde edilecek sonuçları kimin ve nerede kullanacakları ile araştırmının yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istenildiği anda çekilme hakkına sahip bulunduğu hususunda, araştırma ekibinde bulunan ve araştırma konusuna hâkim bir sorumlu araştırmacı tarafından yeterince ve anlayabileceği şekilde bilgilendirilir*” (GTTUKAHY m. 5/h.). Üzerinde klinik araştırma yapılacak olan çocuk, rızasını açıklama yetisine sahip ise kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vesayet altında ise vasisinin, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı

Klinik araştırmaya muhatap olacak kişinin, kişisel özellikleri ve kişisel yetenekleri özellikle yapılacak uygulamanın yarar ve sakıncalarını değerlendirmek açısından önem taşır^[155]. Bu sebeple, kişi hakkındaki bazı verilerin^[156]

olarak olurunun alınması istenmektedir Bkz. GTTUKAHY m. 6/ç. Gebe, lohusa veya emziren kadınlarda yapılacak klinik araştırmalarda, etik kurulun, özellikle embriyo, fetüs veya bebek sağlığı yönünden, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda, araştırma konusu ile ilgili alanda uzmanlığını almış bir hekim tarafından bilgilendirildikten sonra protokolü değerlendirmesi gerekmektedir Bkz. GTTUKAHY m. 7/b. Gebe, lohusa veya emziren kadınlar da, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca bilgilendirildikten sonra yazılı olurunun alınması istenmektedir Bkz. GTTUKAHY m. 7/c. Kısıtlılar üzerinde yapılacak klinik araştırmalarda da, etik kurulun, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda, araştırma konusu ile ilgili alanda uzmanlığını almış bir hekim ile psikiyatri uzmanı bir hekim tarafından bilgilendirildikten sonra araştırma protokolünü değerlendirmesi gerekmektedir Bkz. GTTUKAHY m. 8/b. Vasinin rızası ve rızasını açıklayabilecek yetiye sahip ise kısıtlının rızasının, bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (h) bendi uyarınca bilgilendirme yapıldıktan sonra yazılı olarak alınması istenmektedir Bkz. GTTUKAHY m. 8/c.

[155] KARA KILIÇARSLAN, s. 300.

[156] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinde, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri, özel nitelikli kişisel veri olarak sınıflandırılmıştır. Kişisel verinin, çeşitli uluslararası metinlerde, "belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler" olarak tanımlandığı ifade edilmektedir (KILINÇ, Doğan; "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", AÜHFD, C.61, S.3, 2012, s. 1093; BOZ, Ahmet; Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi A.B.D., Ankara 2014, s. 7; KORKMAZ, İbrahim; "Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Bir Değerlendirme", TBB Dergisi, 2016, S.124, s. 93-94). Özellikle tıbbi araştırmalar için sağlık ile ilgili kişisel veriler gerekebileceği ancak, tıbbi verilerin oldukça kişisel olduğu bu sebeple kişilerin tıbbi bilgilerini gizli tutma hakları bulunduğuna dair detaylı bilgi için KORKMAZ, s. 114. Bu bilgiler dolayısıyla, kişilerin tehdit edilebilecekleri, işlerinden ayrılmak zorunda kalabilecekleri, toplumdan soyutlanabilecekleri, sağlık hizmetlerinden yararlanmamayı tercih edebilecekleri dolayısıyla bu bilgilerin başkalarının eline geçmesinin oldukça tehlikeli olduğuna dair bkz. KORKMAZ, s. 114.

kayıt altına alınması zorunludur^[157]. Bununla birlikte araştırma sonucunda elde edilecek bilgilerin de, ancak kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle hiçbir surette ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmek suretiyle, anonimleştirilerek^[158] yayımlanması mümkün olmaktadır^[159].

[157] KARA KILIÇARSLAN, s. 300. Hangi tür bilgilerin alınacağıının, Tabipler Birliği veya Etik Komisyonunca uygulanacak olan araştırmanın niteliğine göre değerlendirilmesi gerektiğine dair bkz. PENNING, Randolph; "Rechtsmedizin Systematisch", Unimed Verlag, Bremen-London- Boston, 2006, s. 297. Kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili genel ilkeler Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4. maddesinde yer almaktadır. Maddenin 1. fıkrasında kişisel verilerin ancak Kanunda ve diğer Kanunlarda öngörülen usul ve esaslar çerçevesinde işlenebileceği belirtildikten sonra 2. fıkrada kişisel verilerin işlenmesi ile ilgili ilkeler sayılmıştır. Bu ilkeler; hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmedir. Kişisel verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin 2. fıkrası gereğince özel nitelikli kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinin 3. fıkrasında, hangi hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın özel nitelikli kişisel verilerin işlenebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, maddenin ilk fıkrasında sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilecektir. Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 11. maddesinin son bendine göre, herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir.

[158] Kişisel verinin anonim hale getirilmesi sonucunda elde kalan verinin başka verilerle eşleştirme sonrasında verinin kime ait olduğunun anlaşılabilmesi anlamına geldiği hakkında bkz. KORKMAZ, s. 96. Anonim verilerde yapılan işlemler sonucunda belirlenebilir bir birey ile verinin arasındaki bağ koparılmak suretiyle bireyin kimliğinin tespiti olanaksız hale getirildiğinden, verilerin ait olduğu kişilere ulaşmak mümkün olmadığına dair bkz. KORKMAZ, s. 97.

[159] Bkz. GTTUKAHY. m. 5/n. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 7. maddesinde, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi düzenlenmektedir. Buna göre, hukuka uygun olarak işlenmiş kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması durumunda, bu kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinecek, yok edilecek veya anonim hale

B. Kişilik Hakkı İhlâli

1. Genel Olarak

Araştırma ve tedavi arasında çok ince bir çizgi olması sebebiyle, insan üzerinde deney konusunun tıp dünyasının en hassas konularından biri olduğu kabul edilmektedir. Bazı durumlarda bu sınırın aşılması ile hasta büyük zarar görebilir^[160]. Bilimsel amaçlı tıbbî denemelerin/klinik araştırmaların temel amacının, etik ilkeler doğrultusunda insanın yararına olacak yeni bir tıbbî tanı, tedavi şeklinin veya tıbbî olanağın sağlanması olduğu kabul

getirilecektir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 11. maddesine göre herkesin, kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işleme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme ve kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme hakları bulunmaktadır. Veri sorumlusunun kişisel verilerin güvenliklerine ilişkin yükümlülükleri de Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 12. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre veri sorumlusu, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini ve verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek, ayrıca verilerin muhafazasını sağlamak için uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 13. maddesi ilgili kişinin veri sorumlusuna başvuru yolunu düzenlemektedir. Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 14. maddesi, ilgili kişi tarafından Kişisel Verileri Koruma Kuruluna şikâyet yolunu düzenlemektedir. Buna göre, ilgili kişinin, Kanunun 13. maddesi uyarınca veri sorumlusuna yapmış olduğu başvurunun reddedilmesi, verilen cevabın yetersiz bulunması veya süresinde başvuruya cevap verilmemesi hallerinde ilgili kişi veri sorumlusunun cevabını öğrendiği tarihten itibaren otuz ve her halde başvuru tarihinden itibaren altmış gün içinde Kişisel Verileri Koruma Kuruluna şikâyette bulunabilir. Maddenin üçüncü fıkrasında, kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklı tutulmaktadır. Veri sorumlusunun hukuki statüsüne göre ilgili kişiler adli ya da idari yargıda tazminat istemli dava açabileceklerdir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 17. maddesinde, kişisel verilere ilişkin suçlar ve cezai yaptırımlar için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine atıf yapılmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında, kişisel verileri silmeyen veya anonim hale getirmeyenlerin ise Türk Ceza Kanunu'nun 138. maddesi hükmü uyarınca cezalandırılmaları gerektiği düzenlenmiştir. Kişisel verilerinin hukuka aykırı bir şekilde kullanıldığını düşünen bir kişi, Türk Medeni Kanun 24. madde vd. hükümlerinden yararlanarak bu ihlâlin durdurulmasını isteyebilir. Kişisel verilerin ihlâli halinde açacağı tazminat davalarında da Türk Borçlar Kanununun 49 vd. maddelerine dayanabilir (KILINÇ, s. 1132).

[160] SOMER/VATANOĞLU, s. 382.

edilmektedir^[161]. Tedavi amaçlı tıbbî denemelerden farklı olarak bilimsel amaçlı tıbbî denemeler/klinik araştırmalar, araştırma ve gözlem amacına yönelik yapılması sebebiyle yüksek ölçüde kişilik haklarına ve hukuka aykırı olma riski taşır^[162]. Klinik araştırmalardaki en önemli amaç, bilimsel özgürlük ile araştırma gönüllüsünün korunması arasındaki dengenin korunması olmalıdır^[163]. Bir taraftan insanın denek olması, uluslararası ve ulusal hukukî düzenlemelerle koruma altına alınmış olan insan hakları açısından kabullenebilir değildir^[164]. Diğer taraftan ise insanın denek olması, birçok hastalığa ilişkin tedavi yöntemlerinin ortaya çıkmasını sağlaması sebebiyle elzemdir^[165]. Bu sebeple, her iki olgudan da vazgeçmek mümkün olmadığından, aralarında bir denge kurma zorunluluğu söz konusudur^[166]. Bilimsel amaçlı tıbbî denemeye ilişkin bir sözleşmede kişilik değerlerini zedeleyen hükümler, Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımına tabii sayılmalıdır. Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 23. ve 24. maddeleri çerçevesinde kişilik değerleri, kişinin hem kendisine hem dışı karşı koruma altındadır. Ücret karşılığı tıbbî denemeye tâbi tutulan

[161] SOMER/VATANOĞLU, s. 383.

[162] ÖZGÜL, Yeni Tıbbî Yöntemler, s. 291.

[163] AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, s. 166.

[164] YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006, s. 99; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 275 vd.

[165] YAVUZ İPEKYÜZ, s. 99.

[166] YAVUZ İPEKYÜZ, s. 99; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 275 vd. "Fortner v. Koch Olayında, (272 Mich, 273. 261. N. W. 762 1935), davacı bir demir yolu çalışanıdır ve sol dizinde karıncalanma ve dalgalanma vardır. Davalı doktor davacı hastasına kanser teşhisi koymuştur. Daha sonra davacı bir kliniğe gitmiştir. Klinikte çekilen röntgende kanser olmadığı anlaşılmıştır. Davalı doktor kanser teşhisi koyduğunda antitoxin enjekte etmiştir. Mahkeme, doktorun sorumluluğuna ilişkin şöyle demiştir: Tıbbın ilerlemesi için birçok deney yapılmak zorundadır. Ancak hastanın rızası ve bilgisi olmalıdır. Çok radikal metodlar ise denenmemelidir", Bir başka olay, "US v. Rose Olayı (Trials of War Criminals II 264), malaria hastalığına karşı bağışıklık geliştirme deneyi yapılmıştır. Bin tane denekten yabancı ve rızaları olmayan 30 tane denek ölmüştür. Deneyi gerçekleştiren ne hüküm giymiş, ne de serbest bırakılmıştır. Çünkü deneyin adı belirtilmemiştir" (ORENTLICHER, Hall Bobinski; "Medical Liability and Treatment Relationships", Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2008, s. 264).

kişinin rızası da, bu durumda geçersiz sayılmalıdır^[167]. Kişinin katlanacağı külfetin, araştırmadan hedeflenen yararı aşması, klinik ilaç araştırmasının yapılmasına engeldir^[168]. Bu sebeple, aradaki sınırın somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi ve korunması gerekmektedir^[169].

İnsan üzerindeki deneylerde en sık ihlâl edilme ihtimali olan kişilik hakları, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü hakkıdır. Bu değerlere yapılacak hukuk dışı bir müdahale durumunda kişilik hakkı ihlallerinin gündeme gelmesi kaçınılmazdır^[170]. Bu sebeple, araştırmacı^[171] veya deneyi gerçekleştiren kişi^[172], araştırmanın sınırlarını belirlemeli, gerektiğinde uzmanlara ulaşmalı^[173], araştırmasının etkinliğini ve güvenliğini korumalı ve gönüllünün haklarını her zaman gözetmelidir.

Geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntemlerin uygulanmasında da önemli olduğu gibi^[174]; bu yöntemlerin klinik araştırmalarında da aydınlatma

[167] ÖZGÜL, İlaç Denemesi, s. 851.

[168] KARA KILIÇARSLAN, s. 296.

[169] DEUTSCH, Erwin; Das Recht der Klinischen Forshung am Menschen, Bern, 1979, s. 43- 45; ŞENOCAK, Hekim, s. 67.

[170] HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 42.

[171] Araştırmacı, sorumlu araştırmacının gözetiminde araştırmacı ekibinde yer alan kişiyi ifade etmektedir (GTTUKAHY m. 4/c).

[172] Bir kişiye yönelik tıbbî bir müdahale uygulanabilmesi için, uygulamayı yapacak kişilerin hekim veya sağlık personeli olmasının arandığına dair bkz. PENNING, s. 297. Yönetmelikte, uzmanlık veya doktora eğitimini tamamlamış olup, araştırmanın yürütülmesinden sorumlu olan hekim veya dış hekiminin sorumlu araştırmacı olarak klinik ilaç araştırmasını yürüteceği hüküm altına alınmıştır (GTTUKAHY m. 4/u). Yönetmelik kapsamındaki klinik araştırmalar, sorumlu araştırmacının başkanlığında, araştırmanın niteliğine uygun bir ekiple yürütülür (GTTUKAHY m. 12/2/a).

[173] BAYRAKTAR, s. 24.

[174] Bel ağrısı, diş ağrısı veya migrende, akupunkturun destekleyici olarak uygulanabileceğine veya spor yaralanmalarında, mezoterapi veya proloterapi yöntemlerinin destekleyici olarak uygulanabileceğine dair hastanın bilgilendirilmemesinin eksik aydınlatıldığı anlamına geleceğine dair bkz. EROL (SARIYEV), s. 100. Aciliyet durumundan uzaklaşıldıkça aydınlatma yükümlülüğünün kapsamının genişleyeceği kabul edilmektedir. Özellikle bağışıklık sisteminin güçlendirilmesi için hipnoz ya da homeopati yöntemlerinin uygulanmasında olduğu gibi, benzeri durumlarda geniş kapsamlı aydınlatma için yeterince vakit bulunmadığı yönünde bkz. EROL (SARIYEV), s. 99-100.

oldukça önem taşımaktadır. Kişilik hakkı ihlâli, aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli olarak karşımıza çıkabileceği gibi bilgilendirilmeme hakkının ihlâli olarak da karşımıza çıkabilir. Gönüllü kişinin bilgilene veya aydınlatılma hakkının da, kanuni düzenlemeler ve öğretilerdeki görüşler kapsamında, tıbbî müdahaleye rıza verme hakkı gibi, nisbi anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı kişilik haklarından^[175] sayılması gerektiği sonucuna varılabilir^[176]. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması veya ergin olmaması ya da kısıtlı olması

[175] Kullanma yetkisi açısından haklar, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar ve olmayan haklar olarak ikiye ayrılır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan anlaşılması gereken kişinin bizzat kendisinin kullanması gereken haklardır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar kural olarak başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez /OĞUZMAN/BARLAS, s.163, YÜKSEL, s. 57. Ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından kullanılmakla birlikte, yasal temsilcinin de izin, icazet veya oluruyla işleme katılması gereken bazı kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar sayıldığına dair bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 101-102. Kişiliğin korunmasına yönelik hakların ayırt etme gücüne sahip olması halinde hak sahibi tarafından, olmaması halinde ise yasal temsilciler tarafından kullanılan nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olduğuna dair bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 80.

[176] Aydınlatılması gereken kişi, hastanın temyiz kudretine sahip olması koşuluyla, kural olarak bizzat hastanın kendisi olması gerektiğine dair bkz. HATIRNAZ EROL, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 2. Baskı, Ankara 2009, s.67; ÖZGÜL, s. 204; ÖZAY, Merter; Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 59; GÖKCAN, Hasan Tahsin; Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 158. Kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının, Anayasa m. 17'de yer alan yaşama ve vücut bütünlüğü hakkı ile maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkından ve kişiliğin haksız fiil sonucu ihlâl edilmesine karşı korunmasını düzenleyen TMK m. 24'den çıkarıldığına dair bkz. ÖZSUNAY, Ergun; "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983, s. 34-35. Tıbbî müdahaleye rızanın da kişilik değeri olan vücut ve ruh bütünlüğü üzerinde tasarruf anlamına gelmesi sebebiyle, hak sahibinin kişiliği ile sıkı bir bağlantı içerisinde olduğu ve vücut ve sağlık üzerinde kişinin yaşam ve geleceğini ilgilendiren (özellikle önemli tıbbî müdahalelerde) önemli etkilere sahip olduğuna dair ŞENOCAK, Zarife; "Küçükün Tıbbî Müdahaleye Rızası", C.50, s.4, 2001 s. 75. Çocuğun ayırt etme gücüne, yani tıbbî müdahalenin önem ve kapsamını değerlendirecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olduğunda, ana babanın velayet hakkının geri çekilmesi gerektiğine ve küçükün kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkını tek başına kullanabilmesi gerektiğine dair ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s.103. Çocuğun yararı

hâlinde veli veya vasisinin de bilgilendirilmesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır^[177]. Bu bilgilendirme yapılırken hastanın eğitim durumu dikkate alınarak anlaşılır bir şekilde yapılması ve bilgilendirme neticesinde hasta üzerinde oluşabilecek etkilerin göz önünde bulundurulması gerekir. Hastanın bilgilendirme hakkını kullanması hâlinde, bilgilendirme yapılmaması veya hastanın kararını etkileyecek önemli hususların kendisinden gizlenmesi veya yanlış bilgilendirilmesi kişilik hakkı ihlâli sayılır. “Araştırmaya iştirak etmek üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya yasal temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsî özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri, araştırmayı kimin desteklediği, araştırmadan elde edilecek sonuçları kimin ve nerede kullanacakları ile araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istenildiği anda çekilme hakkına sahip bulunduğu hususunda, araştırma ekibinde bulunan ve araştırma konusuna hâkim bir sorumlu araştırmacı^[178] tarafından yeterince ve anlayabileceği şekilde bilgilendirilir” (GTTUKAHY m. 5/h). Sorumlu araştırmacı, yapılan testin sonucunda ortaya çıkacak ve hastanın test yaptırmadaki amacına uygun olan bilgileri hasta ile paylaşmalıdır^[179]. Yapılan test ile bireyin kanser olduğuna ilişkin bir bilgi elde edildiği takdirde, bu bilginin bireyle paylaşılıp paylaşılmayacağı, bireyin bu yöndeki iradesine göre şekillenecektir^[180]. Eğer kişinin iradesi, elde edilecek bilgileri öğrenmemek yönünde ise bu hâlde kendisine bilgilendirme yapılmamalıdır.

aksini gerektirmedikçe bilgi alma hakkının anne ve babaya da tanınabileceğine dair bkz. ŞENOCAK, Rıza, s.79.

[177] Benzer şekilde temyiz kudretine sahip olmayan hastalar bakımından aydınlatılacak kişinin, hastanın kanuni temsilcisi olacağına dair bkz. HATIRNAZ EROL, s.67; ÖZGÜL, s. 205; GÖKCAN, s. 158. Temyiz kudretine sahip küçük ya da kısıtlılar açısından da her somut olayda değerlendirme yapmak gerektiği ve ilgilinin durumu incelenerek verdiği kararın etki ve sonuçlarını değerlendirip değerlendiremeyeceğinin tespit edileceğine dair bkz. ÖZGÜL, s. 207; GÖKCAN, s. 158. Ayrıca bkz. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24, m.26.

[178] Yönetmeliğe göre, uzmanlık veya doktora eğitimini tamamlamış olup, araştırmanın yürütülmesinden sorumlu olan hekim veya diğ hekimini ifade eder (GTTUKAHY m. 4/u).

[179] BOZAT, Gen Analizleri, s. 142.

[180] BOZAT, Gen Analizleri, s. 142.

Kişinin üzerinde yapılmış genetik testin sonuçlarını bilmek istememesi, bu teste rıza vermesi kadar doğal bir hakkıdır. Bu hakkın, insan olmanın temel haklarından biri sayılan kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkından doğduğu kabul edilmektedir^[181]. Örneğin, gen analizleri yapan bir projeye gönüllü olarak destek vermek için başvuran ve kan örneği veren kişinin yapılan analizlerde hastalığa neden olan bir genin tespit edilmesi hâlinde bilgilendirilmek istemediğini belirtmiş olması olağan bir durumdur^[182]. Bu durumda bilginin hastadan gizlenmesi hastanın moral ve motivasyonunun yüksek tutulması için önemlidir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesi de “kişilerin bilme hakkının yanı sıra bilgilendirilmeme isteklerinin de gözetilmesi gerektiğini” ifade etmektedir. Sözleşmenin açıklayıcı raporunda “hastanın muhtemel sağlık sonuçlarını bilmek istememesi için geçerli sebepleri olabileceğine” vurgu yapılmaktadır. Öğretide de test ile ortaya çıkan hastayı olumsuz etkileyecek bilgilerin hasta ile paylaşılmasının, tedaviye zarar verme ihtimali olması halinde bu konuda aydınlatmanın yapılmaması yönünde bir kanaat bulunmaktadır^[183].

Kişilik hakkına müdahale olduğuna dair bir iddiaya ilişkin uyumsuzluk, hâkimin karşısına geldiğinde, hâkim, bu müdahâlenin bir kişilik hakkına yönelik olup olmadığını ve hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirecek bir karar vermelidir^[184]. Dolayısıyla insanlar üzerinde yapılan klasik tıbbî yöntemlere veya geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntemlere ilişkin klinik araştırmaların, kişilik haklarının korunmasına yönelik müspet bir hükmün konusu olması için öncelikle, kişisel değerlerden herhangi birini ihlâl etmesi ve aynı zamanda bu araştırmanın hukuka aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir.

Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda deney hayvanı üzerinde yapılmış olmasının şart olduğu ve bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin etik kurul tarafından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Deneylerin insan dışı

[181] EDİSAN, Zehra/AKSOY, Şahin; “Genetik Uygulamalar Özelinde Bilmeme Hakkı”, Türkiye Klinikleri, 15, 2007, s. 155 vd.

[182] BOZAT, Gen Analizleri, s. 142.

[183] HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 172.

[184] DURAL/ÖĞÜZ, s. 149.

deney ortamında yapılmasının akabinde insanlar üzerinde yapılmasının elde edilecek bilimsel verilerin geçerliliği için önem arzettiği de Yönetmelik'te vurgulanan bir husustur. Bunların yanında, araştırmadan elde edilecek bilimsel ve kamusal faydaların, gönüllü sağlığından daha önemli olmadığı, araştırma sırasında, gönüllüye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verecek yöntemlerin uygulanamayacağı ve araştırmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmamasının şart olduğu da aynı hükümde belirtilmektedir. Yönetmeliğe göre, bu belirtilen hususlar değerlendirilerek etik kurulun kanaati alındıktan sonra, usulüne uygun bir şekilde bilgilendirilmiş gönüllü olur formu alınması kaydıyla, etik kurulun onayı ve Genel Müdürlüğün izni alındıktan sonra araştırma başlatılabilir. Araştırmaya katılmak üzere gönüllü olmak isteyen kişinin veya yasal temsilcisinin, adeta bir hastalığın tedavisine başlanıyormuş gibi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsî özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri, araştırmayı kimin desteklediği, araştırmadan elde edilecek sonuçları kimin ve nerede kullanacağı ile araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istenildiği anda çekilme hakkına sahip olunduğu hususunda, araştırma ekibinde bulunan ve araştırma konusuna hâkim bir sorumlu araştırmacı tarafından yeterince ve anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda gönüllünün herhangi bir menfaat temini olmaksızın, tamamen serbest iradesi ile araştırmaya dâhil edileceğine dair rızası alınarak belgelendirilmelidir. Gönüllünün, gerekçeli veya gerekçesiz olarak, kendi rızasıyla, istediği zaman araştırmadan yazılı bir belge ile ayrılabilmesi ve bundan dolayı sonraki tıbbî takibi ve tedavisi sırasında mevcut haklarından herhangi bir kayba uğratılmayacağı da Yönetmelik'te hüküm altına alınmıştır. Gönüllülerin klinik araştırmadan doğabilecek zararlara karşı güvence altına alınması amacıyla sigortalanmasının da mümkün hatta zorunlu olduğu belirtilmektedir. Sonuç olarak, araştırma sonucunda elde edilecek bilgilerin, hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmek suretiyle, anonimleştirilerek yayımlanabileceği^[185] ve gönüllüye ait germ hücrelerinin genetik yapısını bozmaya yönelik hiçbir araştırma yapılamayacağı da Yönetmelik'te hüküm altına alınmak suretiyle gönüllünün kişilik haklarının korunma altına alındığı görülmektedir. Belirtilen

[185] Detaylı bilgi için bkz. yukarıda III, A, 2, dn.158, 159.

şartlara aykırı şekilde geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmaları gerçekleştirildiğinde kişilik hakkı ihlâlinin söz konusu olması ve hukukî sorumluluğun doğması muhtemeldir.

2. Hukuka Uygunluk Sebepleri

Hukuka aykırılık kavramının, en basit haliyle haksız fiil ilişkisinde hukuk normunun ihlâlini ifade ettiği kabul edilmektedir^[186]. Hukukun koruduğu değerlerin ihlâl edilmesi suretiyle hukukun koyduğu kurala uymayan fiil de, zarar ve kusur şartından bağımsız olarak hukuka aykırı fiil olarak tanımlanmaktadır^[187]. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nun 63. maddesi ve Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesi hükümleri kapsamında yer verilen özel hukuka uygunluk sebepleri olarak kabul edilen mağdurun (zarar görenin) rızası^[188], üstün nitelikli özel yarar veya üstün nitelikli kamusal yarar

[186] AYBAY, Aydın; Borçlar Hukuku Dersleri, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 85-86; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, 7. Baskı, İstanbul 2017, s. 42; AYAN, s. 167. Hukuka aykırılığı, zarar verenin bu zarar verici davranışta bulunmaya yetkili ve izinli olmaması şeklinde açıklayan görüş, subjektif teori denilen görüştür. Zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmak olarak açıklayan görüş ise, objektif teoridir (OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 14).

[187] EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara, 2014, s. 586-587; ANTALYA, Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul, 2013, s. 431; AYBAY, S. 86; DURDU, Hüseyin; Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, İzmir, 1986, s. 12-13; ÖZGÜL, Yeni Tıbbî Yöntemler, s. 150. Hukuka aykırı fiili tanımlarken, genel davranış kuralları ve hukuka aykırılık bağındaki ayırımların gözönünde tutulması gerektiğine dair detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, S.15 vd.

[188] GTTUKAHY m. 5/1 gereğince, gönüllünün herhangi bir menfaat temini olmaksızın, tamamen serbest iradesi ile araştırmaya dâhil edileceğine dair rızası alınır ve 5. maddenin (h) bendindeki hususlar doğrultusunda hazırlanmış Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu ile belgelendirilir. TCK. m. 90/2-g'ye göre, deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması aranmaktadır. Benzer şekilde, SHTK Ek madde 10/1-e'ye göre, gönüllünün, araştırmanın mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı rızasının alınması gereklidir. İBÜKAHY m. 5/1'e göre de gönüllünün tamamen serbest iradesiyle araştırmaya dâhil edileceğine dair herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmayan rızası alınır ve bu durum Bilgilendirilmiş Gönüllü Olur Formu ile belgelenir. HHY m. 34'e göre de, tıbbî araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş

ve kanunun verdiği yetkinin varlığı hâlinde ise, müdâhale hukuka aykırı sayılmaz. Geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntemler de dâhil olmak üzere her türlü tıbbî müdâhâlenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran haller, özel hukuka uygunluk sebepleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak gerek klasik tıp uygulamalarının gerekse geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmaları açısından sadece rızanın ve istisnai hallerde tedavi amaçlı deneylerde üstün nitelikli özel yararın, klinik araştırmayı hukuka uygun hale getirebileceği söylenebilir. Bunların yanında, rızanın, her türlü müdâhaleyi hukuka uygun hale getirmeyeceği, tıp kuralları ve bilimsel yöntemlerin göz önünde bulundurulması gerektiği ileri sürülmektedir^[189]. Dolayısıyla böylece verilen rızanın hukuka ve ahlâka uygunluk denetimi sağlıklı bir şekilde yapılabilir. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmaları üzerinde denenen kişinin, kendisine zarar verilmesi konusunda rıza göstermiş sayılmayacağı herkesin kabulünde olan bir durumdur. Vücut bütünlüğü, sağlık, yaşam hakkı gibi kişisel varlıklara zarar verilmesine ilişkin rıza Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesine aykırılık teşkil eder^[190]. Böyle

olan gönüllünün rızasının maddî veya manevî hiçbir baskı altında kalmaksızın tamamen serbest iradesine dayanılarak alınması gerektiği vurgulanmış ve rızanın yazılı şekil şartına tâbi olduğu özel olarak ayrıca belirtilmiştir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ve buna ilişkin Ek Protokol'de de rızanın, gönüllünün özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde vereceği yazılı rızaya dayalı olması vurgulanmıştır (İHBS m. 5, Ek Protokol 14) (YÜKSEL, s. 78). HMEK m. 41'de de, insan üzerinde yapılan araştırmalarda her deneye araştırmacının amacı, yöntemleri, beklenen yarar ve olası yan etkileri hakkında, deneyin anlayabileceği dilde ve biçimde yeterli bilgi verilmesinin zorunlu olduğu; deneye, çalışma başladıktan sonra isterse araştırmaya katılmaktan vazgeçebileceği ve rızasını geri alabileceği, ancak bu nedenle daha sonraki tedavisinin ve takibinin aksamayacağını anlatılacağı belirtilmiştir. Ayrıca bilgilendirme sonrasında deneyin konuyu yeterince anlayıp anlamadığının değerlendirileceği ve araştırma hakkında yeterli bilgilendirme sağlandıktan sonra, deneyin yazılı rızasının alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu rızanın deneyin özgür iradesine dayanması gerektiği vurgulanmaktadır. Reşit ve/veya mümeyyiz olmayan kişiler yönünden veli veya vasisinin aydınlatılmış rızasının gerektiği de HMEK. m. 42'de belirtilmiştir. Ayrıca aynı yönde bkz. İyi Klinik Uygulamalar Kılavuzu m.10 vd.

[189] KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 388.

[190] EREN, Borçlar, s. 604; PETEK, İlaç Üreticisi, s. 76. Kişinin sınırlandırdığı kişilik hakkı hakkında tam bilgi sahibi olması, bu rızayı bilinçli ve serbest bir iradeyle vermiş olması ve rızanın ahlâka aykırı olmaması, verilen rızanın hukuka uygun kabul edilebilmesi için olmazsa olmaz şartlardır (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 208 vd.).

bir durumda rıza sadece Türk Borçlar Kanunu 52. madde kapsamında tazminattan indirim sebebi sayılabilir^[191]. İnsan üzerinde deneylerde, deneyin hukuka uygun hale gelmesi aynı zamanda kanunlarda ve yönetmeliklerde hüküm altına alınmış olan gönüllünün deneyin amacı, muhtemel faydaları ve zararları ile araştırmaya katılmaktan her zaman vazgeçebileceği hususlarında aydınlatılması, yazılı rızasının alınması, araştırmının gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünden üstün tutulmaması, deneyin ancak küçük veya ayırt etme gücü bulunmayanın sağlığı yönünden bir fayda sağlayacaksa, yasal temsilcisinin rızası ile yapılabilmesi gibi şartların sağlanmasına bağlıdır^[192]. Hastanın vermiş olduğu rızanın geçerliliği hakkında, zarar ve yarar dengesinin sağlanması ile bireyin kişiliğinin korunması noktasında Türk Medenî Kanunu'nun genel hükümlerinden de yararlanılabilir^[193]. Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin bireylerin kişilik haklarının içe karşı korunmasını ele aldığı ve sözleşmenin, kişilik haklarını aşırı derecede sınırladığı veya yok saydığı hallerde geçersiz olacağını hüküm altına aldığı ifade edilmektedir^[194].

Klinik ilaç araştırmalarının kişiler üzerinde uygulanabilmesi için kişinin mutlaka rıza göstermesi gereklidir^[195]. Anayasa'nın 17. maddesinin

[191] DURAL/ÖĞÜZ, s. 150; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 10. Baskı, İstanbul, 2013, s. 22 vd., 120; EREN, Borçlar, s. 603; ÖZGÜL, Yeni Tıbbî Yöntemler, s.170.

[192] Detaylı bilgi için bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 112-113. Ayrıca bkz. AY. m.17/f. 2, HHY m. 32/f.1, HHY m.34/f.1-f.2, HHY m. 35, HHY m. 27/f.2.

[193] BOZAT, Gen Analizleri, s. 165.

[194] BOZAT, Gen Analizleri, s. 165.

[195] Rızaya aykırı olarak yapılan gen analizlerinin kişilik hakkı ihlali oluşturduğuna örnek olarak Moore v. Regent of the University of California (1991) olayında, John Moore'un rızasına uygun olarak ameliyatla dalağı alınır. Ancak daha sonra ameliyatı yapan hekim ve yardımcısı, John'un bilgisi dışında vücuttan çıkarılan dalak hücreleri üzerinde çalışmalar yaparlar. Moore'un tedavisiyle ilgisi olmayan bu çalışmalar sonunda genetik olarak değiştirilebilen hücreler elde ederler. Bu çalışma üniversite tarafından patentlenir ve kişiler gelir elde etmeye başlarlar. Mahkeme, Moore'un bu hücreler üzerinde mülkiyet ilişkisinin şüpheli olduğunu belirtir ancak yine de de tedavi için yarar ve zarar dengesinin oluşturulması adına kişinin sağlığıyla ilgili olmayan hususlarda da kullanım için rızasının alınması gerektiğine karar verir (POLAND, Susan Cartier; Landmark Legal Cases in Bioethics, National Reference Center for Bioethics Literature, Kennedy Institute of Ethics Journal 7. 2 (1997), s. 200).

2. fıkrasında da, “hiç kimsenin rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı” açıkça hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında, kişinin neye rıza verdiğini bilmesi yani aydınlatılması da oldukça önem arz etmektedir. Aydınlatma, gönüllü için bir hak, sorumlu araştırmacı için ise bir yükümlülüktür^[196]. Yazılı olarak yapılacak aydınlatmalarda hastanın, sorumlu araştırmacının anlattıklarını anlayıp anlamadığı tespit edilmeli ve gönüllüye soru sorma imkânı tanınmalıdır. Ancak sorumlu araştırmacının sorumluluğuna gidilmesi hâlinde aydınlatmanın yapıldığının ispat yükü araştırmacıda olacağı için yazılı aydınlatmayı seçmesi menfaatinde^[197]. Gönüllünün rıza konusundaki kabiliyeti, araştırmacı hekim tarafından değerlendirilmeli, şüphe hâlinde uygulama yapılmamalıdır. Bununla birlikte, verilecek rıza hukuka, ahlâka, kişilik haklarına aykırı olamaz (TMK. m.23/f.2)^[198]. Rıza ehliyetinden^[199] yoksun kişiler^[200] ise, kanunî temsilcileri aracılığıyla ilaç araştırmasına katılabilir. Diğer taraftan, gönüllü hastanın tedavi veya klinik araştırma için vermiş olduğu rızasını her zaman geri çekme

[196] BOZAT, Ramazan; “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Seçkin Yayınları, Cilt: 2, S. 2, Haziran 2014, s. 92.

[197] YAVUZ İPEKYÜZ, s. 86; ÖZAY, Merter; Estetik Amaçlı Tıbbî Müdahalelerde Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 59.

[198] DEUTSCH, s. 45- 48; ŞENOCAK, Hekim, s. 46 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, s. 105, 150; ÖZGÜL, Yeni Tıbbî Yöntemler, s. 246; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 100; HAKERİ, İnsan Üzerinde Deney, s. 311; DEMİR, Mehmet; “İlaç Zararlarından Üreticinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, II Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım, Ankara, s. 352; ERMAN, s. 227.

[199] Daha çok Alman Hukuku’nda kullanılan bir tabirdir (ROSENAU, Henning; “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Türk-Alman Tıp Hukuku Sepozyumu, C.3, S. 2, 2006, s. 51).

[200] Küçük ve vesayet altındaki kişilerin, herhangi bir akıl hastalığı olanlar ile bilinci kapalı olan hastaların rıza ehliyetinden yoksun oldukları kabul edilebilir. Hastanın aydınlatıldıktan sonra bile tıbbî bir önlemini nitelik, anlam ve kapsamını anlayabilecek durumda olmadığı hallerde rıza gösterme yeteneksizliğinin söz konusu olduğuna dair bkz. ROSENAU, s. 51. Türk Hukuku’ndaki duruma benzer şekilde Alman Hukuku’nda da reşit olanın, kural olarak kendisine uygulanacak tıbbî tedavi konusunda kendisinin karar verebileceği, burada da algılama, sonuçları öngörebilme ve muhakeme edebilme yeteneğinin belirleyici olacağı belirtilmektedir (ROSENAU, s. 51).

hakkı bulunmaktadır^[201]. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24.maddesinde bu durum, “*rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır*” şeklinde ifade edilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “... *Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.*” hükmü ile hastanın biyolojik örnek verilmesine ilişkin olan rızasını geri çekebileceği belirtilmektedir.

Bunların yanında, bilinci kapalı olduğundan rızası alınamayan acil hastaya müdahalede bulunulması hastanın özel yararı amacını taşımaktadır. Üstün nitelikte özel yarar söz konusu olduğunda da yapılan müdahale hukuka aykırılık teşkil etmez. Başka bir deyişle, hastanın rıza verecek durumda olmadığı ve acil müdahalede bulunulması gereken durumlarda müdahale hukuka aykırı sayılmaz^[202]. İnsan üzerinde yapılan bilimsel deneylerin sağlıklı insanlar üzerinde uygulandığında, kişilerin bireysel menfaatinin öncelikli olmaması sebebiyle daha üstün nitelikte özel yararın varlığından söz edilmemesi gerekir^[203]. Tedavi amaçlı denemelerde ise kişilerin bireysel yararı düşünülerek müdahale yapılabileceği ve tedavi amaçlı denemelerin çok sıkı şartlara bağlı olduğu göz önüne alındığında üstün nitelikli özel yararın burada da söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir^[204]. Deneylerin esas alındığı hukukî düzenlemelerde de üstün nitelikte özel yararın bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmediği belirtilmektedir^[205]. Kanaatimizce, bilinci kapalı olan ve üzerinde tüm tedavi yöntemleri denenmiş ancak fayda sağlanamamış olan bir hastanın, kendisine gelmesinin beklenmesi hâlinde ölümü ya da zarar görmesi söz konusu olabilecek ise, rızasına başvurulmadan kendisine bir zararı olmayacağına ve tedavisi için fayda sağlayacağına dair genel bilimsel bir kanı söz konusu olduğunda üzerinde yeni bir klinik araştırma denenebilir ve bu doğrultuda gerekli işlemler yapılabilir.

[201] ŞENOCAK, Hekim, s. 43.

[202] ANTALYA, s. 447; GÜLEL, İlhan; “Tıbbî Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, TAAD, C. 1, S. 5, 2011, s. 589.

[203] YÜKSEL, s. 78-79.

[204] YÜKSEL, s. 78-79.

[205] YÜKSEL, s. 78-79.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 2. maddesinde belirtildiği üzere; “insanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üzerinde tutulmalıdır”. Bu durumda daha üstün nitelikte kamu yararı da, klinik araştırmalar açısından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemez^[206]. Bununla birlikte, insan üzerinde uygulanan deneyler hakkında, aydınlatma ve rızanın önemi göz önüne alındığında, kanunun verdiği yetki de deneyler için hukuka uygunluk sebebi teşkil edemez. Aydınlatılmış rıza alınmadan ve diğer şartlar sağlanmadan insan üzerinde deney yapılması, yargı kararlarında vurgulandığı gibi, mevzuatımız gereğince de yasaklanmıştır^[207].

C. İhlâl Karşısında Kişiliğin Korunmasının Yolları

1. Genel Olarak Kişiliğin Korunması

Bir geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasının klinik araştırmaları neticesinde kişinin vücut bütünlüğünün ve sağlığının ihlâl edilmesi^[208] neticesinde ortaya çıkan zararın, şahısvarlığı zararı^[209] olduğu kabul edilir. Şahısvarlığı zararı, maddî veya manevî zarar şeklinde gerçekleşmektedir. Geleneksel ve tamamlayıcı tıbbî yöntemlerin klinik araştırmalarını uygu-

[206] YÜKSEL, s. 79.

[207] YÜKSEL, s. 80. 3. HD., 11.02.2016, 2015/1871, 2016/1669: “Dosyada mevcut “izin ve bilgilendirme” formlarında; işlemin tıbbî sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbî sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Somut olayda, genel soyut ibarelerle düzenlenmiş bir muvafakatname vardır. Davacı tarafından istenilen sonucun meydana gelmediği ortadadır, bu sonuca dair ayrıntılı uyarı, somut açıklama, onam formlarında yoktur, bu formların imzalatılması davalının uyarı görevini özel olarak yaptığı anlamını taşımaz, hastanın olası risk ve komplikasyonlar hususunda somut ve yeterli biçiminde aydınlatıldığına mevcut belgelerle ispatlanamadığı hususu sabittir... uygulamalar sonrasında davacının çektiği ızdırıp durumu da gözeticilerle uygun bir manevî tazminatın takdir edilmesi gerekirken, davalının aydınlatma ve uyarı görevlerini tam olarak yerine getirmediği hususu gözardı edilerek yanılığın değerlendirme ile istemin tümünden reddi doğru görülmüştür.”(Karartek İçtihat Programı).

[208] Beden bütünlüğü zararına, fiziksel ve ruhsal varlığa verilen zarar da denilmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s. 92).

[209] Kişinin maddî veya maddî nitelikte olmayan kişisel varlıklarının zarara uğraması, şahısvarlığı zararı olarak anlatılmaktadır (KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 397).

layan kişi, gönüllü hastanın, yöntem uygulanmasaydı da öleceğini ya da zarara uğrayacağını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Kişiliğe saygı duyulması ve kişiliğin her türlü saldırıya karşı korunması için tüm önlemlerin alınması hukuk düzeninin bir gereğidir^[210]. Kişiliğin korunması, özel hukuk açısından Türk Medenî Kanunumuzun 23, 24 ve 25. maddeleri ile Türk Borçlar Kanunumuzun kişilik hakkının zedelenmesi başlıklı 58. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Kişi özgürlüğünü, üçüncü kişi eylemlerine ve devletin eylemlerine karşı korumayı Türk Medenî Kanunumuz üstlenmiştir^[211]. Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin 2. fıkrası gereğince, “insanların toplum içinde rahatça yaşayabilmeleri için hiç kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz.” Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrası'na göre de, “kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez, özgürlüklerini hukuka ve ahlâka aykırı olarak kısıtlayamaz”. Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesi ile bireyin iradesi ile yaptığı hukukî işlemler sonucu karşılaşacağı kişilik hakları ihlallerine karşı korunduğu görülmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin 2. fıkrasının yaptırımını da, Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrasında olduğu gibi Türk Borçlar Kanunu'nun 27. maddesi gereğince kesin hükümsüzlüktür. Bazı yazarlar, Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesini “kişiliğin emredici hükümler ile korunması” olarak adlandırırken, Türk Medenî Kanunu'nun 24. ve 25. maddelerini “kişiliğin davalar yoluyla korunması” olarak adlandırmaktadırlar^[212]. Türk Medenî Kanunu'nun 23. madde hükmü ile Türk Medenî Kanunu'nun 24. madde hükmünün, dışarıdan gelen saldırılara karşı kişiliği koruma görevi üstlendiği kabul edilmektedir^[213]. Bunun yanında, Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin kişilik hakkını, kişinin rızasına dayalı (hukukî işlemlere karşı) ihlallere karşı korurken; Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesinin ise; kişinin rızasına dayanmayan (haksız fiillere karşı) ihlallere karşı koruduğu da öğretide

[210] DURAL/ÖĞÜZ, s. 99.

[211] ARPACI, s. 109.

[212] ARDIÇ, s. 214 vd.; SEROZAN, s. 94.

[213] DURAL/ÖĞÜZ, s. 145.

kabul edilen bir görüşür^[214]. Türk Medenî Kanunu'nun 24. madde hükmü gereğince, bu haksız saldırıya karşı hâkimden koruma talep edilebilmesinin ilk şartı, saldırının hukuka aykırı olması olarak belirtilmektedir^[215]. Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin 1. fıkrâ hükmü gereğince de kişinin, yüklü bir miktar para karşısında herhangi bir organını satması mümkün olamayacağı gibi kendi bedeni üzerinde deney yapılmasına da izin vermesi söz konusu olamaz^[216].

Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin tek istisnası, Türk Medenî Kanunu'nun 23. maddesinin 3. fıkrâsıdır. Madde hükmü gereğince ancak yazılı rızaya dayanarak insan kökenli biyolojik madde alınabilir, aşılabilir ve nakledilebilir. Ancak bu yükümlülük altına giren gönüllülerden yükümlülüklerini yerine getirmeleri istenemeyeceği gibi, maddî ve manevî tazminat isteminde de bulunulamaz.

2. Kişiliği Koruyucu Davalar ve Kişilik Hakkı İhlâli Sonucu Açılabilen Davalar

a. Genel Olarak

Bir kimse kişisel varlıklarından birinin ihlâl edildiği gerekçesiyle dava açtığı takdirde, hâkim, özel hukuk kurallarının yanı sıra Anayasa'yı ve ceza kanunlarını da göz önüne alarak söz konusu hakkın hukuken korunmaya değer olup olmadığına karar vermelidir^[217]. Hâkim, öncelikle yazılı (kanun ve yönetmeliklerde) ve yazılı olmayan (örf ve adet hukuku kuralı) hukukta dayanak bulamadığı takdirde hukuk yaratma yoluna gidebilir^[218]. Hakkın

[214] TEKİNAY, Selâhattin Sulhi; Medenî Hukuka Giriş Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, 1984, s. 260; ZEVLİLER, s. 306-307; DURAL/ÖĞÜZ, s. 145; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 195 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 354-355; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 135; ÖZSUNAY, s. 151; ÖZTAN, Medenî Hukuk, s. 283; ARPACI, s. 143.

[215] YÜKSEL, s. 93.

[216] YÜKSEL, s. 92.

[217] TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 15; İMRE, s. 800, s. 805; YÜZER, s. 99.

[218] TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 17; KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa; Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2019, s. 149, s. 219 vd.

ihlâl edilip edilmediğine karar verilmeden önce hakkın bir kişisel varlık olduğuna kanaat getirilmiş olmalıdır^[219].

Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmaları sırasında kişiliğe yönelik hukuka aykırı saldırı söz konusu olduğunda açılacak davaları, kişiliği koruyucu davalar ve kişilik hakkı ihlâli sonucu açılabilen davalar olmak üzere ikiye ayırmamız mümkündür. Koruyucu davalar, saldırı tehlikesini ortadan kaldırmak, gerçekleşen bir saldırıyı sona erdirmek veya sona ermiş bir saldırının hukuka aykırılığını tespit etmek için açılırken; kişilik hakkı ihlâli sonucu açılabilen davalar saldırının sonuçlarını maddî kaynaklarla telafi etmek amacıyla açılır^[220]. Koruyucu davalarda zarar ve kusur aranmaz ancak kişilik hakkı ihlâli sonucu açılabilen davalarda tazminata hükmedilebilmesi zarar ve kusur şartının varlığına bağlıdır^[221]. Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinde de düzenlendiği üzere; saldırıya karşı açılabilen davalar, önleme, durdurma ve tespit davaları olarak adlandırılırken, saldırının sonucuna karşı açılabilen davalar ise, tazminat davaları ve vekâletsiz iş görmeye dayanan davalardır^[222].

b. Kişiliği Koruyucu Davalar

aa. Önleme Davası

Önleme davası, kişinin ileride mağduriyet yaşamaması amacıyla gerekli önlemlerin alınması için açılır. Saldırı tehlikesinin haksız, ciddi ve yakın olması dava şartlarından olup, bir saldırı ihtimalinin olması yeterli değildir^[223]. Dolayısıyla, davacının saldırı tehlikesini ispatlaması gerekir^[224]. Saldırı tehlikesini yaratanın kusuru davanın açılabilmesi için gerekli değildir^[225].

[219] BOZAT, Gen Analizleri, s. 62.

[220] BOZAT, Gen Analizleri, s. 173, YÜKSEL, s. 82; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 154; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 79.

[221] YÜKSEL, s. 94.

[222] AYAN/AYAN, s. 109.

[223] HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 155; DURAL/ÖĞÜZ, s. 154; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 243; TÜFEK, s. 139; YÜZER, s. 156.

[224] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 243; YÜZER, s. 157

[225] DURAL/ÖĞÜZ, s. 154; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 242, YÜZER, s. 156

Bunun yanında muhtemel bir zarar veya zarar tehlikesinin varlığına da ihtiyaç bulunmamaktadır^[226].

Üzerinde hukuka aykırı bir geleneksel ve tamamlayıcı yöntemin klinik araştırmasının uygulanacağına dair kayda değer bilgiler elde eden kimse- nin, klinik araştırmaya başlanmadan önce önleme davası açması mümkün olmalıdır^[227]. Bununla birlikte, kişinin bu klinik araştırma sonucunda elde edilen genetik bilgilerinin bir dergide yayınlanacağı açıklanmışsa da kişi önleme davası açabilir^[228]. Dava sonucunda kişilik hakkı ihlâlüne meydan vermemek için hâkim, davalıyı dava konusu davranıştan kaçınmaya mahkûm etmelidir^[229].

bb. Durdurma Davası

Saldırının durdurulması davasının (saldırıya son verilmesi davası) açılabilmesi için en önemli şart saldırının haksız olmasıdır. Başka bir deyişle, ihlâl hukuka aykırı olmalıdır^[230]. Saldırıda bulunanın kusurlu olması veya saldırıya uğrayanın bir zararının doğmuş olması gerekli değildir^[231]. Bununla birlikte, başlamış bir saldırının varlığı ve dava tarihi itibarıyla saldırının devam ediyor olması da durdurma davasının ön şartlarından^[232]. Tekrarlanma ihtimali olan bir saldırı sona ermişse saldırının sona erdirilmesi davası değil, saldırının önlenmesi davasının açılması gündeme gelmelidir^[233].

Durdurma davasının açılması, hukuka aykırı bir deneyin devam ediyor olması halinde de söz konusu olabilir. Benzer şekilde, kişinin rızası alınmaksızın kendisinden örnek alınması ve bunlar üzerinde geleneksel ve tamamlayıcı

[226] DURAL/ÖĞÜZ, s. 154; YÜZER, s. 156.

[227] Benzer şekilde, bir kitabın basılmasını ve piyasaya sürülmesini engellemek amacıyla veya plajda gizlice çekilen resimlerin bir dergide yayımlanmaması amacıyla önleme davası açılabilir^[228] bkz. DURAL/ÖĞÜZ, s. 153; ARPACI, s. 152.

[228] YÜZER, s. 156.

[229] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 243.

[230] DURAL/ÖĞÜZ, s. 153.

[231] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 240; DURAL/ÖĞÜZ, s. 153; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 152-153; TÜFEK, s. 139.

[232] DURAL/ÖĞÜZ, s. 153; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 395; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 240 vd; HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 156.

[233] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 241.

tıp uygulamalarının klinik araştırmalarının yapıldığıının anlaşılması hâlinde de kişinin bu araştırmaların durdurulması için dava açması mümkündür^[234].

cc. Tespit Davası

Tespit davasının hangi durumlarda açılabileceği öğretilerde uzun zamandır tartışılmaktadır. Saldırının devam ediyor olması şartını tespit davasının açılabilmesi için gerekli gören görüş, saldırı tamamlanıp sona erdiğinde tespit davasının konusuz kaldığını kabul etmektedir^[235]. Bunun yanında, aradan uzun bir zaman geçmediği için kişilik hakkı ihlâlinin etkileri devam ediyor ancak saldırı sona ermişse de tespit davasının açılabilmesi kabul edilmektedir^[236]. Diğer taraftan, başka bir görüşe göre ise, sona eren saldırı sonucunda da etkisi devam etmiyor olsa dahi tespit davası açılabilir^[237]. Bununla birlikte, bazı yazarlar saldırının üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesinin kişinin şeref ve haysiyetine zarar verebileceğinden bahisle saldırının etkilerinin devam ettiği sonucuna ulaşmaktadırlar^[238]. Tespit davasının ancak önleme ve durdurma davalarının açılmadığı hallerde gündeme gelmesi gerektiği, nitekim bu davalarda saldırının hukuka aykırılığının hâkim tarafından öncelikle tespit edildiği kabul edilmektedir^[239]. Bunlarla birlikte, failin kusurlu olması veya bir zararın ortaya çıkması da tespit davalarında aranan koşullardan değildir^[240]. Kanımızca, Türk Medeni Kanunu'nun 25. maddesi doğrultusunda insan üzerinde yapılan deneyler bakımından da, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmaları yapılmış, sona ermiş ancak etkileri devam ediyorsa tespit davası açılabilir. Müdahale teşkil eden olgu, failin iktidarında bulunduğu sürece durdurma talep edilebilir ancak, failin iktidarından çıktığı anda, sadece etkisi devam

[234] BOZAT, Gen Analizleri, s. 175.

[235] AYAN/AYAN, s. 112; ZEVKLİLER, s. 353-354.

[236] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 244.

[237] TEKİNAY, s. 268.

[238] HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 158.

[239] AKİPEK/AKINTÜRK, s. 399; ÖZTAN, Medenî Hukuk, s. 288.

[240] YÜKSEL, s. 95.

ediyorsa hukuka ayırlılığın tespiti amacıyla tespit davası açmakta hukuki yarar bulunmaktadır^[241].

Bunların dışında, hâkimin öncelikle yapması gereken, maddî ve manevî tazminat taleplerinde de saldırının hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmektir^[242]. Ancak bu yöndeki tespitten sonra hâkim, diğer gereken tüm şartların da varlığı hâlinde maddî veya manevî zararın karşılanmasına karar verebilir^[243].

Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin 2. fıkrası gereğince, düzeltme veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması da davacı tarafından, önleme, durdurma veya tespit davalarıyla birlikte istenebilir.

c. Kişilik Hakkı İhlâli Sonucu Açılabilen Davalar

aa. Maddî Tazminat Davası

Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrasında yer alan, “*Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.*” hükmü ile kişilik hakkı ihlâl edilen kişiye maddî tazminat davası açma hakkı tanınmıştır.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin, mal varlığında bir azalma meydana gelmesi halinde maddî tazminat davası açabileceği kabul edilmektedir^[244]. Malvarlığının haksız fiilden önceki duruma gelmesini temin etmek, malvarlığı zararlarında tazminatın amacını oluşturmaktadır^[245]. Tazminata ilişkin verilen kararlarda bir tarafı cezalandırmak veya diğer tarafı

[241] Tespit davasının diğer davaların açılmasına artık imkân kalmadığı hallerde açılabilmesine dair bkz. AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 399; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 244. Aksi yönde henüz sona ermemiş bulunan ya da önleme davasına temel olmak üzere, çok yakın ve olası bir saldırının tespitinin de istenebileceğine dair bkz. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 475.

[242] BOZAT, Gen Analizleri, s. 176.

[243] OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 244 vd.

[244] HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 159; TÜFEK, s. 142; YÜZER, s. 159; ÖZAY, s. 130.

[245] EREN, Borçlar, s. 762.

zenginleştirmek amaçlanmamalıdır. Bu doğrultuda, ancak ispat olunan maddî zarar miktarında tazminata hükmedilebilir^[246].

Bu davanın açılabilmesi, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı şartlarının varlığına bağlıdır. Maddî tazminat davası, durdurma, tespit, manevî tazminat davalarıyla birlikte açılabilir. Maddî tazminat davası, deney yapan sorumlu araştırmacı hekimin, gönüllünün kişilik hakkını ihlâli neticesinde malvarlığında bir azalma meydana geldiği takdirde açılabilir.

Gönüllü maddî tazminat davasında, uygulanan klinik araştırma sebebiyle uğradığı fiilî zararlarını ve yoksun kaldığı kârını talep edebilir. Üzerinde geleneksel ve tamamlayıcı bir klinik araştırma denenen sinema oyuncusu, klinik araştırma sonucunda ayrıca estetik ameliyat için yüksek bir ücret ödemek zorunda kaldığını, tedaviye yardımcı olması için birçok ilaç satın aldığını ve defalarca taksi ile hastaneye gidip geldiğini ileri sürerek maddî zararını talep edebilir ve masraflarının faturalarını ibraz ederek maddî zararını ispat edebilir. Yoksun kalınan kâr kapsamında da sinema oyuncusu film çekimlerine katılmadığı için ücret alamadığını ya da cazip bir film teklifini reddetmek zorunda kaldığını ileri sürerek maddî zararını talep edebilir. Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 22. maddesinin 3. fıkrası gereğince, “araştırmaya iştirak eden gönüllüden bilgilendirilmiş gönüllü olur formunun alınmış olması, gönüllünün araştırmadan dolayı uğradığı zararların tazminine ilişkin hakkını ortadan kaldırmaz.”

Gönüllünün maddî tazminat talebi, Türk Borçlar Kanunu’nun 53. ve 54. maddelerindeki hükümlere dayanabilir. Türk Borçlar Kanunu’nun 54. maddesi gereğince, vücut bütünlüğü zarar gören kimse, tedavi giderlerini^[247],

[246] TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 583; EREN, Borçlar, s. 724.

[247] Kişinin sağlık durumunun düzeltilmesi amacıyla yapılmış olan tahlil, teşhis ve tedaviye ilişkin her türlü masraf, tedavi giderlerinin kapsamına dâhildir (BOZAT, Gen Analizleri, s. 178). Bunların yanında talep edilebilme imkânı olan sağlık kurumuna gidip gelirken ödenen ulaşım giderleri, sağlık kurumuna yapılan ödemeler, ilaç giderleri, sakat kalan kişinin protez, yürüme araçları giderleri, bakıcı ve evde bakım giderleri gibi zarar görenin sağlığına kavuşmak için yaptığı tüm giderler de bu kapsamdadır. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 93; EREN, Borçlar, s. 745-746). Otomobil ve evin engelli kişiye uygun hale getirilmesi için yapılacak masrafların da talep

kazanç kaybını^[248], çalışma gücünün^[249] azalmasından veya yitirilmesinden^[250]

edilebilmesinin mümkün olduğuna dair bkz. PETEK, İlaç Üreticisi, s. 242-247. Sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanan tedavi giderlerinde, kurum, mağdurun bedensel bütünlüğünü ihlâl edene karşı rücu hakkını kullanabilir (KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 552-553).

[248] Bedensel bütünlüğün ihlâli sebebiyle tamamen veya kısmen çalışmama durumuna düşülmesi sonucu dava tarihine kadar ortaya çıkan zarar, başka bir deyişle, maaş eksikliği, bakım için tutulan görevliye ödenen ücret gibi masraflar kazanç kaybı kapsamında yer almaktadır (OĞUZMAN/ÖZ, s. 94; ANTALYA, s. 469). Hatalı tıbbî müdahale olmasaydı, kişinin işyerinden veya çalışarak elde etmesi muhtemel kazançlar artık kişinin bir kaybıdır. “Kazanç kaybı” ve tedavi giderlerinin geçici iş görmezlik halinde istenebileceği; “güç kaybı tazminatı” ve tedavi giderlerinin ise sürekli (kalıcı) iş görmezlikte, kazançlarda azalma olmasa dahi istenebileceğine dair bkz. EREN, Borçlar, s. 747.

[249] Bir kişinin bedenî, ruhî veya zihnî kabiliyetleriyle paralel olarak ortaya çıkan ekonomik verimliliğe karşılık gelen terim, çalışma gücüdür (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 604).

[250] Çalışma gücünün kısmen veya tamamen yitirilmesinin gelecekte yol açacağı kazanç yoksunluğu; çalışma gücünün yitirilmesinden doğan zarar kalemini ifade etmektedir (OĞUZMAN/ÖZ, s. 95; ANTALYA, s. 470). Belirtilen zararların fonksiyon kaybı ya da iş gücü kaybı olarak da adlandırıldığı görülmektedir: 10.D., 16.1.1985, 1982/2908, 1985/26: “Devlet hastanesinde, tedbirsizlik ve meslekte acemilik sebebiyle hatalı enjeksiyon yapılarak davacının kolunun kangren olmasına ve kesilmesine yol açılması karşısında,....bilirkişi raporunda, dava konusu olay dolayısıyla % 56 fonksiyon kaybı olan davacının maddî zararı 477.230.74 lira olarak saptanmıştır....istem doğrultusunda 250.000 lira maddî tazminatın davalı idareden tahsili gerekmektedir.” (SAVAŞ, Halide; Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdahale Hataları Tıbbî Malpraktis- Tıbbî Davaların Seyri ve Sonuçları, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 284-285). 10.D., 8.12.1997, 1996/2121, 1997/5476: “yanlış ilaç enjektörde edilerek ilgilinin parmağının kangren olması sonucu kesilmesine sebep olan idarenin ...davacı çocuğun belirlenen % 3 iş gücü kaybı sebebiyle 79.458.126 lira zararının olduğu...” (KHYK-J). 11. HD, 26.09.2006, 4787/7723: “Davacının, yaşadığı sürece maluliyeti sebebiyle daha fazla güç sarf edeceği açıktır. Bu nedenle yaşı ve yaşam tarzı itibarıyla ne miktar gelir elde edebileceği belirlenmeli, buna göre çalışma gücü kaybından doğan zarar hesaplanmalıdır” (ÇELİK, Ahmet Çelik; “Bedensel Zararlar Sebebiyle Tazminat”, s. 5) (<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-sebebiyle-tazminat.htm>) (Erişim Tarihi: 25.08.2019). 11. HD., 19.02.2001, 2000/10331, 2001/1305: “Davacının beden gücü kaybı sebebiyle tazminatı hesaplanırken emeklilik (pasif) dönem zararı üzerinde de durulmak gerekir” (ÇELİK, s. 7).

ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlarını^[251] isteyebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine gereğince de, geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmaları kişinin ölümüyle sonuçlanırsa, zarar, cenaze giderlerini^[252], ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderlerini ve çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan zararları^[253] ve ölüm sebebiyle, ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kimselerin^[254] zararını içerir.

[251] Çalışma gücünde bir azalma olmadığı hâlde, ileride kazanç elde edilmesinin çok zor veya imkânsız olması sebebiyle ortaya çıkan zararlar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplara karşılık gelmektedir (ANTALYA, s. 472). Geçimini resim yaparak sağlayan bir kişinin hatalı tıbbî müdahale neticesinde parmaklarını kaybetmesi hâlinde, çalışma gücünü tamamen yitirmemiş olsa da, ekonomik geleceği sarsılmış olacağına dair bkz. KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 538.

[252] Cenaze masraflarının her hâlukârda, ölen kişinin terekesinden ya da mirasçılarının malvarlığından karşılandığı göz önüne alınır; bu giderlerin zarar olarak kabul edilerek sorumlu kişiye ödettirilmesi hâlinde, ölenin ya da mirasçılarının haksız zenginleşmesinin söz konusu olacağına ve bu durumun tazminatın zarar miktarını aşamayacağı ilkesine de aykırılık teşkil edeceğine dair görüş için bkz. PETEK, İlaç Üreticisi, s. 250). Failin mağdurun erken ölümüne sebebiyet vermesi sebebiyle, bu zararlardan sorumlu tutulması gerektiğinin genellikle kabul edildiğine, kişinin yakın bir tarihte kendi eceliyle öleceğinin kanıtlanması hâlinde de TBK. m. 52 gereğince cenaze giderlerinin tazmininde indirim yoluna gidilebileceğine dair görüş için bkz. KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 540-541.

[253] Ölenin, kendi şahsında doğrudan doğruya doğan ve bunların tazmini isteminin ölenin mirasçılarına intikal ettiği zararlardır (KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 540).

[254] Destekten yoksun kalma tazminatı, mirasçılık sıfatıyla ilgili olmayan, destekten yoksun kalanların şahsında doğan kendilerine ait bir hak olduğu hakkında bkz. (KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 541). Destekten yoksun kalanların genellikle ölenin eşi, anne, babası, çocukları ve nişanlısı olabileceği; desteğin her zaman parasal olmayabileceği, sürekli ve düzenli olarak birbirlerine yardım ve hizmet ederek destek olduklarını ispatlayan aile bireylerinin, ölüm meydana gelmeseydi yardımın devam edecek olduğunu da kanıtladıkları takdirde, destek tazminatı isteyebilecekleri belirtilmektedir. Buna paralel olarak ev hanımının ölümü hâlinde de yakınlarının tazminat isteyebilecekleri; hatta sadece fiilen yardımda bulunanların (fiili destek) değil, ileride yardımda bulunması kuvvetle muhtemel kişilerin (farazi destek) ölümü hâlinde de, destekten yoksun kalma tazminatı istenmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 620 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s. 101 vd.; EREN, Borçlar, s. 755 vd.; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 541-542; GÖKYAYLA, K. Emre; Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004, s. 98 vd.; PETEK, Hasan; Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını No:2859, Eskişehir, 2013 s. 165). Destekten yoksun

Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesi gereğince, “bedensel zararın kapsamı, karar verilmesi sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.” Bunun yanında, Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 1. fıkrası gereğince, “zarar gören zararı doğuran fiile razı olmuş, zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmışsa hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinin 2. fıkrası gereğince de, “tazminat yükümlüsü zarara hafif kusuruyla sebep olmuşsa, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecekse ve hakkaniyet de gerektiriyorsa hâkim, tazminatı indirebilir.” İnsan üzerinde yapılan deneylerde gönüllü, paraya ihtiyacı olması gibi zorunlu sebeplerle deneye razı olmuş olabilir. Kanımızca bu durumda, somut olayın özelliklerine göre hâkimin, hakkaniyet gereği tazminatın kaldırılmasına hükmetmesi etik olmayabilir.

bb. Manevî Tazminat Davası

Manevî tazminat istenebilmesi için kişisel değerlere yönelik hukuka aykırı bir saldırı olmalı, kusur veya kusursuz sorumluluk hallerinden biri sonucunda manevî zarar oluşmalı ve illiyet bağı bulunmalıdır^[255]. Kişilik hakkının teminatı sayılan manevî tazminat talebinin Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrası hükmüne dayandırılması mümkündür^[256]. Bununla birlikte, kişilik haklarına saldırı hâlinde manevî tazminat istemini ele alan asıl

kalma tazminatının hesabında, ölenin yaşının, ölmeseydi muhtemel yaşama süresinin, muhtemel çalışma ve destek olma süresi ile destekten yoksun kalanların muhtemel yaşama süresinin, destek alabilme süreleri, gelir durumları, destek görenin ölenle arasındaki yakınlık derecesi, hayatta kalan eşin evlenme şansı ve ölüm olayında ortak kusurun bulunup bulunmadığının dikkate alınacağına dair bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 629 vd.; EREN, Borçlar, s. 759 vd.; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 543; GÖKYAYLA, s. 139; PETEK, Sağlık, s. 166.

[255] HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 161; ÖZTAN, Şahsın Hukuku, s. 160; ANTALYA, s. 497.

[256] EREN, Borçlar, s. 781; AYAN, s. 123; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 147; PETEK, Hasan; “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, DEÜHFD, C.8, S.1, 2006, s. 232; Aynı yönde 4.HD., 16.10.1979, 6924/11432: “MK.’nun 24. maddesinde düzenlenen (TMK. m. 25) ve BK. 49. maddesi (TBK.m.58) ile de teyit edilen esas kural uyarınca manevî tazminat istenebilmesi, kişisel hak ve yararların halele uğraması hallerinde mümkündür” (KHYYK-J).

hükümler, Türk Borçlar Kanunu'nun 56 ve 58. maddeleridir. Bu hükümler gereğince, "kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevî zarara karşılık manevî tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir." Türk Borçlar kanunu'nun 58. maddesinin 2. fıkrası gereğince hâkim, "bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir." Dolayısıyla kanun koyucu, manevî zararın, para dışında başka yollarla tazminine de imkân vermektedir. Diğer taraftan, Medenî Kanun açısından bu duruma imkân verilirken, Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin 3. fıkrasından açık şekilde anlaşılammamaktadır. Manevî tazminat davasındaki zarar, kişinin olay sonrası yaşadığı acı, üzüntü, ızdıraptır. Türk Medenî Kanunu'nun 25. maddesinin 4. fıkrasında da manevî tazminat açısından özel bir durum hüküm altına alınmıştır. Hükme göre, "manevî tazminat istemi karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez ve mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçemez."

Kişinin fiziksel bütünlüğünün yanı sıra ruhsal sağlığının bozulması da bedensel bütünlüğünün ihlâli niteliği taşır^[257]. Ruhsal bütünlüğün ihlâl edildiği hallerde kişinin irade, zekâ, duygu ve karar alma gibi yeteneklerinde değişiklikler olabileceği kabul edilmektedir^[258]. Sorumlu araştırmacı hekimin denediği geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamasının klinik araştırması sonucu gönüllünün bedensel bütünlüğü bir zarara uğramışsa, gönüllünün acı ve ıstırap duyması, yaşama sevincinin yok olması^[259] ya da azalması manevî tazminata konu zarar olarak açıklanabilir^[260]. Manevî tazminat davasıyla, manevî acıların dindirilmesi veya yatıştırılması amaçlanır^[261].

[257] ERLÜLE, Fulya; Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevî Tazminat, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 126.

[258] ERLÜLE, s. 131.

[259] YAVUZ İPEKYÜZ, s. 146

[260] DEMİR, Mehmet; "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, s. 250.

[261] 13.HD., 17.06.1996, 3880/6163: "Manevî tazminat zarara uğrayana bir huzur duygusu vermeli, ruhî ızdırabın dindirilmesini amaç edinmelidir. Esasen manevî tazminatın fonksiyonu bu noktada toplanmaktadır. O nedenle tazminatın miktarı tayin edilirken, bu amaç ve fonksiyonun göz ardı edilmemesi kaçınılmazdır" (ÖZKAN Hasan/AKYILDIZ, Sunay; Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Seçkin Yayınevi, 2.

Manevî tazminat miktarı bir taraf için ceza, diğer taraf için zenginleşme aracı olmamalıdır. Bir sinema oyuncusu klinik araştırma sebebiyle, aylarca mesleğini yapamadığını, evden dışarı çıkamadığını, insanların yüzüne dahi bakamadığını, kişilik haklarının ihlâl edildiğini ileri sürerek manevî zararını talep edebilir. Bu durum sebebiyle acı ve üzüntü çektiğini, manevî yönden yıprandığını, psikolojisinin bozulduğunu tanık beyanı gibi her türlü delille ispatlayabilir. Kişinin yaralanması hâlinde bedensel bütünlüğünün zedelenmesi veya ölümü hâlinde maddî kişisel varlıklara bir saldırı olduğundan Türk Borçlar Kanunu 56. madde hükmü kapsamında manevî zarar talep edilmesi gerekir^[262]. Hâkim, kişinin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin 1. fıkrası gereğince, “olayın özellikleri doğrultusunda zarar gören lehine uygun bir miktar manevî tazminat ödenmesine hükmedebilir.” Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin 2. fıkrası gereğince de, “ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, hâkim, zarar görenin ya da ölenin yakınlarına da uygun bir miktar manevî tazminat ödenmesine karar verebilir^[263].” Ancak maddî olmayan, şeref, haysiyet, isim, resim, ses, özgürlük ve özel hayat gibi kişisel varlıklara saldırı hâlinde

Baskı, Ankara, 2012, s. 362-363). 4.HD., 15.06.2015, 2014/11144, 2015/7921: “... yasanın takdir hakkı verdiği durumlarda yargıcın, hukuk ve adalete uygun (hak ve nasfete) karar vereceği Medenî Yasa'nın 4. maddesinde belirtilmiştir. Takdir edilecek bu para, zarara uğrayanda manevî huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir işlevi (fonksiyonu) olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O hâlde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek tutar, var olan durumda elde edilmek istenilen doyum (tatmin) duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır” (Karartek İçtihat Programı).

[262] EREN, Borçlar, s. 781; KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 565.

[263] 4.HD., 30.09.2013, 2012/17125, 2013/15175: “Dosya içeriğinden, davacılarından ...'da, kazaya bağlı kemik kırıkları meydana geldiği, bu kemik kırıklarının hayat fonksiyonlarına etkisinin 6. (ağır) derecede olduğu, iyileşme süresinin 9 aya kadar uzadığı anlaşılmaktadır. Yaralanmanın belirlenen niteliği ve buna bağlı sonuçları ile aile ilişkisi göz önünde tutulduğunda, adı geçenin eşi olan diğer davacı ...'ın da, olay sebebiyle kişilik değerlerinde eksilme duygusu yaşadığı tecrübe kuralları ile sabit olup; bu bakımdan ayrıca bir kanıtlama yükümlülüğü altında bulunmadığı benimsenmelidir. Yerel mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, davacı eş ... yararına da uygun tutarda manevî tazminat takdir edilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle adı geçen davacının manevî tazminat isteminin tümünden reddedilmesi doğru değildir. Kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir” (Karartek İçtihat Programı).

ortaya çıkan manevî tazminat isteminin dayanağı Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi olmalıdır^[264]. Öğretide, Türk Borçlar Kanunu'nun 56. ve 58. maddelerinde düzenlenen manevî tazminat isteminin konusunun, maddî kişisel varlıklara ve maddî olmayan kişisel varlıklara saldırı hâlinde ortaya çıkan manevî zarar olarak ayrı ayrı incelenmesi gerektiği ifade edilmekte ve 56. maddenin kenar başlığının “bedensel bütünlüğün ihlâli halinde manevî tazminat”; 58. maddenin kenar başlığının ise “diğer kişisel varlıkların ihlâli halinde manevî tazminat” olarak düzenlenmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir^[265].

cc. Vekâletsiz İş Görmeden Kaynaklanan Dava

Vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan dava veya başka bir deyişle kazancın iadesi davası, failin bu saldırı sebebiyle elde ettiği kazanç ve çıkarları mağdura ödemesini sağlayan bir davadır^[266]. Kişisel değerlere hukuka aykırı bir saldırının varlığı, failin bu saldırıdan haksız bir kazanç elde etmesi ve saldırı ile bu kazanç arasında illiyet bağının bulunması bu davanın koşullarını oluşturur^[267]. Bu davada kusur şartının aranmaması, davayı maddî ve manevî tazminat davalarından ayırmaktadır^[268].

[264] 4.HD., 04.05.2015, 2014/9719, 2015/5460: “... kişisel hakları zarara uğrayanların da tazminat talep hakları vardır. (6098 s. TBK m. 58). Burada da kural olarak doğrudan doğruya zarar görme koşulu söz konusudur. Ancak, kişilik değerlerinin kapsam ve çerçevesi hayatın olağan akışına, yerleşik değer yargılarına ve yaşam deneyi kurallarına dayalı olarak belirlenmelidir. Bir kimsenin beden ve ruh tamlığının ihlâli sonucunda, onun yakınlarının da korunan varlıkları doğrudan zarara uğramış olabilir. 6098 s. TBK m. 58 hükmü genel bir düzenleme olup, öngördüğü koşullar gerçekleştiğinde ruhsal uyum ve dengesi sarsılanın, kişilik değerlerine saldırı sebebiyle manevî tazminat isteyebilmesi olanağı vardır. Ailenin, kişisel değerler arasında önemli ve üstün bir yeri vardır ve kişilik hakkı aile ilişkilerini de kapsar” (Karartek İçtihat Programı). Ayrıca bkz. 4. HD., 14.01.2013, 2012/1528, 2013/176.

[265] KILIÇOĞLU, Borçlar, s. 565.

[266] HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 163; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 255.

[267] HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 163.

[268] HELVACI, Gerçek Kişiler, s. 164; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY, s. 255.

Vekâletsiz iş görme, gerçek (caiz olan) vekâletsiz iş görme ve gerçek olmayan (caiz olmayan) vekâletsiz iş görme olarak ikiye ayrılmaktadır^[269]. Gerçek vekâletsiz iş görme^[270] için, trafik kazası geçiren bir yolcuya ilk müdâhalede bulunan hekimin davranışı veya bilinci kapalı olarak hastaneye getirilen kişinin ameliyata alınması örnek verilebilir^[271]. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme^[272] için ise, hastanın onay vermediğini bilmesine rağmen müdâhalede bulunan hekimin davranışı veya anne sağlığını tehdit etmemesine ve hamileliğin sona erdirilmesi yönünde bir talep olmamasına rağmen hekimin hamileliği sona erdirmesi örnek olarak verilebilir^[273].

İnsan üzerinde yapılan klinik araştırmalarda, vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanması çoğunlukla görülmez. Zira klinik araştırmanın, gönüllü aydınlatıldıktan ve rızası alındıktan sonra yapılması hayatî önem taşımaktadır^[274]. Burada, tıbbî müdâhalelerde olduğu gibi gönüllünün narkoz almış olması sebebiyle muvafakatine başvurulamaması durumuna pek sık rastlanmaz^[275]. Bilimsel amaçlı klinik araştırmalarda, hasta veya sağlıklı gönüllünün menfaati amaçlanmamaktadır^[276]. Bu sebeple, örneğin gönüllünün rızasının hiçbir şekilde alınmadığı ve denek olmasının ciddi şekilde gelir getirdiği bir klinik araştırmada, klinik araştırmaya tâbi tutulan gönüllü vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurabilir. Bu durum, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye örnek teşkil eder. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme neticesinde, özellikle haksız kazanç elde edildiği takdirde hukukî sorumluluk doğabilir. Bu durum vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan davaya konu edilebilir.

[269] ÖZDEMİR, H. Gökçe; Roma ve Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görme, Ankara, 2001, s. 93; ÖZAY, s. 104.

[270] İş sahibinin çıkarına uygun olarak girişilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan vekâletsiz iş görme olduğuna dair bkz. ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2020, s. 678.

[271] BOZAT, Gen Analizleri, s. 157.

[272] İş sahibi tarafından yetkili kılınmamış bir kişinin kendisine verdiği vekâlete dayanarak iş sahibinin bir işini görmesi durumunda söz konusu olduğuna dair bkz. ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 678.

[273] AYDIN, Öztürk; Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukukî Sorumluluk, İstanbul, 2014, s. 133.

[274] YÜKSEL, s. 83.

[275] ÖZGÜL, Yeni Tıbbî Yöntemler, s. 92, KARA KILIÇARSLAN, s. 292.

[276] ŞENOCAK, Hekim, s. 102- 103; ÖZGÜL, Yeni Tıbbî Yöntemler, s. 91.

Diğer taraftan, sadece hastanın tedavisinin amaçlandığı tedavi amaçlı klinik araştırmalarla ise, sınırlı olarak vekâletsiz iş görme hükümlerinin gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Zira, bilinci kapalı olan bir hastanın, başka hiçbir yolla tedavi edilemeyeceği kanaatine varıldığı takdirde hekimlerin, kimseye haber vermeksizin “tedavi amaçlı denemede” bulunmalarının zaman zaman rastlanılan bir durum olduğu bilinmektedir^[277].

SONUÇ

İnsanlar üzerinde yapılmak istenen geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmaları, ancak sorumlu araştırmacı uzman hekim tarafından, kapsamlı ve ayrıntılı aydınlatılmış rıza ile, fayda-risk değerlendirilmesi yapılarak, etik kurul onayından geçerek denemelidir. Denek olma, tamamen rızaya bağlıdır. Zira Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinin m bendi gereğince, sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanmasına yönelik olarak gönüllü veya yasal temsilcisi için herhangi bir ikna edici teşvikte veya malî teklifte bulunulamaz. Bununla birlikte, Yönetmeliğe aykırı deneme yapılması yasaktır ve bu hâlde deneme durdurulabilir veya sonlandırılabilir^[278]. Kişilik hakkının ihlâl edilmesi, bazen kişinin rızası alınmadan teste tâbi tutulması hâlinde söz konusu olabileceği gibi bazen de rızaya bağlı olarak yapılan testler ile de mümkün olabilir^[279]. Hasta veya sağlıklı gönüllü, kişilik haklarının ihlâl edilmesinden dolayı, Türk Medenî Kanunumuzda yer verilen saldırının önlenmesi, tespiti veya durdurulması davalarıyla birlikte maddî ve manevî tazminat davası veya vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan dava (kazancın iadesi davası) açma hakkına sahiptir. Ülkemiz koşullarında, henüz resmen kayıt altına alınmış geniş bir uygulama alanı bulunmayan, yeterince tanınmayan geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmalarında oldukça dikkatli davranılmalı, klasik tıp uygulamalarının klinik araştırmalarına kıyasen aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişletilmeli, azamî dikkat ve özen gösterilmelidir. Aksi hâlde sorumlu araştırmacı hekimlerin veya destekleyici kuruluşların hukukî ve cezaî sorumluluklarının doğması kaçınılmaz olur. Geleneksel ve tamamlayıcı tıp uygulamalarının klinik araştırmalarına ilişkin

[277] YÜKSEL, s. 100.

[278] ÖZGÜL, İlaç Denemesi, s. 852.

[279] BOZAT, Gen Analizleri, s. 192.

hukukî düzenlemelerin en ideal konuma getirilmesi suretiyle araştırmaların hukuk ve tıp bilimi kuralları doğrultusunda çağın dinamizmine uygun olarak yapılması, gerek hastaların ve sağlıklı gönüllülerin haklarının korunması gerekse sorumlu araştırmacı hekimlerin ve destekleyicilerin sorumluluğunun kapsamının daralması ya da ortadan kalkması açısından büyük önem taşımaktadır. Değerli büyüğümüz, üstadımız Rona Serozan'ın da dediği gibi: “Unutulmasın ki, tarih boyunca ve günümüzde, kimlerin kişiliğinin kimlere karşı, hangi uğurda ve hangi biçimde korunduğu sorunsalı üzerine düşünmeyen hukukçunun gelecek kuşaklar önündeki sorumluluğu ağır olacaktır^[280].”

[280] SEROZAN, s. 112.

KISALTMALAR

AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	:	818 Sayılı Borçlar Kanunu
bkz	:	bakınız
C.	:	Cilt
D	:	Danıştay Dairesi
DEÜHFD	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:	dipnot
f.	:	fıkra
GETAMER	:	Geleneksel Tamamlayıcı Araştırmalar Merkezi
GTTUKAHY	:	Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarının Klinik Araştırmaları Yönetmeliği
HGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HD	:	Yargıtay Hukuk Dairesi
HHY	:	Hasta Hakları Yönetmeliği
HMEK	:	Hekimlik Meslek Etiği Kuralları
İBÜKAHY	:	İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik
İHBS	:	İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi
KHYK-J	:	Kazancı Hukuk Yargı Kararları- Jurisdictio Mevzuat Programı
m	:	madde
MK	:	743 Sayılı Medenî Kanun
RG	:	Resmî Gazete
s	:	Sayfa
S	:	Sayı
SHTK	:	Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu
TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	:	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu
TCK	:	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
vd.	:	ve devamı
Y	:	Yıl
YKD	:	Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA**

AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya; Türk Medenî Hukuku: Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku, C. 1, Yenilenmiş 13. Baskı, İstanbul, 2016.

AKPANCAR, Serkan/SOLMAZ, İlker/GÜL, Deniz/ÖRŞCELİK, Aydan/KARASİMAV, Özlem; Proloterapi ve Bilimsel Çalışmalar, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018.

ANTALYA, Gökhan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul, 2013.

ARDA, Berna/ŞAHİNOĞLU PELİN, Serap; “Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi Ve Başlıca Konuları”, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, C. 48, S. 3, 1995, s. 323-335.

ARDIÇ, Oğuzhan; Medenî Hukuk, 5. Baskı, Ankara, 2011.

ARPACI, Abdülkadir; Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, 2. Baskı, İstanbul, 2000.

ATTARAN, A.; How Do Patents and Economic Policies Affect Access To Essential Medicines In Developing Countries?, Health Affairs, 23, no. 3 (2004), s.155-166.

AVCI, Nilgün; Bebeğime Kavuşurken Destekçim Müzikterapi, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018.

AYAN, Mehmet; Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara, 1991.

AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen; Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Konya, 2014.

AYGÖRMEZ UĞURLUBAY, Gülsün Ayhan; “İnsan Üzerinde Deney Ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Özel Sayı, 2015, s. 165-205.

AYDIN, Öztürk; Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukukî Sorumluluk, İstanbul, 2014.

** Birden fazla yayınına atıf yapılan yazarların eserlerinde, ilk atıflar hariç olmak üzere yazarın soyadı ile birlikte parantez içindeki kısaltmalar kullanılmıştır.

AYİTER, Nurşin; “Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 25, S. 1, 1968, s. 137-144.

BARTON, John H.; TRIPS and The Global Pharmaceutical Market, Health Affairs, S. 3, 2004, s. 146-154.

BAYINDIR, Sinan; “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, Haziran 2018, s. 77-121.

BAYRAKTAR, Köksal; “Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi”, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu: Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 20-33.

BOZ, Ahmet; Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri, Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü Güvenlik Stratejileri ve Yönetimi A.B.D., Ankara 2014.

BOZAT, Ramazan; Gen Analizlerinde Kişilik Haklarının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2017 (Gen Analizleri).

BOZAT, Ramazan; “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Seçkin Yayınları, C. 2, S. 2, 2014, s. 91-108 (Aydınlatma).

ÇARKÇI, Nurten/KARPUZCU, Nuray; Fibromiyalji Tanılı Yetişkinlerde Islak Kupa Terapisi (Hacamat) Uygulamasının Ağrı Üzerindeki Etkisi, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018.

ÇELİK, Ahmet Çelik; “Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat”, s.1-28, (<http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/bedensel-zararlar-nedeniyle-tazminat.htm>) (E.T.: 25.08.2019).

ÇOBANOĞLU, Nesrin; “Tıbbi Araştırma ve Yayın Etiği”, ÜNAK 03 Bildiriler Bilgiye Erişimde Değişen Yollar ve II. Tıbbi Bilgi Yönetimi ve Teknolojileri Sempozyumu, Ankara, s. 163-175 (<https://docplayer.biz.tr/7127726-Tibbi-arastirma-ve-yayin-etigi-nesrin-cobanoglu-etiksiz-bilim-kordur-bilimsiz-etik-bostur.html>) (E.T.: 25.08.2019).

DELANDA, Bertha; “The Belmont Report: History, Principles and Application”, May 2009 http://web.stanford.edu/dept/DoR/compliance/hs/staff_member_edu/2009_05_Belmont.pdf (E.T.: 25.08.2019).

DEMİR, Mehmet; “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, 2008, s. 225-252 (Hekim).

DEMİR, Mehmet; “İlaç Zararlarından Üreticinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu”, II Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım, Ankara, s. 329-360 (İlaç).

DEUTSCH, Erwin; Das Recht der Klinischen Forshung am Menschen, Bern, 1979.

DOĞAN, Cahid; “Gen Analizleri ve Şahsiyet Haklarının Korunması”, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Dergisi, Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel Sayısı, C.2, S.4, Legal Yayınları, 2013, s.111-160 (Gen Analizleri).

DOĞAN, Cahid; İnsan Üzerinde Deney ve Tedavi (İyileştirme) Amaçlı Deneme Suçları, iç: İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbî Sorunlar Sempozyumu, İstanbul, 2008, s. 93–114 (Deney).

DOĞAN, Murat/ÜNAL, Akın; İnsanlar Üzerinde İlaç Deneyleri ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, Erciyes Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu: İlaç 112 Hukuku, 8-9 Mayıs 2009, Kayseri, s. 151-168.

DURAL, Mustafa/Öğüz, Tufan; Kişiler Hukuku, C. 2, 18. Baskı, İstanbul, 2017.

DURDU, Hüseyin; Sağlık Mesleğinde Hukukî Sorumluluk, İzmir, 1986.

EDİSAN, Zehra/AKSOY, Şahin; “Genetik Uygulamalar Özelinde Bilmeme Hakkı”, Türkiye Klinikleri, 15, 2007, s. 153-159.

EKİCİ ŞAHİN, Meral; Klinik Araştırmalardan Doğan Cezai Sorumluluk, iç: VIII. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 7-8 Ekim 2011, Ankara, 2012, s. 473 – 506.

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2017 (Borçlar).

ERLÜLE, Fulya; Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevî Tazminat, 2. Baskı, Ankara, 2015.

ERMAN, Barış; Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003.

EROL (SARIYEV), Ayşe; Alternatif Tıbbî Yöntemlerden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Ankara, 2015.

ERSOY, Süleyman/BENLİ, Ali Ramazan; Kupa Tedavisinin Ağır Metal Düzeylerine Etkisinin Araştırılması: Ön Sonuçlar, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018.

ERTİN, Hakan/TEMEL, M. Kemal; “İnsan Üzerindeki Deneyler ve İlgili Etik–Yasal Metinler” Anadolu Kliniği, C. 21, S. 3, 2016, s. 223-234.

GÖKCAN, Hasan Tahsin; Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 1. Baskı, İstanbul 2013.

GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; Türk Medenî Hukuku: Şahsın Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 1963.

GÖKYAYLA, K. Emre; Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004.

GÜLEL, İlhan; “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, TAAD, C. 1, S. 5, 2011, s. 585-644.

GÜNDÜZ O./DEMİRDAĞ H.; Üreter Taşı Operasyonunda Hipnoanestezi, Uluslararası Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Kongresi Bildiriler Kitabı, 19-22 Nisan, İstanbul, 2018.

HAKERİ, Hakan; İnsan Üzerinde Deney–Deneme ve Ceza Sorumluluğu, iç: II. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Kasım 2008, Ankara, 2009, s. 299 – 327 (İnsan Üzerinde Deney).

HAKERİ, Hakan; Tıp Hukuku, 21. Baskı, Ankara, 2020 (Tıp Hukuku).

HATIRNAZ EROL, Gültezer; Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, 2. Baskı, Ankara 2009.

HELVACI, Serap; Gerçek Kişiler, Legal Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2010 (Gerçek Kişiler).

HELVACI, Serap; Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001(Koruyucu Davalar).

ROSENAU, Henning; “Rıza Gösterme Ehliyetine Sahip Olmayanlarda Aydınlatma ve Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Türk-Alman Tıp Hukuku Sepozyumu, C.3, S. 2, 2006, s. 49-59.

İMRE, Zahit; Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, A. Recai Seçkin Armağanı, 1974.

İNCİ, Osman; “Bilimsel Yayın Etiği İlkeleri, Yanıltmalar Yanıltmaları Önlemeye Yönelik Öneriler”, Türk Tıp Dizini-Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık 7. Ulusal Sempozyum, 2009, s. 69-90.

KASAPÇOPUR, Özgür; “Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği”, Cerrahpaşa Tıp Dergisi, C. 38, S. 4, 2007, 161-165.

KARA KILIÇARSLAN, Seda; “Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 3, 2011, s. 285-310.

KARAYALÇIN, Yaşar; “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 1962, s. 251-275.

KAVAKLI, Kaan; “Klinik İlaç Araştırmalarında Araştırmacı ve Sorunları”, Klinik Araştırmalar Kitabı, Bilimsel Tıp Yayınevi, Ankara, 2006, s. 141-147.

KAYA, Mine; “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2010/4, Yıl:68, s. 279-334.

KAYIHAN, Şaban; Medeni Hukuk Bilgisi, Ankara, 2009.

KAYIHAN, Şaban/ÜNLÜTEPE, Mustafa; Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri, Ankara, 2019.

KAZANCI, Bedriye Eker; “Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasınının TCK. m. 134 Çerçevesinde Korunması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2007, s. 131-164.

KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2018 (Borçlar).

KILIÇOĞLU, Ahmet; Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, 3.Baskı, Ankara, 2008 (Haysiyet).

KILINÇ, Doğan; “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, AÜHFD, C.61, S.3, 2012, s. 1089-1169.

KIZILARSLAN, Hakan; Ceza Muhakemesi Adli Tıp ve Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara, 2007.

KOÇYİĞİT, Abdurrahim; “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları” üzerine”, Hayat Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, 2018, s. 62-69.

KORKMAZ, İbrahim; “Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, 2016, S.124, s. 81-152.

KÖPRÜLÜ, Bülent; Medenî Hukuk: Genel Prensipler Kişinin Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, 1984.

OĞUZ, Yasemin; “Etik Kurullar”, Etik Bunun Neresinde!, Ankara Tabip Odası Yayınları, Ankara 1997, s.169-174.

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami; Medeni Hukuk, 23. Baskı, İstanbul, 2017.

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe; Kişiler Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, 2016.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 10. Baskı, İstanbul, 2013.

OĞUZOĞLU, Hüseyin Cahit; Medeni Hukuk: Şahsın Hukuku, 4. Baskı, Ankara, 1958.

OKTAY, Gonca; Kişilik Haklarının Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2011.

ORENTLİCHER, Hall Bobinski; “Medical Liability and Treatment Relationships”, Austin, Boston, Chicago, New York, The Netherlands, 2008.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin; “Hasta ve Gönüllü Hakları Açısından İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk”, Ankara Barosu: II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 7-8 Kasım 2008, s. 379-386.

ÖRNEK BÜKEN, Nüket; “Klinik Araştırma Etik Kurulları”, Klinik Araştırma Etik Kurulları Üzerine Görüş ve Öneriler, Türkiye Biyoetik Derneği, 2007, s. 1-21.

ÖZAY, Merter; Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 1. Baskı, Ankara 2006, s. 59.

ÖZBAY, Latif/ÖZER ÜNAL, Durişehvar; “Klinik Araştırmalarda Etik: Biyoedeğerlik Çalışmaları Ve Etik Uygulamalar”, Türkiye Biyoetik Derneği VI. Tıp Etiği Kongresi “Biyoetikte Yeni Ufuklar” Bildiri Özetleri Kitabı, İstanbul, 2010, <https://docplayer.biz>.

tr/373050-Turk-ye-b-yoet-k-derne-vi-tip-et-kongres.html (E.T.: 26.08.2019).

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, 2015.

ÖZCAN BÜYÜKTANIR, Burcu G.; İlaç Patenti Sahibinin İlaç Kullanımına Bağlı Zararları Tazmin Yükümlülüğü, Ankara Barosu Dergisi, 2012/2, s.123-147.

ÖZDEMİR, H. Gökçe; Roma ve Türk Hukukunda Vekâletsiz İş Görme, Ankara, 2001.

ÖZEL, Çağlar; “Medeni Hukuk Açısından Ölüm Anının Belirlenmesi ve Ceset Üzerindeki Hakka İlişkin Bazı Düşünceler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 51, S. 1, 2002, s. 43-77.

ÖZGÜL, Mehmet Emin; “İnsan Üzerinde Ücret Karşılığı Bilimsel Amaçlı İlaç Denemesi Yapılmasının Hukuka Aykırılığı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 837-855 (İlaç Denemesi).

ÖZGÜL, Mehmet Emin; Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul, 2010 (Yeni Tıbbî Yöntemler).

ÖZGÜR, Çiçek; “İnsanlar Üzerinde İlaç Klinik Araştırmaları”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, S. 2, Yıl: 2, 2012, s. 181-202.

ÖZKAN, Hasan/AKYILDIZ, Sunay; Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, 2. Baskı, Ankara, 2012.

ÖZSUNAY, Ergun, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuk ve Cezai Sorumluluğu, MHAUM Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983 (Alman ve Türk Hukuku).

ÖZSUNAY, Ergun; Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 4. Baskı, İstanbul, 1979 (Gerçek Kişiler).

ÖZTAN, Bilge; Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, 25. Baskı, Ankara, 2007 (Medenî Hukuk).

ÖZTAN, Bilge; Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 9. Baskı, Ankara, 2000 (Şahsın Hukuku).

ÖZTÜRKLER, Cemal; Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, 2. Baskı, Ankara, 2006.

PENNİNG, Randolph; “Rechtsmedizin Systematisch”, Unimed Verlag, Bremen-London- Boston, 2006.

PETEK, Hasan; “Çocuklar Üzerinde İlaç Araştırmaları Yapılması”, Legal Hukuk Dergisi, C. 5, S. 49, 2007, s. 45-81 (İlaç Araştırmaları).

PETEK, Hasan; “Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1, 2006, s. 177-239 (Estetik Ameliyat).

PETEK, Hasan; İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2009 (İlaç Üreticisi).

PETEK, Hasan; Sağlık Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2859, Eskişehir, 2013 (Sağlık).

POLAND, Susan Cartier; Landmark Legal Cases in Bioethics, National Reference Center for Bioethics Literature, Kennedy Institute of Ethics Journal 7.2 (1997) 191-209.

SEROZAN, Rona; “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 14. Sayıdan Aynı Baskı, 1978, s. 93-112.

SİMONUS, A.; Sahsiyet Hakları, (Çev: Fikret Arık), Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 1955, s. 186-198.

SOMER, Pervin/VATANOĞLU, E. Elif; “Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik Çerçevesinde Etik Kurullar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Özel Sayısı, C. 19, S. 2, 2013, s. 381- 396.

ŞAHİN, Ayşenur; “Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, 2011, s. 123-165.

SAVAŞ, Halide; Yargıya Yansıyan Tıbbî Müdâhale Hataları Tıbbî Malpraktis- Tıbbî Davaların Seyri ve Sonuçları, 3.Baskı, Ankara, 2013.

ŞEKERCİ, Betül; “Aromaterapi ve Koku: Etki Farmakolojik mi Psikolojik mi?”, Hayat Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, 2018, s. 52-55.

ŞENOCAK, Zarife; Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 529, Ankara, 1998 (Hekim).

ŞENOCAK, Zarife; Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD, C. 50, S.4, 2001, s.65-80 (Rıza).

ŞİMŞEK, Oğuz; Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul, 2008.

TANDOĞAN, Haluk; “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 1-4, 1963, s.1-36 (Şahsiyet).

TAYLAN, Edibe; “Klinik İlaç Araştırmalarında Destekleyici ve Sorunları”, Klinik Araştırmalar Kitabı, Ed. Hamdi Akan, Ankara, Bilimsel Tıp Yayınevi, 2006, s. 155-166.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, 1993.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi; Medenî Hukuka Giriş Dersleri, 4. Baskı, İstanbul, 1984.

TÜFEK, Ömer Faruk; Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlâli ve Bu İhlâlâ Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, 2. Baskı, Ankara, 2007.

ULUOĞLU, Canan; “Araştırma Etiği”, Türk Tıp Dizini-Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık 7. Ulusal Sempozyum, 2009, s. 47-52 <https://docplayer.biz.tr/22242888-Arastirma-etigi-canan-uluoglu.html> (E.T.:26.08.2019).

ÜLMAN, Yeşim Işıl; “Yaşamın Başlangıcı ve Sonu ile İlgili Etik Sorunlar”, Tıp Tarihi ve Tıp Etiği Ders Kitabı, İstanbul Üniversitesi: 4711 Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Yayınları, No: 00249, İstanbul Üniversitesi Matbaası, 2007, s. 207-215.

VATANOĞLU, Elif; “Günümüzde Tıp Bilimindeki Etik İlkeler”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul, 2008, s.17-25.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; Türk Medenî Hukuku: Şahsın Hukuku, 6. Baskı, C. I, İstanbul, 1963.

YARIŞ, Ersin; “Molekülden İlaça Ama Bitkiden Nereye?” Karadeniz Teknik Üniversitesi Tıp Fakültesi Farmakoloji Ana Bilim Dalı, Tıbbın Alternatifi Olmaz Geleneksel, Alternatif ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamalarına Hekim Yaklaşımı, Türk Tabipleri Birliği Sempozyum Bildiri Kitabı, 28-29 Mayıs, İstanbul 2016.

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz; Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006.

YENERER ÇAKMUT, Özlem; Tıbbî Müdâhaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003.

YETKİN, Ömer Faruk; “Geleneksel ve Tamamlayıcı Tıp Uygulamaları Hakkında Genel Bir Değerlendirme” Hayat Sağlık ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 17, 2018, s. 26-31.

YILDIRIM, Gülay/KADIOĞLU, Selim; “Etik ve Tıp Etiği Temel Kavramları”, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, C. 29, S. 2, 2007, s. 75-84.

YÜKSEL, Hilal; Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015.

YÜZER, Dilara; 1982 Anayasası’nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Ankara, 2013.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Emre; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2020.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir /GÖKYAYLA, K. Emre; Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, 2000.

ZEVKLİLER, Aydın; Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler, Ankara, 1981.

Belediyelerin Bağış Kabul Etme Yetkisi

Zeynep MÜFTÜOĞLU*

Makalenin Geliş Tarihi: 19.04.2021 **Kabul Tarihi:** 09.11.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1041166](https://doi.org/10.30915/abd.1041166)

* Dr. Öğr. Üyesi / Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı.

<https://orcid.org/0000-0003-2569-5155>

BELEDİYELERİN BAĞIŞ KABUL ETME YETKİSİ

ÖZ

Mali yetkilerin nasıl paylaşılacağı, tarihin her döneminde gerek devletler arasında gerek devletlerin kendi kurumları arasında tartışma konusu olmuştur. Bu tartışmalar ve belirsizlikler günümüzde bazı alanlarda hala devam etmektedir. Çalışmada, mali yetkilerin bölüşümü bakımından tartışmalı konulardan biri olan belediyelerin bağış kabul etme yetkisi incelenmektedir. Çalışma ile belediyelerin bağış kabul etme yetkisinin analiz edilmesi, benzer uygulamalarla karşılaştırılarak yaşanan belirsizliklere çözüm üretilmesi amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda sırası ile Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, 1982 Anayasası'nın idari vesayet hükümleri ile 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu hükümleri incelenmektedir. Son olarak da 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu ele alınarak, belediyelerin bağış kabul etme yetkisi ile ilişkisine dair tartışmalara çözüm önerisi geliştirilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Belediye

Bağış

Yardım Toplama Kanunu

İdari Vesayet

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı

THE DONATION ACCEPTING POWER OF MUNICIPALITIES

ABSTRACT

In almost every phase of the history, the distribution of the fiscal powers has been controversial among countries and their institutions. Today, principles of distribution still cause disagreements in some particular areas. In the paper, the donation accepting power of municipalities, one of the debated topics of the fiscal powers, is being researched. Through this research, it is aimed to analyse the extent of such donation accepting power and compare it with similar practices in order to suggest a solution against present confusions. In this concept, the donation accepting power of municipalities is examined through European Charter of Local Self Government, administrative tutelage provisions the 1982 Constitution, the Municipality Law no. 5393 and the Metropolitan Municipalities Law no. 5216. Lastly, Aid Funding Law no. 2860 is being discussed in order to suggest solutions on the arguments about the relation between donation accepting power of municipalities and the Aid Funding Law provisions.

Keywords

Municipality

Donation

Aid Funding Law

Administrative Tutelage

European Charter of Local Self Government

GİRİŞ

Mali yetkilerin kullanım şekli, demokrasinin temel göstergelerinden biridir. Bu önemden de yola çıkarak mali yetkiler, birçok uluslararası sözleşmeye konu olmakta, ülke anayasalarında ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Bu uluslararası sözleşmelerden biri de Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı (Şart) olup söz konusu Şart, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi amacı ile idari ve mali özerkliklerini düzenlemektedir. Türkiye de birtakım çekinceler koymuş olmakla birlikte Şart'a taraf olduğundan, bu metnin gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. 1982 Anayasası da mahalli idarelerin kamu tüzelkişilikleri olduğunu, kuruluş, görev ve yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun şekilde kanun ile düzenleneceğini öngörmektedir. Bu esaslardan yola çıkarak belediyelere dair esaslar, 5393 sayılı Belediye Kanunu (5393 sayılı Kanun) ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu (5216 sayılı Kanun) olmak üzere ilgili kanunlarda düzenlemektedir. Belediyeler, Şart'ta, 1982 Anayasası'nda ve kanunlarda kapsamı çizilen mali özerklik yetkilerinden faydalanmaktadır. İdari vesayet kurulması, 1982 Anayasası'nda istisnai bir yöntem olarak gösterildiğinden, kanunla böyle bir vesayet kurulmadıkça belediyeler kendi gelir, gider ve bütçeleri konusunda yetkiler kullanmaktadırlar. Bu yetkilerden biri de bağış kabul etme yetkisi olup, söz konusu yetki 5393 sayılı Kanun ve 5216 sayılı Kanun'da açık şekilde tanınmaktadır. Bağış kabul etme yetkisinin kullanımı, zaman zaman 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu (2860 sayılı Kanun) hükümleri ile karışabilmekte, somut olayda hangi kanun hükümlerinin uygulanacağı konusunda belirsizlik yaşanabilmektedir. Mali yetkilerin paylaşımının demokrasi bakımından taşıdığı önemden yola çıkarak, bu alanda yaşanan belirsizliklerin ve çatışmaların giderilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Konu, mahalli idareler maliyesini de ilgilendirmekle birlikte, çalışmada hukuki boyutu ele alınmakta, belediyelerin bağış kabul etme yetkisi, uluslararası hukuk, anayasa hukuku, idare hukuku ve mali hukuk perspektiflerinden analiz edilmektedir.

I. AVRUPA YEREL YÖNETİMLER ÖZERKLİĞİ ŞARTI

Avrupa Konseyi öncülüğünde hazırlanmış, 1985 yılında imzaya açılmış olan Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı^[1]’nin önsözünde, yerel makamlar, demokrasinin temellerinden biri olarak gösterilmekte ve demokratik yönetimin sağlanmasının, yerel yönetimlerin sorumluluklarla donatılması, bu sorumlulukları yerine getirebilmek için yetki, araç ve kaynaklara sahip olmasından geçtiği vurgulanmaktadır^[2]. Tartışmaya açıldığında, taraf olacak devletlerin bazıları tarafından ‘tavsiye kararı’ bazıları tarafından ‘sözleşme’ niteliğinde olması tartışılan ve bağlayıcılığı bakımından uluslararası sözleşme niteliğinde olmasına karar verilen Şart’ta^[3], idari vesayet, özerklik ve yerel demokrasi arasında bir denge kurulması savunulmaktadır^[4].

A. ŞART’IN GENEL ESASLARI VE MALİ ÖZERKLİK

Demokrasinin, yerel yönetimlerin güçlendirilmesi ile pekişeceği anlayışından hareketle hazırlanan Şart’ta ‘özerk yerel yönetim’ kavramının çerçevesi çizilmektedir. Şart’ın 3. maddesinde, bu yönetimlerin özerkliğinin, yerel idarelerin, kendilerine kanunlarla çizilen sınırlar dahilinde kamu ihtiyaçlarını

-
- [1] Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın oluşturulmasına giden adımlar için bkz: European Charter of Self- Government and Explanatory Report, Council of Europe Publishing, Mart 2010, s. 25-27, https://www.ccre.org/img/uploads/piecesjointe/filename/charter_localselfgovernment_en.pdf (E.T. 04.05.2020); Enis Yeter, “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Karşısında Türkiye: Anayasa ve İlgili Yasalarda Durum”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 5, S. 1, Ocak 1996, s. 3; Mahir Muratoğlu, “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türk Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 737-740; Ruşen Keleş, “Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Karşısında Avrupa ve Türkiye”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi. C. 23, S. 6, 1995, s. 42-65.
- [2] European Charter of Local Self-Government, s. 1, https://www.ccre.org/img/uploads/piecesjointe/filename/charter_localselfgovernment_en.pdf (E.T. 04.05.2020).
- [3] Enis Yeter, s. 3; Zülfiye Yılmaz, Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı, Yerel Özerkliğe İlişkin Avrupa Şartı’nın Taraf Devletlerde Uygulanması ve Türkiye Karşılaştırması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 416.
- [4] Halil Ürün, “Özerk Belediyeler Hizmete Canlılık Getirecek”, Mahalli Bülten, S. 1, Ankara, 1991, s. 7. (Aktaran: Erkan Bulgan, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve 5393 Sayılı Belediye Kanunu, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Eskişehir, 2008, s. 68).

düzenleme ve idare etme yetkisi ve hakkı olduğu belirtilmektedir. Ardından, yerel yönetimlerin temel yetki ve sorumluluklarının anayasa veya kanun ile belirleneceği, bu yönetimlerin kendilerine çizilen sınırlara uygun şekilde yetki ve sorumluluk üstleneceği düzenlenmektedir. Yerel yönetimlerin kesin ve icrai karar alma yetkisi ve karar serbestisine sahip olmalarını getiren yerel idari özerklikten^[5] kaynaklanan yetkiler, kural olarak tam ve münhasır olup, Şart bu yetkilerin merkezi veya bölgesel makamlarca sınırlandırılmayacağını veya kullanımının zayıflatılmayacağını karara bağlamaktadır^[6].

Avrupa Yerel Yönetimler Özerlik Şartı'nda, yerel yönetimlerin özerkliği, idari ve mali özerkliği kapsamaktadır. Dolayısı ile Şart'ta sınırları çizilen özerkliğin anlam ifade edebilmesi, mali özerkliğin sağlanması ile mümkündür. Şart'ın, çalışmanın odak noktası olan 'belediyelerin bağış kabul etme yetkisi' ile doğrudan ilişkili olduğu düzenlemesi, 'Yerel Makamların Mali Kaynakları' başlıklı 9. maddesinde yer almaktadır.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerlik Şartı'nın 9. maddesine göre yerel makamlara kendi yetkileri dahilinde serbestçe kullanabilecekleri yeterli malî kaynaklar sağlanacak, bu kaynaklar, yerel makamlar hakkında anayasa ve kanunla belirlenen sorumluluklarla orantılı olacaktır. Bu kaynakların orantılılığı için öngörülen güvencelerden biri, yerel makamların malî kaynaklarının en azından bir bölümünü, oranlarını kendilerinin kanunun koyduğu sınırlar dahilinde belirleyebilecekleri yerel vergi ve harçlardan sağlanması oluşturmaktadır.

Aynı zamanda, sağlanan kaynakların, görevlerin yürütülmesi için gereken harcamalardaki gerçek artışların mümkün olduğunca izlenebilmesine olanak tanımaya yetecek ölçüde çeşitlilik arz etmesi ve esneklik taşıması öngörülmektedir. Şart'ın mali kaynaklar ile ilgili bu maddesi, malî bakımdan daha zayıf olan yerel makamların korunmasını gözetmekte, malî yükün eşitsiz dağılımının etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik malî eşitleme yöntemlerinin veya buna eş önlemlerin alınması gerekliliği getirmektedir. Bu eşitleme sürecinde yerel makamlara yapılacak olan tahsisinin yönteminin bu makamlara uygun şekilde danışılması gerekmektedir.

[5] Halil Kalabalık, Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 260.

[6] Ruşen Keleş, "Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Karşısında Avrupa ve Türkiye", Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi. C. 4, S. 6, 1995, s. 4.

Mali özerklik ile ilgili güvencelerden bir diğeri ise yerel makamlara yapılan hibelerin belli projelerin finansmanına tahsis edilme koşulunun önünün kapatılmasıdır. Başka bir deyişle hibe verilmesi, yerel makamların kendi yetki alanları içinde kendi politikalarına ilişkin olarak takdir hakkı kullanmadaki temel özgürlüklerine hanel getirmeyecektir. Yerel makamlar sermaye yatırımlarının finansmanı için kanunla belirlenen sınırlar içerisinde ulusal sermaye piyasasına girebileceklerdir.

B. ŞART'IN İÇ HUKUKUMUZDA KONUMU VE UYGULANABİLİRLİĞİ

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın belediyelerin bağış kabul etme yetkisi bakımından incelenebilmesi için Şart'ın iç hukukumuzdaki konumunun ve kendi kendine icra edilebilirlik hususlarının tartışılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

1. Şart'ın İç Hukukta Yeri

1982 Anayasası'nın 'Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma' başlıklı 90. maddesinin 5. fıkrasına göre "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.*" Yine aynı maddenin 1. fıkrasına göre ise "*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.*" Şart, Türkiye tarafından 1988 yılında imzalanmış, 1991 yılında TBMM tarafından uygun bulunarak 1992 yılında Bakanlar Kurulu'nca onaylanmıştır^[7]. Dolayısı ile Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, ülkemiz bakımından usulüne uygun şekilde yürürlüğe konmuş bir uluslararası andlaşmadır.

Anayasa, usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmalar arasında bir ayırım yapmakta, bunlardan temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas

[7] "Türkiye tarafından 21/11/1988 tarihinde Strasbourg'da imzalanan ve 8/5/1991 tarihli ve 3723 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan ekli "Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı"nın mezkur Kanununun 1 inci maddesi ile öngörüldüğü biçimde onaylanması; Dışişleri Bakanlığının 29/7/1992 tarihli ve AKGY/2238-4753 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3 üncü ve 5 inci maddelerine göre, Bakanlar Kurulu'nca 6/8/1992 tarihinde kararlaştırılmıştır." (R.G. 03.10.1992, S. 21364).

alınacağını düzenlemektedir. Doktrinde, 'milletlerarası andlaşma', 'uygulama andlaşması', 'andlaşma' gibi terimlerden ne anlaşılması gerektiği dahi net bir kesinlik taşımadığından ve -tespit edilebildiği kadarıyla- üst mahkemeler de bu kavramları (90. madde anlamında) tanımlamadığından^[8] hangi andlaşmaların 'temel hak ve özgürlüklere ilişkin' olduğunun da net bir çizginin çizilmesi mümkün olmamaktadır^[9].

Doktrinde, özerk yerel yönetim kavramının, insan haklarının ve demokrasi ilkelerinin 'ayrılmaz bir parçası' olduğu ve Şart'ın, "*demokrasinin gelişmesinde ve yönetimde etkinlik sağlanmasında temel bir konuma sahip olan yerel yönetimlerin haklarının korunabilmesi için bir güvence*" oluşturduğunu^[10], bu nedenle Şart'ın temel haklarına ilişkin bir uluslararası sözleşme hükmünde olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır^[11].

Şart'ın kurmayı hedeflediği sistemin demokrasi ile ilişkisi tartışmasız olsa da temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir andlaşma olduğunu söylemek çok

[8] İlke Göçmen, "1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Türk Hukukunda Etki Doğurur mu: Malların Serbest Dolaşımının Üç Alt Unsuru Özelinde Bir Değerlendirme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 149, s. 258, 259.

[9] Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri ve değerine ilişkin yaklaşımı için bkz: Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları ve İç Hukukumuz", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1989, C. 44, S. 3, s. 170-173, Ozan Ergül, "Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir", Yıldırım Uler'e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, s. 75-85. Danıştay'ın uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri ve değerine ilişkin yaklaşımı bkz: Nazile İrem Yeşilyurt, "Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri", İnsan Hakları Yıllığı, C. 32, 2014, ss. 1-29, Necmi Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 2, S. 1, 1994, s. 31 32, Yılmaz Aliefendioğlu, "Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu", Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, 11 Mayıs 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2008, s. 163. Mali özerkliğin unsurlarının Şart üzerinden ve Anayasa Mahkemesi kararları örnekleri ile tartışılması için bkz: Zülfiye Yılmaz, s. 529-545.

[10] Ruşen Keleş, s. 3, 4.

[11] Şart'ın temel haklarına ilişkin bir uluslararası sözleşme hükmünde olduğu görüşü için bkz: Ayşegül Mengi; Can Umut Çiner, "Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, Niteliği, Beklentiler ve Türkiye", Yerel Yönetim, Kent ve Ekoloji, Ed. Aykut Çoban, İmge Kitabevi, Ankara, 2015, s. 104. (Aktaran: Zülfiye Yılmaz, s. 429).

mümkün görünmemektedir. Sözleşmenin niteliğinin yerel yönetimlerin kendileri arasında ve merkezi idare ile ilişkilerini düzenler işlevde olduğunu söylemek daha uygun olacaktır^[12]. Böyle bir yaklaşım, temel hak ve özgürlüklere dair andlaşma kavramının amacı aşar şekilde genişletilmesine neden olabilecektir. Neredeyse her andlaşmanın temelini bir temel veya özgürlüğe dayandırılabilceği düşünüldüğünde Anayasa'nın bu tür andlaşmalar için kurmayı hedeflediği istisnanın genel kural haline gelmesine varabilecek bir yorum olacağını söylemek mümkündür. Bu nedenle Şart, hak ve özgürlüklerin 'çekirdek kısmını^[13]' oluşturmadığından Anayasa bakımından temel hak ve özgürlükler dışındaki konuları düzenleyen andlaşmalar statüsünde olduğunu söylemek daha isabetli olacaktır.

2. Şart'ın Kendi Kendine İcra Edilebilir (Self Executive, Self Executing) Niteliği

Şart'ın, Türk hukukunun bir parçası haline geldiğinin ve niteliğinin saptanmasının ardından sonra yapılmasına ihtiyaç olan ikinci araştırma, kendi kendine icra edilebilir (self-executive, self executing) nitelik taşıyıp taşımadığıdır. “*Ek düzenlemelere ihtiyaç duyulmadan kendi kendine yeterli, kesin içerikli ve doğrudan hak doğuracak*” nitelikte olan düzenlemeler şeklinde tanımlanabilecek kendi kendine icra edilebilir olma^[14], uluslararası andlaşmaya ve onun hükümlerine ilişkin bir özelliktir^[15]. Bir uluslararası andlaşmanın kendi kendine icra edilebilir nitelikte olması, hükümlerinin “*bireylere subjektif haklar verecek somut, dakik, kendine yeterli*” olmasına bağlıdır^[16]. Başka bir deyişle, bir uluslararası andlaşmanın kendi kendine

[12] Kemal Gözler, Mahalli İdareler Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 116.

[13] Can Hacı, “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”, Yasama Dergisi, S. 12, 2009, s. 42.

[14] Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, 13. Baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 61.

[15] Deniz Tekin Apaydın, “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, s. 549, Melda Sur, s. 58, dipnot 45

[16] Melda Sur, s. 56

icra edilebilir olabilmesi için sadece ‘doğrudan uygulanabilir’ olması yetmez; ayrıca ‘doğrudan etki’ yaratması beklenmektedir^[17].

Avrupa Birliği Adalet Divanı’na göre uygulanması ve etkisi ile ilgili olarak lafzı, amacı ve niteliği bakımından herhangi başka bir önlem alınmasına ihtiyaç duyulmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük getiriyorsa o düzenleme, doğrudan etkili kabul edilmektedir^[18]. Hak kaybına neden olmamak adına-kriterlerin katı bir şekilde aranmaması gerektiğine dikkat çeken görüşler olmakla beraber^[19], bir hüküm, yeterince açık, kesin ve koşulsuz ise doğrudan etki (direct effect) doğurmakta, doğrudan etkili (directly effective)/ kendi kendine icra edilebilir nitelikte olmaktadır^[20].

[17] Deniz Tekin Apaydın, s. 549.

[18] Avrupa Adalet Divanı Demirel Kararı, 30.10.1987, S. 12/86, Slg. 1987, 3719, paragraf 14, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0c24007e-e7b6-425a-8710-6121fdcf8eaf.0002.03/DOC_2&format=PDF (E.T. 06.11.2021), Avrupa Adalet Divanı Sevince Kararı, 30.09.1987, S. 12/86, Slb. 1987, 37199, paragraf 15, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1dc69627-f5cc-4157-937b-97e8e27d6a31.0002.03/DOC_2&format=PDF (E.T. 06.11.2021). Danıştay’a göre ise bir uluslararası hukuk kuralının doğrudan etkili olduğunun belirlenmesinde aranacak ölçütler, ‘Türk Devletine (idaresine) vatandaşlar ve kişiler aleyhine kimi önlemleri almama yükümlülüğü getirmesi’, ‘Türk vatandaşları için kimi hakları bizzat tanınması, kimi hakların tanınması için tamamlanması gereken koşulları düzenlemesi’, ‘bir hukuki durumun yaratılması veya vatandaşların bir statüye sokulması koşullarını öngörmesi’, ‘idare edilenlerin sorumluluklarına ilişkin koşulları düzenlemesi’, ‘Türk vatandaşlığının kazanılmasına veya azınlık haklarına ilişkin olması’ şeklinde çizilmektedir. Danıştay’a göre ise bir uluslararası hukuk kuralının doğrudan etkili olduğunun belirlenmesinde aranacak ölçütler, ‘Türk Devletine (idaresine) vatandaşlar ve kişiler aleyhine kimi önlemleri almama yükümlülüğü getirmesi’, ‘Türk vatandaşları için kimi hakları bizzat tanınması, kimi hakların tanınması için tamamlanması gereken koşulları düzenlemesi’, ‘bir hukuki durumun yaratılması veya vatandaşların bir statüye sokulması koşullarını öngörmesi’, ‘idare edilenlerin sorumluluklarına ilişkin koşulları düzenlemesi’, ‘Türk vatandaşlığının kazanılmasına veya azınlık haklarına ilişkin olması’ şeklinde çizilmektedir

[19] Öner, Eyrenci, “İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk – Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları”, İÜHFİM, Cilt: 74, Özel Sayı, 2016, 381-396, s.386 <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/315203> (Erişim tarihi: 21.05.2018) (Aktaran: Deniz Tekin Apaydın, s. 548).

[20] CRAIG, Paul / DE BÜRCA, Gráinne: EU Law–Text, Cases and Materials, 5th eds, OUP, Oxford, 2011, s.188 (Aktaran: Deniz Tekin Apaydın, s. 548).

Şart ve/veya hükümleri, doğrudan etkili olup olma ve kendi kendine icra edilebilirlik bakımından ele alınacak olduğunda, metnin birinci bölümünde yer alan ‘*özerk yerel yönetimin anayasal ve yasal bir temele oturtulması gereği*^[21]’ nin uygulama ve icra bakımından yol gösterici nitelik taşıdığı söylemek uygun olacaktır. Şart’ın ikinci bölümde, metni onaylayan devletlerin yükümlülük ve sorumlulukları düzenlenmekte, bu devletler, yerel yönetimlerle ilişkilerde belli kurallara uygunluğu sağlamayı üstlenmektedir. Bu uygunluk, anayasalarda ve yasalarda kimi değişiklikler yapmak kadar; uygulamayı Şart’ın temel ilkelerinden sapmaksızın yönlendirme sorumluluğunu da kapsamaktadır. Bir yandan da Şart, taraf devletleri yerel yönetimlerin siyasal, yönetsel ve akçal konularda bağımsızlıklarını güvence altına almaya zorlayıcı kurallar içermektedir^[22].

Şart’ın getirdiği ilkelere, devletlere bir çerçeve çizilmekte ve genel kural- ların ve amacın metinde belirlenmesinin ardından düzenleme yapma gerekliliği ve inisiyatifi taraf devletlere bırakılmaktadır. Maddeler incelendiğinde devletlerin Şart’ta yer verilen ilkelerin hayata geçirilmesi bakımından aldıkları önlemlerin zaman zaman Avrupa Konsey’ine bildirilmesi dışında^[23] ilkelerin uygulanıp uygulanmadığını ya da nasıl uygulandığını denetlemek amacıyla kurumsallaştırılmış bir sistem oluşturulmadığı görülmektedir^[24].

Tüm bu açıklananlardan yola çıkarak Şart’ın iç hukukumuzun bir parçası olduğu açık olmakla beraber, başka bir önlem alınmasına ihtiyaç duyulmaksızın açık ve kesin bir yükümlülük getirdiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Başka bir deyişle “*Şart’ın asgari çekirdek alanı dahil her hüküm kendiliğinden uygulanabilir düzenlemeler barındırmamaktadır*^[25].”

[21] Ruşen Keleş, s. 4.

[22] Ruşen Keleş, s. 4, 6.

[23] Avrupa Konseyi’ne yapılacak bildirimlerde Konsey’in ilgili birimlerinin rolü ve misyonunun niteliği için bkz: “Statutory Resolution CM/Res(2020)1 relating to the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe and the revised Charter appended thereto”, CM/Res(2020)1, 15 January 2020, Article 2 <https://rm.coe.int/168099817d> (E.T. 05.11.2021).

[24] Ruşen Keleş, s. 4.

[25] Zülfiye Yılmaz, s. 428.

Dolayısı ile Şart'ın getirdiği ilkelerin sağlanması için Anayasa ve/veya yasalarda düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır^[26].

C. ŞART'IN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA YANSIMASI

Anayasa Mahkemesi yerel yönetimler açısından özerkliği, "... *anayasa ve yasaların belirlediği kamu hizmetlerinin önemli bir bölümünün yurttaşların yararına olarak, yerel yönetimlerin sorumluluğu altında yerine getirilmesi yetkisidir şeklinde tanımlamaktadır*^[27]."

Belediyelerin tüzel kişiliklerinin köye dönüştürülmesinin konu edildiği bir davada, Mahkeme'nin saptaması, Şart'ın iç hukuktaki yerine dair görüşü bakımından önem taşımaktadır. Mahkeme, kararda, "*Avrupa Yerel Yönetim Özerklik Şartı'nın anayasallık incelemesinde ölçü norm olarak kullanılmayacağı açık olmakla birlikte*^[28]" nitelendirmesine yer vermekte, yine de dava konusu kuralı Şart bakımından değerlendirmekte ve söz konusu kuralın Şart'a aykırı bir yönü de bulunmadığına işaret etmektedir. Ardından kararı, anayasaya aykırılığı ileri sürülen hükmün ilgili anayasa hükümlerine aykırı olmaması gerekçesi ile iptal etmemektedir.

Mahkeme, belediyelerin görev ve yetkilerine dair bir kararında belediyelere, Anayasa'nın 127. maddesinde verilen mahalli müşterek ihtiyaçları karşılama görevinin niteliğini tartışmakta, bu tartışma sırasında 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun gerekçesine ve davada iptali istenen maddenin gerekçesine de yer vermektedir. Anılan gerekçeler, Şart'ta belediyelerin mahalli müşterek hizmetler bakımından genel yetkili olmasını gerektirdiğini, 5393 sayılı Kanun'un ve belediyelerin görev ve sorumluluklarını düzenleyen maddelerin de bu yaklaşım ile uyumlu hazırlandığını açıklamaktadır. Mahkeme, Şart'ı doğrudan incelememekle beraber, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun

[26] Şart'ın hukuki niteliğinin saptanmasında belirleyici olmamakla beraber, Türkiye, Şart'ın oluşması aşamasında metne, kendini kesin taahhüt altına sokacak bir tutumdan kaçınarak yaklaşmış, Şart'ın hukuki niteliğinin tartışılma aşamasında, bunun bir tavsiye kararı niteliğinde olması gerektiğini savunmuştur. Şart'ın uluslararası bir sözleşme olarak benimsenmesi ancak içeriğinin ülkemizde o sırada gerçekleştirilen yerel yönetimlere dair kanun değişikliklerinin Şart ile uyumlu olduğunun görülmesi üzerine olmuştur. Zülfiye Yılmaz, s. 416, 417

[27] AYM, T. 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23, (R.G. 26.11.1988, S. 20001).

[28] AYM, T. 12.09.2013, E. 2013/19, K. 2013/100, (R.G. 18.09.2014, S. 29123).

ve ilgili maddenin gerekçesine işaret ederek, 5393 sayılı Kanun'un Şart'ta çizilen çerçeveye aykırı düzenlemesini anayasanın ilgili maddelerine aykırılığı nedeni ile iptal etmektedir^[29].

Yerel yönetimlerin mali özerkliğini ele aldığı bir kararda ise Anayasa Mahkemesi açıklaması ile “*mahalli idarelerin yerel düzeydeki müşterek ihtiyaçlarının karşılanmasında kendilerine bir takım mali yetkiler tanınması Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen idari ve mali özerkliklerinin gereğidir*”^[30]. Mahkeme bu gerekliliğe işaret ettikten sonra, Türkiye'nin Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nı onayladığına dikkat çekmektedir. Ardından Şart'ın “*yerel makamların mali kaynaklarının en azından bir bölümü, kanunun koyduğu sınırlar dâhilinde, oranlarını kendilerinin belirleyebilecekleri yerel vergi ve harçlardan sağlanacaktır*” şeklinde düzenlenen 9. maddesinin 3. fıkrasına yer vermektedir. Bu incelemelerin ardından kararını, dava konusu kuralın Anayasa'nın ilgili hükümlerine aykırılık taşımadığı gerekçesi üzerinden kurmaktadır.

Kısaca özetlenecek olursa Anayasa Mahkemesi, Şart'ın doğrudan ölçü norm olamayacağına işaret etmekte, aykırılık incelemesinde Şart'a ya hiç değinmemekte^[31] ya da dolaylı olarak değinerek kararı anayasa maddeleri üzerinden kurmaktadır^[32].

D. MALİ ÖZERKLİK VE BAĞIŞ KABUL ETME YETKİSİ

Şart'ın çizdiği genel esaslar ile mali özerkliğin özetlenmesinin ardından, metnin iç hukukumuzdaki yeri ve niteliğinin saptanması ile bu mali özerkliğin, belediyelerin bağış kabul etme yetkisi bakımından analiz edilmesi isabetli olacaktır.

Türkiye, metne özerkliğin kapsamı, örgütlenme, sorumluluk ve mali kaynaklar gibi birçok hususta çekince koymuştur. Bu çekinceler, yerel yönetimleri doğrudan ilgilendiren konulara ilişkin karar alma süreçlerinde

[29] AYM, T. 24.01.2007, E. 2005/95, K. 2007/5, (R.G. 29.12.2007, S. 26741).

[30] AYM, T. 11.09.2014, E. 2014/72, K. 2014/141, (R.G. 10.01.2015, S. 29232).

[31] AYM, T. 29.11.2012, E. 2011/100, K. 2012/191, R.G. 22.02.2013, S. 28567.

[32] Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk Dersleri, Kitap I, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 31, 32. (Aktaran: Hüseyin Pazarcı, Uluslararası Hukuk, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 27).

bu yönetimlere danışılması, yerel yönetimlerin kendi iç örgütlenmelerini sağlayabilmeleri, yerel yönetim makamlarına seçilmiş kişilere dair görevle bağdaşmayan iş ve faaliyetlerin kanunla veya temel hukuk ilkelerine göre belirleneceği gibi noktalardadır^[33].

Türkiye sayılan bu çekincelere ek olarak, Şart'ın, yerel makamların idari denetiminin gerçekleştirilmesini, korunması amaçlanan çıkarın önemi ile orantılı olmasını öngören düzenlemesine ve mali kaynaklarla ilgili 9. maddesinin de üç fıkrasına çekince koymuştur^[34]. Bunlar:

- “Yerel makamlara sağlanan kaynakların dayandığı malî sistemler, görevin yürütülmesi için gereken harcamalardaki gerçek artışların mümkün olduğunca izlenebilmesine olanak tanımaya yetecek ölçüde çeşitlilik arzmelidir ve esneklik taşınmalıdır.
- Yeniden dağıtılan kaynakların yerel makamlara tahsisinin nasıl yapılacağı konusunda, kendilerine uygun bir biçimde danışılacaktır.
- Mümkün olduğu ölçüde, yerel makamlara yapılan hibeler belli projelerin finansmanına tahsis edilme koşulu taşımayacaktır. Hibe verilmesi yerel makamların kendi yetki alanları içinde kendi politikalarına ilişkin olarak takdir hakkı kullanmadaki temel özgürlüklerine halel getirmeyecektir.”

Bu çekinceler, belediyelerin mali özerkliklerini güvence altına almak için atılacak adımları zayıflatacak nitelikte olsa da merkezi idareye, belediyelerin bağış kabul etme yetkileri üzerinde sınırlama yaratma bakımından bir alan tanımamaktadır. Kaldı ki başta 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile bu çekincelerin bir işlevinin kalmadığını söylemek mümkündür.

Şart'ın 9. maddesinde çekince konmayan fıkralara bakılacak olursa, yerel makamlara, kendi yetkileri dahilinde serbestçe kullanabilecekleri yeterli mali kaynaklar sağlanacaktır ve mali yükün eşitsiz dağılımı nedeni ile mali yönden zayıf konumda olan yerel yönetimlerin dezavantajlı konuma düşmemesi için eşitleme araçları kullanılacaktır. Bu eşitleme için kullanılacak

[33] Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, https://www.tbb.gov.tr/mevzuat/kanunlar/Avrupa_Yerel_Yonetimler_ozerklik_Sarti.pdf (E.T. 04.05.2020).

[34] Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, https://www.tbb.gov.tr/mevzuat/kanunlar/Avrupa_Yerel_Yonetimler_ozerklik_Sarti.pdf (E.T. 04.05.2020).

yöntem ve önlemlerin yerel yönetimlerin kendilerine tanınan sorumluluk alanlarına dair takdir yetkilerini azaltmaması ve zayıflatmaması gerekmektedir^[35]. Maddeden görüleceği üzere bu eşitlemenin amacı mali bakımdan daha zayıf olan yerel makamların korunması olup, bu önlemlerin, merkezi yönetimi güçlendirmek gibi bir amaçla kullanılamaması gerekmektedir.

Maddede çekince konmayan fıkralardan biri de ‘*yerel makamların malî kaynaklarının en azından bir bölümü oranlarını kendilerinin kanunun koyduğu sınırlar dahilinde belirleyebilecekleri yerel vergi ve harçlardan sağlanacaktır*’ düzenlemesidir. Ülkemizde yerel yönetimlerin öz gelirleri tür olarak sayıca fazla görünmekle birlikte bu gelirlerin miktarları, yerel yönetimlere bırakılan gelirlerin merkezi yönetim tarafından toplanan gelir kalemlerine göre düşüklüğü, tarifelerin merkezi yönetim tarafından belirlenmesi, gelirleri dönem dönem merkezi idare tarafından toplanabilmesi, belediyelerin esnek bir örgütlenme yapısına sahip olması gibi birçok problem bulunmaktadır^[36]. Her halükarda bu problemlerin hiçbiri belediyelerin bağış kabul etme yetkisi ile ilişkili değildir.

Şart’ta mali kaynaklar bakımından getirilen bir diğer düzenleme de projelerin finansmanı için merkezi idareden yapılacak olan transfer aktarımlarının yerel yönetimlerin takdir yetkisini kısıtlayacak şekilde özgülenmemeleridir. Kaynak dağılımının sürekli merkezi idare lehine uygulanması yerel kamu hizmetlerinin yeterli şekilde sunulmasını engelleyici etkiler yaratabilecektir^[37]. Bu nedenle söz konusu ilke merkezi idareden yerel yönetimlere yapılacak

[35] European Charter of Self- Government and Explanatory Report, s. 40-42.

[36] Özhan Çetinkaya, Tolga Demirbaş, “Belediye Gelirlerinin Analizi ve Mali Özerklik Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 53. Seri, 2010, s. 14-16; Abdullah Çelik, “Yerel Özerklik Açısından 5393 Sayılı Belediye Kanunu’nun Genel Bir Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi C.18, S. 1, 2013, s. 26.

[37] Ahmet Kesik, “Yönetimler Arası Mali İlişkiler ve Türkiye Uygulaması”, Selçuk Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, C. 5, S. 10, 2005, s. 77.

olan bağışların özgülenmemesi, şarta bağlanmaması yönünden de önem taşımaktadır^[38].

Kısaca toplanacak olursa, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, belediyelerin mali özerkliği için güvenceler getirmekte, Türkiye, Şart'a taraf olmakla, uluslararası hukuk ve iç hukuk bakımından bağlanmakta, bunun gereklerini yerine getirmek için anayasa ve/veya yasada düzenleme yapma, kanunda aksi bir düzenleme olmadıkça belediyelerin bağış kabul etme yetkisi bakımından engelleyici bir tutum sergilememekle yükümlüdür.

II. ANAYASAL TEMEL

1982 Anayasası'nın 'İdarenin Bütünlüğü ve Kamu Tüzelkişiliği' başlıklı 123. maddesi "*idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir... Kamu tüzelkişiliği, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle kurulur*" kuralına yer vermektedir. 'Mahalli İdareler' başlıklı 127. maddede de "*mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen... kamu tüzelkişileridir. Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemelerden yola çıkarak görüleceği üzere ülkemizde merkezi idare ve mahalli idareler arasında idari vesayet ilişkisi ancak kanunla kurulabilmektedir. Fakat Şart'ın öngördüğü şekilde Anayasa'da özerklik kavramının tanımına açıkça yer verilmemiştir^[39].

A. İDARİ VESAYETİN TANIMI VE KAPSAMI

Yerinden yönetim kuruluşlarının birimleri kendi aralarında, teşkilatın görevlilerinin aşağıdan yukarı basamak ve derecelerle birbirine bağlanarak baştaki yetkililere tabi olmalarını ifade eden hiyerarşi ilişkisi ile bütünleştirilmektedir^[40]. Bu yerinden yönetim kuruluşlarının merkezi idare ile ilişkisi ise "*devletin bütünlüğünü ve kamu hizmetlerinin tüm ülke düzeyinde uyumlu*

[38] Yüksel Koçak, Neo-Liberalizmin Türkiye'deki Belediye Hizmetlerinin Görülmesi Üzerindeki Etkisi: Özelleştirme, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011, s. 89.

[39] Abdullah Çelik, s. 26.

[40] Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011, s. 81; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I, Turhan Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, 2008, s. 154, 157.

bir biçimde yürütülmesini sağlamak amacıyla, devlet tüzelkişiliğinin ve bu tüzel kişiliği temsil eden merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşları üzerinde sahip olduğu denetim yetkisi^[41] sistematigi olarak tanımlanabilecek vesayet kuralları ile yürütülmektedir. Bu ilişki ile Anayasa'nın 123. maddesinde öngörülen idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu kuralının gerekleri sağlanmakta, idari vesayet, merkezi idare ve yerinden yönetim birimleri arasında bu bütünlüğü sağlamanın temel hukuki araçlarından biri olarak işlev görmektedir^[42].

Merkezi yönetim ve yerel yönetimler arasındaki vesayet ilişkisi, Anayasa'nın 127. maddesinin 5. fıkrasında anayasal dayanak bulmakta, bu hükümde *“merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir”* kuralına yer verilmektedir. Anayasa'nın, idari vesayet kurulmasında güttüğü amaç unsurunu, bireyleri ve toplumu, merkezi idare dışında yer alan tüzelkişinin işlem ve eylemlerine karşı korumak olarak açıklamak mümkündür^[43].

“Merkezi idarenin yerinden yönetim kuruluşlarının eylem ve işlemleri üzerinde kanunla öngörülmüş durumlarda sahip olduğu sınırlı bir denetim yetkisi^[44]” niteliğindeki idari vesayet yetkisi bir hukuka uygunluk ve yerindelik denetimidir^[45]. Bu yetki kapsamında, vesayet yetkisine sahip

[41] Metin Günday, s. 84.

[42] Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 21. Baskı, Bursa, 2014, s. 290; Metin Günday, s. 84; Ramazan Şengül, Yerel Yönetimler, Umuttepe Yayınları, 4. Baskı, Kocaeli, 2014, s. 157; AYM, T. 05.07.2018, E. 2018/7, K. 2018/80, (R.G. 06.10.2018, S. 30557); AYM, T. 05.07.2018, E. 2018/15, K. 2018/78, (R.G. 26.11.2018, S. 30607); AYM, T. 22.06.2016, E. 2015/106, K. 2016/128, (R.G. 23.09.2016, S. 29836); AYM, T. 12.09.2013, E. 2013/19, K. 2013/100, (R.G. 18.09.2014, S. 29123).

[43] Metin Günday, s. 86; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, s. 156.

[44] Kemal Gözler; Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018, s. 135.

[45] Ali Ulusoy, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2019, s. 147; Metin Günday, s. 87.

makam, denetimi altındaki kamu tüzelkişisinin işlem yapmasından önce ona yardımcı olmakta, işlemlerini hukuka uygunluk ve/veya yerindelik bakımından denetlemektedir. Burada önemli nokta vesayet yetkisi kullanan makamın, denetlediği makamın yerine geçmemesi, nam ve hesabına hareket etmemesidir^[46]. İşlem vesayet denetimi altında olan kamu tüzel kişisinin iradesi ile tesis edilmektedir^[47].

Anayasal düzenlemede önemli bir başka husus ise vesayetın ancak kanunda öngörülmesi, esas ve usullerinin kanunda düzenlenmesi şartı ile gerçekleştirilebilmesidir. İdari vesayet, yerinden yönetim kuruluşlarının merkezi idare karşısında sahip olduğu özerkliğin bir istinası olarak nitelendirildiğinden^[48] bu yetkiye sahip makamların kanunda açıkça öngörülmesi zorunludur^[49]. Bu zorunluluk, idari vesayetın genel ve olağan nitelikli değil, ayrık bir yetki olmasından kaynaklanmaktadır^[50].

İdari vesayetın en belirgin iki temel özelliği olan kanunilik ve istisnailikten yola çıkarak^[51], bu yetkinin kapsamını, söz konusu yetkiyi düzenleyen kanun çizmektedir. İdari vesayet, kural olarak kamu tüzel kişisinin tüm işlemlerini kapsamadığından^[52], kanunda idari vesayet yetkisinin varlığının tek başına düzenlenmesi yeterli olmayacaktır. Böyle bir yetkinin tanınması

[46] AYM, T. 25.06.2020, E. 2019/11, K. 2020/35, (R.G. 19.08.2020, S. 31218); AYM, T. 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, (R.G. 26.07.2014, S. 29072); AYM, T. 27.12.2012, E. 2012/102, K. 2012/207, (R.G. 02.04.2013, S. 28606).

[47] Vesayet yetkisi kullanan makamın, denetlediği kamu tüzelkişisinin yerine geçerek işlem yapması ancak ve ancak gecikme ve ihmalin giderilmesinin zorunlu olduğu hallerde ve kanunda kayıt ve şartları sıkı şekilde düzenlenmiş olmak kaydıyla mümkün olabilmektedir. Metin Günday; s. 87, Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Basımevi, İstanbul, 1966, s. 628.

[48] Metin Günday, s. 86.

[49] Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, s. 157; Sıddık Sami Onar, s. 631.

[50] Metin Günday, s. 86.

[51] AYM, T. 25.06.2020, E. 2019/11, K. 2020/35, (R.G. 19.08.2020, S. 31218); AYM, T. 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, (R.G. 26.07.2014, S. 29072); AYM, T. 12.09.2013, E. 2013/19, K. 2013/100, (R.G. 18.09.2014, s. 29123).

[52] Metin Günday, s. 86.

durumunda, kanunda, yetkinin, kamu tüzelkişisinin hangi işlemlerine karşı tanındığının da düzenlenmesi gerekmektedir.

B. BAĞIŞ KABUL ETME YETKİSİNİN İDARİ VESAYET YETKİSİ KARŞISINDA DURUMU

Ülkemiz düzenlemelerinde merkezi idarenin belediyeler üzerinde kullandığı birtakım vesayet yetkileri bulunmakla birlikte, bu istisnai uygulamaların hepsi ilgili kanunlarda açık şekilde düzenlenmiş yetkililerdir.^[53]

Belediyeler üzerinde kanunda açıkça düzenlenmesi üzerine kullanılmakta olan idari vesayet yetkisi uygulamalarına örneklerden biri, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 'Mahalle ve Yönetimi' başlıklı 9. maddesinin, belediye sınırları içinde mahalle kurulması, kaldırılması, birleştirilmesi, bölünmesi, adlarıyla sınırlarının tespiti ve değiştirilmesinin belediye meclisinin kararı ve kaymakamın görüşü üzerine valinin onayı ile olacağı düzenlemesidir.

Bir diğer örnek ise yine 5393 sayılı Kanun'un 81. maddesinde yer alan *"cadde, sokak, meydan, park, tesis ve benzerlerine ad verilmesi ve belediyi tanıtıcı amblem, flama ve benzerlerinin tespitine... bunların değiştirilmesine ilişkin kararlar... mülkî idare amirinin onayı ile yürürlüğe girer"* düzenlemesidir.

Belediyeler üzerinde kullanılan idari vesayet yetkisine bir diğer örnek, 5393 sayılı Kanun'un 'Yurtdışı İlişkileri' başlıklı 74. maddesinde belediyelerin uluslararası teşekkül ve organizasyonlara, kurucu üye veya üye olmasının Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın iznine bağlanmasıdır. 5393 sayılı Kanun'un 'Belediyenin Yetkileri ve İmtiyazları' başlıklı 15. maddesinde düzenlendiği üzere aynı bakanlık, belediyelerin içme, kullanma, endüstri suyu sağlama, toplu taşımayı düzenleme, katı atıkların yönetimi gibi hizmetleri, Danıştay'ın görüşü ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın kararı ile imtiyaz yolu ile devredebileceğini, ruhsat yolu ile kiraya verebileceğini veya hizmet satın alma yoluna gidebileceğini düzenlemektedir.

Söz konusu bu vesayet yetkileri, belediyelerin karar ve hareket serbestisini kısıtladığından, mali özerkliği zedelemekle birlikte^[54] ilgili hükümler,

[53] Metin Günay, s. 86.

[54] Erdem Ercan, Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik Anayasal ve Yasal Boyutuyla, Yerel Yönetimlere İlişkin Son Değişiklikler İşlenmiş, On İki Levha

sınırları kanunla çizilen bir idari vesayet yetkisi kurduğundan Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklamalardan görüleceği üzere merkezi idarenin belediyeler üzerinde idari vesayet yetkisi kullanmasına dair hükümler olmakla birlikte^[55] bunlar, merkezi idarenin, belediye gelirleri üzerinde idari vesayet yetkisi kullanması niteliği taşımamaktadır. Belediyenin bağış veya diğer gelirleri toplama yetkisi üzerinde merkezi idarenin bir ön izin veya onama yetkisi kullanması ve böylelikle idari vesayet denetimi yapması ancak ve ancak -yukarıda örnekleri verildiği gibi- ilgili kanunda açık hüküm olması ile mümkündür.

Mevzuatımızda, belediyelerin bağış kabul etme yetkisi veya diğer gelir toplamaya yönelik diğer yetkilerine dair merkezi idarenin vesayet yetkisi kullanmasına izin veren açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle belediyelerin mali özerkliği esas olup, bu özerklik, Anayasa'da—ne kadar isabetli sağlandığı tartışmaya açık olsa da- güvence altına alınmaktadır. Dolayısı ile aksi yönde bir düzenleme, Anayasa'ya ve Avrupa Yerel Yönetimler Şartı'nda uluslararası hukuk bakımından üstlenilen sorumluluğa aykırı olacaktır.

III. YASAL TEMEL

1982 Anayasası'nın 123 ve 127. maddelerinde çizilen esaslardan hareketle^[56] belediyelerin kuruluş, organ, yönetim, görev, yetki, sorumluluk, çalışma usul ve esasları 5393 sayılı Belediye Kanunu ile düzenlenmektedir. Anayasa'da belirtildiği üzere belediyeler, “mahalli müşterek ihtiyaçların” yerine getirilmesi ile görevlidir.

Mahalli müşterek ihtiyaçlar, Anayasa Mahkemesi tarafından “*herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve güncelleştirdiği, özünde*

Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 145.

[55] Belediyeler üzerinde uygulanan idari vesayet yetkisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Duran Bülbül, Yerel Yönetimler Maliyesi, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018, s. 218-220.

[56] Yerel yönetimlerin varoluş sebeplerinin siyasi, ekonomik, idari (hukuki) ve tarihi açıdan incelenmesi için bkz: Erdem Ercan, s. 18-21.

yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentiler^[57]” olarak tanımlanmaktadır.

Mahkeme, gereksinimlerin yerel planda karşılama olanak ve önceliklerini takdir yetkisinin, o yörede yaşayan halk tarafından yasalara dayanarak oluşturulmuş organlara bırakılmasının demokratik yaşam biçimine ve özerklik ilkesine daha uygun bir yol olacağına işaret etmektedir. Bu görevlerin yerine getirilebilmesi için belediyeler, 5393 sayılı Kanun’un ‘Belediyenin Görev ve Sorumlulukları’ başlıklı 14. maddesinde çevre, ulaşım, alt yapı, sosyal hizmet gibi birçok gereğin yerine getirilmesinden sorumlu tutulmaktadır. Belediyeler, kendilerine verilen bu görevleri yerine getirebilmek için kamu gücünden kaynaklanan üstünlük ve ayrıcalıkları içeren birtakım yetkiler kullanmaktadırlar^[58]. Ayrıca 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nda da büyükşehir belediyelerinin yetkilerine dair hükümler bulunmaktadır.

A. 5392 SAYILI BELEDİYE KANUNU’NDA BAĞIŞ KABUL ETME YETKİSİ

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun ‘Belediyelerin Yetkileri ve İmtiyazları’ başlıklı 15. maddesinde yer alan üstünlük ve ayrıcalıklar arasında, “*kanunların belediyeye verdiği yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarmak, belediye yasakları koymak ve uygulamak, kanunlarda belirtilen cezaları vermek, gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetleri ile ilgili olarak kanunlarda belirtilen izin veya ruhsatı vermek*” gibi birçok unsur sayılmaktadır. Söz konusu görevlerin yerine getirilmesi için kullanılan yetkilerin en önemlileri arasında gelir toplama yetkisi gelmektedir.

5393 sayılı Kanun’un, 59. maddesi belediye gelirlerini sıralamakta, bunlar arasında (g) bendinde bağışlar yer almaktadır. Aynı zamanda belediyeler, görev ve hizmetlerinin gerektirdiği giderleri karşılamak amacı ile borçlanma yapma ve tahvil ihraç etme yetkisi kullanmakta, borçlanma, tahviller gelirleri ve emlak vergisi hasılatı da belediye gelirleri arasında yer almaktadır. Sayılan kalemlerden görüleceği üzere belediyelerin gelirleri temel olarak iki yöntemden elde edilmektedir. Bu gelirler merkezi yönetim bütçesinden aktarılan

[57] AYM, T. 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23, (R.G.26.11.1988, S. 20001). Ayrıca Mahkeme’nin ulusal-yerel ihtiyaç tartışması için bkz: AYM, T. 24.01.2007, E. 2005/95, K.2007/5, (R.G. 29.12.2007, S. 26741); AYM, T. 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, (R.G. 29.12.2007, S. 26741).

[58] Metin Günay, s. 493.

miktarlardan ve “*belediyelerin doğrudan doğruya kendi tasarrufları altında bulunan kaynaklardan elde temin ettikleri*^[59]” “öz gelirler^[60]”den kaynaklanmaktadır. Bu gelirler, 5393 sayılı Belediye Kanunu’na, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu^[61], 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun^[62]’a ve ilgili diğer mevzuata dayanarak elde edilmektedir. Bu açıklamalardan görüleceği üzere 5393 sayılı Kanun’a göre belediyeler hem merkezi idare gelirlerinden daha yüksek pay almakta hem de öz gelirleri daha verimli hale getirilmektedir. 5393 sayılı Kanun’un bu hali ile belediyelerin mali açıdan güçlendirildiğini söylemek mümkündür^[63].

5393 sayılı Kanun’un 59. maddesinde, belediyelerin gelirlerini gösteren kalemler arasında bağışlar da yer almakta, aynı Kanun’un ‘Belediyelerin Görevleri ve İmtiyazları’ başlıklı 15. maddesinin (i) bendinde belediyelerin bağış kabul etmek yetkisi düzenlenmektedir. Kanun’un belediye meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 18. maddesinde, meclisin görevleri arasında şartlı bağışları kabul etmek, belediye başkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 38. maddesinde şartsız bağışları kabul etmek sayılmaktadır.

B. 5216 SAYILI BÜYÜKŞEHİR BELEDİYESİ KANUNU’NDA BAĞIŞ KABUL ETME YETKİSİ

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, “*Büyükşehir belediyesi yönetiminin hukukî statüsünü düzenlemek, hizmetlerin plânlı, programlı, etkin, verimli ve uyum içinde yürütülmesini sağlamak*” amacı ile düzenlenmiştir.

[59] Fatih Torun, Belediye Gelirleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 9.

[60] Kamil Mutluer; Erdoğan Öner; Ahmet Kesik, Bütçe Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2018, s. 232; Kamil Mutluer; Erdoğan Öner, Teoride ve Uygulamada Mahalli İdareler Maliyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s. 181. Öz gelirler için ‘otonom kaynak’, ‘öz kaynak’ ve ‘yerel’ gelirler ibaresi için bkz: Duran Bülbül, s. 66, 238.

[61] 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu (R.G. 29.05.1981, S. 17354).

[62] 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun, (R.G. 15.07.2008, S. 26937).

[63] Kamil Mutluer, Erdoğan Öner, Ahmet Kesik, Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul, 2016, s. 425.

Kanun'un 'Büyükşehir Belediyesi ve İlçe Belediyelerinin Yetkileri ve İmtiyazları' başlıklı 10. maddesine göre “*Büyükşehir ve ilçe belediyeleri; görevli oldukları konularda bu Kanunla birlikte Belediye Kanunu ve diğer mevzuat hükümleri ile ilgisine göre belediyelere tanınan yetki, imtiyaz ve muafiyetlere sahiptir.*” Bu maddeden yola çıkarak, büyükşehir belediyelerinin, belediyelere tanınan gelir toplama yetkilerinden aynen yararlanacağını söylemek mümkündür.

5216 sayılı Kanun'un 23. maddesinde büyükşehir belediyelerinin gelirleri ayrıntılı şekilde sıralanmaktadır. Bunlar arasında maddenin (n) bendinde şartlı ve şartsız bağışlar da yer almaktadır. Aynı zamanda Kanun'un 18. maddesinde, büyükşehir belediye başkanının görev ve yetkileri sayılmaktadır. Bu maddede büyükşehir idaresinin başı ve tüzel kişiliğinin temsilcisi olarak gösterilen başkanın, belediye teşkilâtını sevk ve idare etmek, belediyeyi stratejik plâna uygun olarak yönetmek, büyükşehir belediye meclisi ve encümenine başkanlık etmek gibi görev ve yetkileri bulunmaktadır. Maddenin (g) bendine göre, bu görev ve yetkilerin yanında, büyükşehir belediyesi başkanının karşılıksız bağışları kabul etme yetkisi de bulunmaktadır.

Belediyelerin gelirlerine ve yetkilerine dair hükümler incelendiğinde, bağış kabul etme konusunda yetkili oldukları konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. 5393 sayılı Belediye Kanunu da 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu da belediye gelirleri arasında bağışlara yer vermekte, yetkileri arasında bağış kabulünü saymaktadır. Söz konusu yetki bakımından ilgili kanunlarda farklılaşma yaratılan unsur, bağışın 'şartlı' veya 'şartsız' olması noktasında göze çarpmaktadır. Şartlı ve şartsız bağış arasındaki temel fark, bağışlayanın, bağış veya yardımı belli bir yere veya hizmete harcanması koşulu ile karşılıksız aktarımında bulunması^[64] veya bu aktarımı hiçbir koşul ileri sürmeden yapmasıdır^[65]. Bir başka anlatımla bağışların şartlı veya şartsız olması, hangi amaç için verildiğinin ve dolayısı ile kullanılabilmesi alanının belirli ve kısıtlı olup olmaması kriterine dayanmaktadır. Özel amaçlı bağışlar

[64] Ahmet Arslan, Kamu Harcama, Kılavuzu, Hermes Matbaacılık, 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 26.

[65] Bağış sözleşmesi ve bağışın şarta bağlanmasına dair açıklamalar için bkz: Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 190-200; Aydın Zevkliler, Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 171-174; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2019, s. 277-292.

hangi amaç için verildiyse ancak onun için kullanılabilirken, genel amaçlı bağışlar yerel yönetimlerce serbestçe kullanılabilir[66]. Bu ayrımın tartışılması özel hukukun alanına girmekte olup, böyle bir ayrım yapılmış olması belediyelerin bağış kabul etme yetkisi konusunda bir çekinceye neden olmamaktadır[67].

IV. 2860 SAYILI YARDIM TOPLAMA KANUNU

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun belediyelere bağış kabul etme yetkisi veren düzenlemeleri karşısında 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun durumuna dair belirsizlikler ve tartışmalar yaşanabilmektedir. Bu nedenle önce 2860 sayılı Kanun'un içeriğinin ortaya konması, ardından 5393 sayılı Kanun'a karşı durumunun değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

A. 2860 SAYILI YARDIM TOPLAMA KANUNU'NUN ESASLARI

Yardım toplama yetkisinin esasları, 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nda düzenlenmektedir. Bu Kanun, Amaç başlıklı 1. maddesinde de açıklandığı üzere *“yardım toplamaya yetkili kişi ve kuruluşları ve bunların hangi amaçla yardım toplayabileceklerini belirlemek, yardımın toplanmasına, kullanılmasına ve denetlenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek”* için çıkarılmıştır. Bu amaçtan hareketle Kanun, *“yardım toplamaya yetkili kişi ve kuruluşların, amaçlarına ve kamu yararına uygun olarak, yardım toplama faaliyetlerine ait esasları”* kapsamaktadır.

2860 sayılı Kanun'a göre yardım toplama işlemi, makbuz keserek, belli yerlere kutu koyarak, bankalardan hesap açılarak, yardım pulu çıkararak ve bunun gibi birçok farklı şekilde yürütülebilmekte, söz konusu yardımın

[66] Yüksel Koçak, s. 89; Nam, C.W. and Parsche, R. (2001). Municipal Finance in Poland, the Slovak Republic, the Czech Republic and Hungary: Institutional Framework and Recent Development, CESifo Working Paper, No. 447, Center for Economic Studies and Ifo Institute (CESifo), Munich, https://www.econstor.eu/bitstream/10419/75738/1/cesifo_wp447.pdf (Erişim Tarihi: 18.02.2020), (Aktaran: Murat İçmen, Rana İçmen, “Belediyelerde Mali Özerklik: Antalya Büyükşehir Belediyesi Gelir Yapısının Mali Özerklik Açısından Değerlendirilmesi”, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 7, 2020, s. 37).

[67] Belediyeye merkezi idare tarafından bağış ve yardım yapılması hakkında bilgi için bkz. Özhan Çetinkaya, Mahalli İdareler Maliyesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015, s. 183, 184.

yürütülebilmesi için ise yetkili makamdan izin alınması gerekmektedir. Yardım toplamaya izin vermeye yetkili makamlar, Kanun'un 7. maddesinde valiler ve kaymakamlar olarak gösterilmektedir ve 6. maddede, bu makamlardan izin alınmadan yardım faaliyetine girişilmesi halinde faaliyetin güvenlik güçleri tarafından derhal menedileceği ve sorumlular hakkında da kovuşturma yapılacağı düzenlenmektedir.

2860 sayılı Kanun'un 'Yardım Toplayabilecek Olanlar' başlıklı 3. maddesi bir yandan Kanun'da gösterilen yardımı toplamaya yetkili olanları düzenlerken bir yandan da esaslarını düzenlediği yardım toplama uygulamasına tabi olanları işaret etmiş olmaktadır. Bu maddeye göre, 2860 sayılı Kanun'da düzenlenen yardım toplamaya dair usul ve esaslar “*gerçek kişiler, dernekler, kurumlar, vakıflar, spor kulüpleri, gazete ve dergiler*” için getirilmektedir. Maddedeki 'kurumlar' ibaresinin tanımı Kanun'da veya Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik^[68]'te yapılmamakta, kapsamı belirsiz bırakılmaktadır.

B. BAĞIŞ KABUL ETME YETKİSİNİN 2860 SAYILI YARDIM TOPLAMA KANUNU KARŞISINDA DURUMU

Bağış kabul etme yetkisinin 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu karşısında ele alınmasına ihtiyaç duyulan hususları, temel olarak üçe ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki, bağış kabul etme yetkisinin 2860 sayılı Kanun'un kapsamının ne olduğu tartışmasıdır. İkincisi 2860 sayılı Kanun'un bağış ve yardım kavramları üzerinden tartışılması ve son olarak da Şart, Anayasa ve ilgili yasaların 2860 sayılı Kanun ile birlikte ele alınmasıdır.

1. Bağış Kabul Etme Yetkisinin 2860 Sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun Kapsamı Karşısında Durumu

2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun kapsamı, yukarıda ele alındığı üzere, bir netlik taşımamaktadır. Uygulamada, kurum ibaresi kamu kurumu veya özel kurum şeklinde kullanılabilir. İbarenin 2860 sayılı Kanun'un maddesindeki kullanımını dernek ve vakıflarla ele alındığında kamu kurumu gibi görünmeye yakınken, spor kulüpleri, gazete ve dergiler ile ele alındığında özel kurumlar kastediliyor gibi anlaşılmaya açıktır. Bir başka ihtimal de hem özel kurumların hem kamu kurumlarının topluca Kanun kapsamına alınması iradesinin ortaya konuyor olmasıdır.

[68] Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik (R. G. 27.12.1999, S. 23919).

Yardım toplamanın izne bağlandığı bir kanunun kapsamının bu şekilde tahminler üzerinden belirlenmesi birçok açıdan sakıncalı olmakla birlikte, ‘kurum’ ibaresinin kamu kurumlarını kapsaması durumunda, belediyelerin bu kapsama girip girmeyeceği bakımından Anayasa’nın 127. maddesi yol gösterici olacaktır. Anılan maddeye göre “mahalli idareler, il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.” Dolayısı ile belediyelerin kamu kurumu niteliğinde olduğunu söylemek gerekmektedir^[69]. Dikkat çekmek gereken nokta, tartışmalı hususun belediyelerin kamu kurumu olup olmadığı değil, 2860 sayılı Kanun’un, yardım toplayabilecek kurumlara dair düzenlemesinin belediyelerin bağış kabul etme yetkisini kapsayıp kapsamadığıdır. Maddenin kaleme alınış şeklini, belediyelerin bağış kabul etme yetkisinin 2860 sayılı Kanun’un kapsamında kabul etmeye imkan vermediği yönünde değerlendirmek isabetli olacaktır.

Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelik’in kapsamını, ‘internet ortamında gerçekleştirilecek yardım toplama faaliyetleri’ de dahil olacak şekilde genişleten yönetmelik değişikliği de kavramların belirsizliği tartışmalarını sona erdirmeye yeterli görünmemektedir. Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik^[70]’in 4. maddesine göre bağış, “bir kişinin veya başka bir özel hukuk yahut kamu tüzel kişinin veyahut kamu kurum ve kuruluşunun aynı veya nakdi varlıklarından; bir kişi veya başka bir özel hukuk yahut kamu tüzel kişisine veyahut kamu kurum ve kuruluşuna kendi iradesiyle ve herhangi bir karşılık beklemezsizin vermesi” anlamına gelmektedir. Bu tanımda bağışın şartsız olması ve kimler arasında yapılabileceği açıklaması yer almaktadır. Söz konusu tanımın, belediyelerin bağış kabul etme yetkisine sınırlayıcı bir etkisi olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Yardım ise “bir kişinin veya başka bir özel hukuk yahut kamu tüzel kişinin veyahut kamu kurum ve kuruluşunun aynı veya nakdi varlıklarından; bir kişi veya başka bir özel hukuk yahut kamu tüzel kişinin veyahut kamu

[69] Ali Ulusoy, s. 214, 215; Turgut Tan, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, 2014, s. 148. Ayrıca kamu kurumu-mahalli idare karşılaştırması için bkz: Kemal Gözler, Mahalli İdareler Hukuku, s. 98.

[70] Yardım Toplama Esas ve Usulleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, R.G. 10.11.2021, S. 31655.

kurum ve kuruluşunun ihtiyacını gidermek maksadıyla doğrudan veya dolaylı olarak talep edilmesi hâlinde karşılıksız veya ödünç olarak vermesi” olarak açıklanmaktadır. Bu tanımda da yardımın kullanım amacının kurum ve kuruluşun ihtiyacını gidermek amacı ile talep edileceği hususu dikkat çekmektedir.

Yönetmelik değişikliğinden yola çıkarak belediyelerin şartsız olmak ve kurumun kendi ihtiyacını değil, mahalli müşterek ihtiyacın giderilmesinde kullanılmak üzere bağış kabul etmelerinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Dikkat çekilebilecek bir nokta, bağış tanımında bağışın ‘kendi iradesiyle’ verilme kriterinin, belediyenin bağış yapılabilecek hesap bilgilerini ilan etmesi durumunda kişilerin, desteği kendi iradeleri ile yaptıkları için bağışa mı gireceği yoksa bunun Yönetmelik’in yardım tanımında yer alan ‘talep edilme’ olarak mı değerlendirileceğidir. Hesap bilgisi ilanını, talep etme olarak değerlendirerek bunun yardım toplama kısıtlarına tabi olacağını savunmak, çok geniş bir yorum olacak ve belediyelerin mali özerkliğini ihlal eden bir uygulamaya dönüşmeye açık olacaktır.

2. Bağış Kabul Etme Yetkisinin 2860 Sayılı Yardım Toplama Kanunu’nun Kavramları Karşısında Durumu

5393 sayılı Belediye Kanunu/5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu ve 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu birlikte değerlendirildiğinde karşımıza ‘bağış’ ve ‘yardım’ kavramları çıkmaktadır. Türk Dil Kurumu bağışı, “*bağışlanan şey, yardım, hibe, teberru*” olarak, yardımı ise “... *Bir ülkeye bağış veya ödünç olarak verilen para ve ihtiyaç maddeleri... Bağış, iane... İşlerin daha etkin ve verimli olabilmesi için sağlanan katkı, destek*” olarak tanımlamaktadır^[71]. Kamu yönetimi ve sosyal hizmetler terminolojisi bakımından muhakkak aralarında küçük de olsa farklar olmakla birlikte kelime anlamı ve içerik bakımından bağış ve yardım kelimeleri birbirlerine oldukça yakın kelimelerdir.

2860 Sayılı Kanun’un 5. maddesine göre yardım toplama, yer alan makbuz düzenleme, kutu koyma, bankalarda hesap açma, yardım pulu çıkarma, piyango, gösteri, sergi, eğlence düzenleme gibi ilan veya duyuru nitelikli işlemlere girilmesi. Yine bu doğrultuda, 2860 sayılı Kanun’da, yardımın

[71] Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, ((Erişim Tarihi: 12.04.2020). Yardım tanımında yer alan ‘iane’ kelimesi de Kurum tarafından yine ‘yardım’ olarak tanımlanmıştır.

toplanma amacının, düzenlenen makbuz ve biletlerde yer alması zorunluluğu getirilmektedir. Söz konusu zorunluluk, belli bir amaç doğrultusunda toplanma olgusunun, yardımın belirleyici özelliklerinden biri olduğu şeklinde yorumlanabilir. Bu nedenle belediyelerin belirli bir dönemde belirli bir amaç için banka hesabı açarak ve bu hesapları, kaynakların kullanılacağı alanı da işaret ederek duyurması şeklinde uygulamalarının 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nda işaret edilen esaslara uygun şekilde yürütülmesi beklenecektir. Kişilerin, belediyelerin özel bir amaç için açık duyurdukları hesaplara değil, kendi girişimleri ile belediyelerin bütçesine gelir kaydedilecek şekilde mutata hesaplarına sundukları şartsız kaynaklar ise bağış niteliğinde olacaktır. Söz konusu bağış yetkisi, çalışmanın başından bu yana ele alındığı üzere mevzuatımızda açık şekilde tanınmıştır.

Bağış ve yardım terimlerinin kapsam ve yöntemlerinin kesin çizgiler ile birbirinden ayrılması her zaman tam olarak mümkün olamamaktadır. Örneğin bir belediyenin, bağış yapmak isteyen kişilere bu bağışın yolunu duyurması bir ilan niteliğinde mi olacaktır ve bu bir ilan niteliğinde olursa söz konusu kaynak doğrudan 'yardım' adı altında 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'na ve dolayısı ile bu Kanun'da öngörülen izinlere mi tabi olacaktır?

Belediyelerin bağış kabul etme yetkisi bakımından birçok Danıştay kararı bulunmakla birlikte bunların hiçbiri doğrudan belediyelerin bağış kabul etme ve yardım toplama faaliyeti arasındaki karmaşayı konu edinmemektedir. Fakat bu konu, 2019 yılında bir İçişleri Bakanlığı genelgesine konu olmuştur. Bakanlığın, yardım ve bağış arasındaki farkı yorumladığı genelgeye göre “*Derneklerin merkezinin, şubesinin veya temsilciliğinin bulunduğu yerde, yönetim kurulu üyeleri veya yönetim kurulunca yetkilendirilerek adına yetki belgesi düzenlenmiş kişiler tarafından, alındı belgesi karşılığında veya derneğin kendi web sitesi üzerinden bağış kabul edilebilmektedir. Ancak, organizasyonlarda bulunularak, ilan edilerek, duyuru yapılarak ya da kapı kapı dolaşarak kişi ve kuruluşlardan yardım yapması istenilecek ise, 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu kapsamında hareket edilmesi gerekmektedir*”^[72]. Bu yorumdan yola çıkarak örneğin bir belediyenin kendi internet sitesinden olduğu gibi kendi resmi sosyal medya hesabından kabul edeceği miktarlar yardım mı bağış mı olacaktır?

[72] T.C. İçişleri Bakanlığı Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğü, Yardım Toplama, <https://www.siviltoplum.gov.tr/yardim-toplama-hakinda> (Erişim Tarihi: 26.08.2021).

3. Bağış Kabul Etme Yetkisi Mevzuatının 2860 Sayılı Yardım Toplama Kanunu Karşısında Durumu

Avrupa Yerel Yönetimler Şartı'nın gerekleri, 1982 Anayasası'nda idari vesayetin istisnai bir yol olarak düzenlenmesi ve 5392 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nda belediyelerin bağış kabul etme yetkilerinin açık şekilde düzenlenmesi topluca göz önüne alındığında sistemin, belediyelerin mali özerklik bakımından çizdiği esaslar açık şekilde ortaya çıkmaktadır.

Çalışmanın ilk bölümünde incelendiği üzere Türkiye, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na taraf olup, söz konusu metin iç hukukumuz bakımından kanun hükmündedir. 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu 1983 tarihli bir kanundur. Belediyelere mali özerklik tanınması konusunda Anayasa ve yasada gerekli alt yapıyı kurma sorumluluğu ile bağlayan Şart, 1992 yılında iç hukukumuzda sonuç doğurmaya başlamıştır. Bu nedenle Şart'ın, belediyelere mali özerklik sağlayan hükümleri, 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nun 'yardım' toplanmasını kurallara bağlayan hükümlerine göre sonraki kanun niteliğindedir ve Şart'ın hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ele alındığı üzere 1982 Anayasası, idari vesayet yetkisini istisnai bir uygulama olarak kabul etmektedir. Belediye üzerinde, bağış kabul etme yetkisini sınırlandırıcı şekilde bir idari vesayet uygulanabilmesi ancak yasada açık bir hüküm olması ile mümkündür. 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu hükümlerinin kapsamının belirsizliği belediyelerin bağış kabul etme yetkisine dair açık bir idari vesayet yetkisi tanıdığını söylemeye engel olmaktadır.

Dolayısı ile bağış ve yardım terimlerinin, süreçlerin ve kapsamın belirsizliği karşısında, belediyelerin halktan elde edecekleri kaynakların 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nda yer alan kısıtlamaları tabi olması, Anayasa'nın idari vesayeti istisnai bir uygulama olarak kabul eden 127. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Yardım Toplama Kanunu'nun anayasaya aykırılık gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi önüne geldiği tek konu Kanun'un cezalara dair maddesi olup, Mahkeme davayı konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Kararda Yardım Toplama Kanunu'nun belediyelerin mali özerkliği bakımından Anayasa'ya aykırılığı teşkil edip etmediği hususunda bir açıklama, davanın konusu gereği yer

almamaktadır. Saptanabildiği kadarı ile Anayasa Mahkemesi'nin Yardım Toplama Kanunu, belediyelerin bağış kabul etme yetkisi bakımından incelendiği bir kararı da bulunmamaktadır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde incelendiği üzere 5393 sayılı Belediye Kanunu/5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, belediyelerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanun olmak bakımından, bağış kabul etme yetkisi noktasında özel kanun niteliğindedir. 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu ise adından da anlaşılacağı üzere yardım toplama konusunun düzenlendiği genel kanun niteliğindedir.

Özetle, bağış ve yardım terimlerinin ve süreçlerinin belirsizliği karşısında, belediyelerin halktan elde edecekleri kaynakların 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'nda yer alan kısıtlamaları tabi olmasının Şart'ta, Anayasa'da ve kanunlarda tanınan mali özerkliği sarsacağı açıktır. Kavramlar arası belirsizliğin ve tanınan mali özerkliğin zedelenme riskinin olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırılması için belediyelerin 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'na özel bir hüküm konarak bu Kanun'un kapsamı dışında bırakılması uygun bir çözüm gibi görünmektedir.

SONUÇ

Belediyelerin Anayasa'nın 127. maddesinde kendilerine verilen 'mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak' görevlerini yerine getirebilmeleri için bağış kabul etmeleri örnekleri sık görülen bir uygulamadır. Belediyelerin bağış kabul etme yetkisinin ele alındığı bu çalışmada, söz konusu yetki Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, 1982 Anayasası idari vesayet hükümleri ile 5392 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu üzerinden incelenmiştir.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, belediyelere açık şekilde mali özerklik tanımakta, bu özerkliğin kapsamını korunması bakımından taraf devletlere yükümlülükler yüklemektedir. Türkiye de Şart'a taraf olduğundan bu özerkliğin gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Şart'ın hükümlerine paralel olarak 1982 Anayasası da mahalli idarelerin kuruluş, görev ve yetkilerinin kanun ile düzenleneceğini öngörmektedir. İdari vesayetin ise ancak kanunda belirtilen esas ve usullere uygun olarak kurulabileceğine yer verilmektedir. 5392 sayılı Belediye Kanunu ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediye Kanunu, belediyelere açık şekilde bağış kabul etme yetkisi tanımakta, belediyeler, bütçelerine gelir kaydederek bağış alabilmektedir. Söz konusu kanunlarda veya başka bir yasal düzenlemede, belediyelerin bağış kabul etme yetkisini sınırlayacak bir idari vesayet yetkisi hükmü de bulunmamaktadır.

2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu, kurum, dernek, vakıf gibi oluşumların yardım toplama esas ve usullerini düzenlemekte olup, söz konusu yardım faaliyetlerini birtakım kural ve izinlere bağlamaktadır. Belediyelerin bağış kabul etme yetkileri, söz konusu Yardım Toplama Kanunu karşısında zaman zaman tehlikeye girmekte, kanunda açık şekilde tanınmış bir idari vesayet yetkisi olmamasına rağmen merkezi yönetimin belediyelerin mali özerkliğini ihlal edecek şekilde hareket etmesine imkan verebilmektedir. Tarafı olunan uluslararası sözleşme ve Anayasa hükümlerinin belediyelere tanıdığı mali özerkliğin kapsamı ve güvenceleri açık şekilde düzenlenmişken, Yardım Toplama Kanunu ile belediyelerin bağış kabul etme yetkisinin tartışmalı konuma gelmemesi için benimsenebilecek başlıca yollardan bir tanesi, belediyelerin 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'na getirilecek açık bir hüküm ile kapsam dışı bırakılmasıdır.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları ve İç Hukukumuz”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1989, C. 44, S. 3, ss. 155-173.

Aliefendioğlu, Yılmaz, “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu”, Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl, 11 Mayıs 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, 2008, ss. 153-166.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, https://www.tbb.gov.tr/mevzuat/kanunlar/Avrupa_Yerel_Yonetimler_ozerklik_Sarti.pdf (E.T. 04.05.2020).

Arslan, Ahmet, Kamu Harcama, Kılavuzu, Hermes Matbaacılık, 4. Baskı, Ankara, 2016.

Bulgan, Erkan, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve 5393 Sayılı Belediye Kanunu, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Eskişehir, 2008.

Bülbül, Duran, Yerel Yönetimler Maliyesi, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Council of Europe (2010), European Charter of Self- Government and Explanatory Report, https://www.ccre.org/img/uploads/piecesjointe/filename/charter_localselfgovernment_en.pdf (E.T. 04.05.2020).

Çelik, Abdullah, “Yerel Özerklik Açısından 5393 Sayılı Belediye Kanunu'nun Genel Bir Değerlendirilmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi C.18, S. 1, 2013, ss. 17-28.

Çetinkaya, Özhan, Mahalli İdareler Maliyesi, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015.

Çetinkaya, Özhan; Demirbaş, Tolga, “Belediye Gelirlerinin Analizi ve Mali Özerklik Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları 53. Seri, 2010, ss. 1-18.

Ercan, Erdem, Geçmişten Günümüze Yerel Yönetimlerde Mali Özerklik Anayasal ve Yasal Boyutuyla, Yerel Yönetimlere İlişkin Son Değişiklikler İşlenmiş, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, Ankara, 2019.

Ergül, Ozan, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir”, Yıldırım Uler’e Armağan, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, ss. 65-86.

Göçmen, İlke, “1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Türk Hukukunda Etki Doğurur mu: Malların Serbest Dolaşımının Üç Alt Unsuru Özelinde Bir Değerlendirme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 149, ss. 253-284.

Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 21. Baskı, Bursa, 2014.

Gözler, Kemal, Mahalli İdareler Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

Gözler, Kemal; Gürsel Kaplan, İdare Hukuku Dersleri, Ekin Yayınevi, Bursa, 2018.

Gözübüyük, Şeref; Tan, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, C. I, Turhan Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, 2008.

Günday, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara, 2011.

Hacı, Can, “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”, Yasama Dergisi, S. 12, 2009, ss. 5-65.

İçmen, Murat, İçmen, Rana, “Belediyelerde Mali Özerklik: Antalya Büyükşehir Belediyesi Gelir Yapısının Mali Özerklik Açısından Değerlendirilmesi”, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 7, 2020, ss. 34-49.

Kalabalık, Halil, Avrupa Birliği Ülkeleriyle Karşılaştırmalı Yerel Yönetim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

Keleş, Ruşen, “Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Karşısında Avrupa ve Türkiye”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi. C. 4, S. 6, 1995, ss. 3-19.

Kesik, Ahmet, “Yönetimler Arası Mali İlişkiler ve Türkiye Uygulaması”, Selçuk Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, C. 5, S. 10, 2005, ss. 75-103.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Koçak, Yüksel, Neo-Liberalizmin Türkiye’deki Belediye Hizmetlerinin Görülmesi Üzerindeki Etkisi: Özelleştirme, Savaş Yayınevi, Ankara, 2011.

Muratoğlu, Mahir, “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı ve Türk Hukuku”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011, ss. 737-775.

Mutluer, Kamil, Öner, Erdoğan Öner, Kesik, Ahmet Kesik, Bütçe Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 4. Baskı, İstanbul, 2018.

Mutluer, Kamil, Öner, Erdoğan Öner, Kesik, Ahmet Kesik, Teoride ve Uygulamada Kamu Maliyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, İstanbul, 2016.

Mutluer, Kamil, Öner, Erdoğan, Teoride ve Uygulamada Mahalli İdareler Maliyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.

Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Basımevi, İstanbul, 1996.

Öncel, Yenal, Mahalli İdareler Maliyesi, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 1992.

Pazarcı, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.

Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, 13. Baskı, Beta, İstanbul, 2019.

“Statutory Resolution CM/Res(2020)1 relating to the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe and the revised Charter appended thereto”, CM/Res(2020)1, 15 January 2020, <https://rm.coe.int/168099817d> (E.T. 05.11.2021).

Şengül, Ramazan, Yerel Yönetimler, Umuttepe Yayınları, 4. Baskı, Kocaeli, 2014.

Tan, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Ankara, 2014.

T.C. İçişleri Bakanlığı Sivil Toplumla İlişkiler Genel Müdürlüğü, Yardım Toplama, <https://www.siviltoplum.gov.tr/yardim-toplama-hakkinda> (E.T. 26.08.2021).

Tekin Apaydın, Deniz, “ Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın

Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2018, ss. 529-560.

Torun, Fatih, Belediye Gelirleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Ulusoy, Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2019.

Yeşilyurt, Nazile İrem, “Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 32, 2014, ss. 1-29.

Yeter, Enis, “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı Karşısında Türkiye: Anayasa ve İlgili Yasalarda Durum”, Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi, C. 5, S. 1, 1996, ss. 3-13.

Yılmaz, Zülfiye, Yerel Yönetimlerin Özerklik Hakkı, Yerel Özerkliğe İlişkin Avrupa Şartı'nın Taraf Devletlerde Uygulanması ve Türkiye Karşılaştırması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi, C. 2, S. 1, 1994, ss. 26-38.

Zevkliler, Aydın, Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

FAYDALANILAN MAHKEME KARARLARI

Avrupa Birliği Adalet Divanı Demirel Kararı, 30.10.1987, S. 12/86, Slg. 1987, 3719, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:0c24007e-e7b6-425a-8710-6121fdfc8eaf.0002.03/DOC_2&format=PDF (E.T. 06.11.2021).

Avrupa Birliği Adalet Divanı Sevince Kararı, 30.09.1987, S. 12/86, Slb. 1987, 37199, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:1dc69627-f5cc-4157-937b-97e8e27d6a31.0002.03/DOC_2&format=PDF (E.T. 06.11.2021).

AYM, T. 22.06.1988, E. 1987/18, K. 1988/23, (R.G. 26.11.1988, S. 20001).

AYM, T. 18.01.2007, E. 2005/32, K. 2007/3, (R.G. 29.12.2007, S. 26741).

AYM, T. 24.01.2007, E. 2005/95, K. 2007/5, (R.G. 29.12.2007, S. 26741).

AYM, T. 29.11.2012, E. 2011/100, K. 2012/191, (R.G. 22.02.2013, S. 28567).

AYM, T. 27.12.2012, E. 2012/102, K. 2012/207, (R.G. 02.04.2013, S. 28606).

AYM, T. 12.09.2013, E. 2013/19, K. 2013/100, (R.G. 18.09.2014, s. 29123).

AYM, T. 27.02.2014, E. 2012/87, K. 2014/41, (R.G. 26.07.2014, S. 29072).

AYM, T. 11.09.2014, E. 2014/72, K. 2014/141, (R.G. 10.01.2015, S. 29232).

AYM, T. 22.06.2016, E. 2015/106, K. 2016/128, (R.G. 23.09.2016, S. 29836).

AYM, T. 05.07.2018, E. 2018/7, K. 2018/80, (R.G. 06.10.2018, S. 30557).

AYM, T. 05.07.2018, E. 2018/15, K. 2018/78, (R.G. 26.11.2018, S. 30607).

AYM, T. 25.06.2020, E. 2019/11, K. 2020/35, (R.G. 19.08.2020, S. 31218).

Danıştay Daireler Kurulu, 22.12.1967, E. 1966/503, K. 1967/1145.

Danıştay Daireler Kurulu, 28.6.1968, E. 1965/160, K. 1968/524.

Danıştay 12. Dairesi, 24.4.1978, E. 1977/1349, K. 1978/955.

Danıştay 11. Dairesi, 26.10.1978, E. 1975/716, K. 1978/4789.

Danıştay 10. Dairesi, 8.3.1983, E. 1982/4004, K. 1983/457.

Danıştay Vergi Daireleri Kurulu, 4.11.1983, E. 1982/3, K. 1983/1.

Danıştay 10. Dairesi, 20.12.1988, E. 1987/56, K. 1988/2324

Danıştay 10. Dairesi, 10.11.1992, E. 1991/1262, K. 1992/3911.

COVID-19 Çerçevesinde Alınan Tedbirlerin Temel Hak ve Özgürlükler, Hukuka Uygunluk ve İdarenin Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi

Murat Buğra TAHTALI*

Makalenin Geliş Tarihi: 06.04.2021 **Kabul Tarihi:** 10.11.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1041184](https://doi.org/10.30915/abd.1041184)

* Dr. Öğr. Üyesi / İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı.
<https://orcid.org/0000-0003-2459-9938>

COVID-19 ÇERÇEVESİNDE ALINAN TEDBİRLERİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER, HUKUKA UYGUNLUK VE İDARENİN SORUMLULUĞU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

2019 yılının sonunda Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan Türkiye dâhil Dünyanın neredeyse tüm ülkelerine yayılan yeni tip Corona Virüsü (Covid-19), 2020 yılı mart ayı itibarıyla "Uluslararası Pandemi (Salgın)" olarak ilan edilmiştir. Salgının yayılmasının önlenmesi amacıyla alınan tedbirler kapsamında birçok devlet, çok sayıda sert tedbirler almaya başlamıştır. Ülkemizde de bu kapsamda olağanüstü hal ilan edilmeden olağanüstü tedbirler alınmış ve İçişleri Bakanlığı genelgeleriyle bir dizi düzenlemeye gidilmiştir. Bu dönemde tedbirler kapsamında yapılan müdahalelerin hukuki değerlendirmesi, hem temel hak ve özgürlüklerin güvencesi, hem de idarenin bu nedenle oluşacak zararlardan sorumlu olup olmadığının tespiti bakımından, geleceğe etki edecek ve emsal teşkil edecek niteliktedir. Bu çalışma, alınan tedbirlerin, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması/durdurulması boyutuyla Anayasal dayanağını ve tedbir kapsamında alınan kararlardan idarenin sorumluluğunu incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Covid-19

Temel Hak ve Özgürlükler

İdarenin Sorumluluğu

İdare Hukuku

İdari Yargılama Hukuku

LEGAL ASSESSMENT OF COVID-19 MEASURES AND THEIR EFFECT UPON FUNDAMENTAL RIGHTS AND FREEDOMS, LAWFULNESS AND ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITIES

ABSTRACT

In December 2019, an infectious disease outbreak caused by severe acute respiratory syndrome was reported in Wuhan, China and soon spread across the world including Turkey. A novel coronavirus was identified as Covid-19 by the WHO, issuing a 'global pandemic' notice in mid-March 2020. Many countries took firm administrative measures to contain the outbreak and prevent further spread, imposing curfew and restricting public gatherings. In this context, in our country, extraordinary measures were taken before the State of Emergency was declared and a series of regulations were made with the circulars of the Ministry of Interior. The legal evaluation of the interventions made within the scope of the measures in this period, both in terms of the guarantee of fundamental rights and freedoms, and the determination of whether the administration is responsible for the damages that may occur due to this reason, has a quality that will affect the future and set a precedent. The present work aims to analyse the constitutional basis of these emergency measures with their restrictive or suspending effects on the fundamental rights and freedoms, and the liability of the Government for damages caused by its decisions to the holders of rights and freedoms.

Keywords

Covid-19

Fundamental Rights and Freedoms

Responsibility of Administration

Administrative Law

Administrative Procedure Law

GİRİŞ

Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan ve 2020 yılının ilk yarısında da tüm dünyayı etkisi altına alan yeni tip Korona Virüsü (Covid-19) yalnızca Türkiye'de değil, aynı zamanda tüm dünyada sağlık nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin ciddi ölçüde sınırlandırılmasına ve hatta belli bir zamanla sınırlı olacak dahi olsa bazı hak ve özgürlüklerin durdurulmasına neden olmuştur. Her ne kadar bu süreçte salgın nedeniyle alınan bu tedbirler ile ilgili büyük ölçüde devletlere tam bir teslimiyet durumu söz konusu ise de bu dönemde yapılan kısıtlamalar, salgın tehlikesi ortadan kalktıktan sonrası için de devletlerin hak ve özgürlükleri sınırlaması hususunda emsal teşkil edecektir. Görünen o ki, gerek kamu hizmetlerinin gör(dür)ülme usulleri, gerekse hak ve özgürlüklerin kullanılması açısından salgın süreci sonrasında dünyada ve ülkemizde hiçbir şey artık eskisi gibi olmayacak, kamu hizmetleri ve temel hak ve özgürlükler bağlamında yeni ve farklı uygulamalar hepimizi bekliyor olacaktır.

Alınan tedbirler, Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ve bazı durumlarda kullanılmasının durdurulması sonucunu doğurmakla beraber, bu tedbirler nedeniyle milli ekonomiler, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de çok ciddi yara almıştır. Sürecin kademeli olarak sona ermesi ve hayatın normale dönmesi halinde dahi, görünen o ki, işsizlik sorunu önümüzdeki birkaç yılın en önemli gündem maddesi olacaktır.

Gelinen bu süreçte, ülkemizde alınan tedbirlerin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması hususunda Anayasaya uygunluğu ve ortaya çıkan ekonomik sorunlardan dolayı idarenin sorumlu olup olmadığı, sorumlu ise bu sorumluluğun idare hukuku bakımından nasıl olduğu konularının incelenmesi ve kişilerin tazminat istemlerinde izlenecek usulün tespit edilmesi büyük önem arz etmektedir.

Bu çalışmada Covid-19 tedbirleri, öncelikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması açısından Anayasal boyutuyla incelenecek, ardından alınan tedbirlerden idarenin sorumlu olup olmadığı tartışılacak, nihayet çözüm önerileri sunulacaktır. Çalışmanın, önümüzdeki sürece katkı sunması en büyük temennidir.

1. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASININ ANAYASAL DAYANAĞI

1.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Anayasal Dayanağına İlişkin Genel Bilgilendirme

Temel hak ve özgürlüklerin neler olduğu, nasıl denetleneceği, kötüye kullanılmasının ne şekilde önleneceği ve sınırlandırılmasının şartları Anayasada^[1] (AY) belirlenmiştir. Anayasanın 12. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin genel tanıtımı yapılmış, 14. maddesinde bu hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasaklanarak nelerin “kötüye kullanma” kapsamı içinde değerlendirileceği ifade edilmiş, bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına ilişkin ilkeleri belirleyen hükümler ise 13. ve 15. maddelerde düzenlenmiştir.

Anayasa terminolojisinde “*kısıtlanma*” terimi yer almamakla birlikte, Anayasada 13. maddede temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerdeki sınırlandırılma rejimi belirlenirken, 15. maddede, olağanüstü hallerde bu hak ve özgürlüklerin, sınırlandırılmasının da ötesinde, kullanılmasının durdurulması düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasamızda, farklı hallerde temel hak ve özgürlüklerin “*sınırlandırılması*” ve “*kullanılmasının durdurulması*” ayrı ayrı düzenlendiğinden, çalışmada bu iki durumu birden açıklayacak çatı kavram olarak “*kısıtlanma*” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

Çalışmamızda söz konusu hükümlerin dışında, konumuzla dolaylı şekilde bağlantılı olan Anayasa hükümleri de düzenleniş şekline ve sıralamasına uygun olarak ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

1.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvencesinin ve Kısıtlanmasının Dolaylı Anayasal Dayanağı

Covid-19 nedeniyle alınan tedbirler, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvenceleri kısıtlayıcı sonuçlar doğurduğundan, hem bu özgürlüklerin hem de Cumhuriyetin temel niteliklerini içinde barındıran 2. maddeye değinmek gerekmektedir. 2. maddenin önemi, Cumhuriyetin temel niteliklerini barındırması ve 1. ve 3. madde ile birlikte, 4. maddede koruma altına alınmış olmasıdır. Gerçekten de bu ilk dört madde incelendiğinde görülmektedir

[1] Metin içinde kullanılacak “Anayasa” ve “Anayasamız” ifadeleri, yürürlükte bulunan 1982 Anayasasını ifade etmektedir.

ki 1. maddede Devlet'in şeklinin "Cumhuriyet" olduğu^[2], 2. maddede Cumhuriyetin temel nitelikleri^[3], 3. maddede Devletin bütünlüğü, resmî dili, bayrağı, milli marşı ve başkenti^[4] hakkında hükümler yer almaktadır.

Nihayet 4. madde ile ilk üç maddenin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği belirtilerek bu üç maddedeki tüm hükümler Anayasal güvence açısından daha nitelikli ver ayrıcalıklı bir konuma getirilmektedir^[5].

Anayasanın 2. maddesinin, "Cumhuriyetin Temel Nitelikleri" başlığını taşıdığı düşünüldüğünde; bu maddede yer alan *demokratik devlet, laik devlet, sosyal devlet* ve *hukuk devleti* ilkelerinin, Anayasanın 1. maddesinde devletin şekli olarak belirlenen "Cumhuriyetin" taşıyıcı kolonları olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır.

Bu dört ilkeden konumuzla bağlantılı olanlar; temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından "*hukuk devleti*", süreç nedeniyle kişilerin uğradıkları zararların tazmin edilmesi bakımından ise "*sosyal devlet*" ilkeleridir.

Hukuk devleti, Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyet'in temel bir niteliği olarak belirtilmiş ise de tanımını Anayasada yapılmamıştır. Dolayısıyla bu ilkenin tanımını ve ihtiva ettiği anlam, doktrinadaki yazarların görüşleri ve yargı kararları ile netleştirilmeye çalışılmıştır. Bu kavram ilk kez

[2] **Anayasa Madde – 1:**
"Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir."

[3] **Anayasa Madde – 2:**
"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

[4] **Anayasa Madde – 3:**
"Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir. Bayrağı, şekli kanununda belirtilen, beyaz ay yıldızlı al bayraktır. Milli marşı "İstiklal Marşı"dır. Başkenti Ankara'dır."

[5] **Anayasa Madde – 4:**
"Anayasanın 1 inci maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."

Almanya'da 1860'larda iki Alman hukukçu tarafından hukuk literatürüne kazandırılmıştır^[6].

Doktrinde hukuk devleti için birçok tanım kullanılmakla birlikte temel anlamda tüm yazarların üstünde durduğu özellikler hemen hemen aynıdır. Bir görüşe göre hukuk devleti, keyfi devletin karşıtı olarak değerlendirilmiştir^[7]. Buna göre keyfi devlette, kamu görevlileri işlemleri yaparken kendi iradeleri ile bağılıdır ve bu bağılıklarının temelinde kamu yararına ilişkin kişisel değerlendirmeleri yatmaktadır^[8]. Dolayısıyla her kamu görevlisinin, ilgili işlemde kamu yararının nasıl sağlanacağı yönündeki görüşü kendisine has olacağından, hukuk kurallarının uygulanmasında sistem birliğı olmayan, keyfiyete dayalı bir yapı ortaya çıkacaktır. Oysa hukuk devleti; üstün devlet kudretinin zorlayıcılığına karşı kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması amacına özgülünmüş olup, bu ilkede ulaşılmak istenen nihai amaç, kamu kudretinin sınırlandırılması ve denetlenmesidir^[9]. Başka bir tanıma göre ise bu ilke, “*idare edilenlere hukuk güvenliğini sağlayan ve yerleşmiş hukuk düzenine yalnız bireylerin değil, idarenin de uymasını gerektiren bir ilke*” olarak tanımlanmıştır^[10]. Benzer bir ifadeyle bu kavram; “*faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağılı olan, yönetilenlere hukuki güvence sağlayan ve temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı devlet*” olarak açıklanmıştır^[11]. Yine bunlardan daha kısa olan hukuk devleti tanımında, bu ilkenin olmazsa olmaz unsuru üzerinden tanım yapılmıştır. Buna göre hukuk devleti ilkesi; “*devletin işlemlerinin hukuk kurallarına bağılılığı*” ile tanımlanmıştır^[12].

[6] Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 104.

[7] Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 109.

[8] Atay, 2016, s. 109, 110.

[9] Atay, 2016, s. 111.

[10] Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 27.

[11] Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 47; Halil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt:1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 62.

[12] Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 125.

Özünde birbirine benzeyen bu tanımlardan yola çıkarak, Anayasada ve sair mevzuatta tanımı yapılmayan bu ilkenin herkesçe kabul edilen unsurlarının olduğu, tanımlardaki farklılıkların ise yazarların bu unsurlardan hangisini / hangilerini öncelediği ile alakalı bir durum olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi de birçok kararında hukuk devleti ilkesini benzer ifadelerle tanımlamış ancak temel anlamda bu ilkeyi, “*Hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde, yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlet*” olarak tanımlamıştır^[13]. İşte temel hak ve özgürlüklerin Anayasada güvence altına alınmış olması, Anayasanın üstünlüğünü konu alan ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı kuralını düzenleyen 11. madde^[14] ile birlikte değerlendirildiğinde, hukuk devletine hizmet etmektedir. Dolayısıyla belirtmek gerekir ki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılabilmesi için, öncelikle Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin bulunması gerekmektedir. Aynı zamanda sınırlamanın ne şekilde yapılacağına ilkeler halinde Anayasa metninde belirtilmiş olması, bu temel hak ve özgürlükler açısından hukuk devletine uygun olarak ayrıca bir güvence getirmektedir.

1.3. Temel Hak ve Özgürlüklerin Güvencesinin ve Kısıtlanmasının Doğrudan Anayasal Dayanağı

1.3.1. Temel Hak ve Özgürlük Kavramları

Konumuzla doğrudan bağlantılı olan en önemli ilke temel hak ve özgürlükleri düzenleyen 12. maddedir^[15]. Maddede doğrudan tanım yapılmasa

[13] Anayasa Mahkemesi, 1985/31, 27.03.1986. Kararın tam metni için bkz <<https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y1987N19435S198629>>, (Erişim Tarihi: 07.05.2020)

[14] **Anayasa Madde – 11:**

“(1) Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

(2) Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.”

[15] **Anayasa Madde – 12:**

“(1) Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

bile cümlenin lafzından temel hak ve özgürlükler deyiminden “*kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez hak ve özgürlükler*” anlaşılmaktadır. Burada “temel hak” ve “özgürlük” olmak üzere iki kavram zikredilmektedir. Konunun temellendirilmesi açısından bu iki kavramı tanımlamakta fayda vardır.

Özgürlük, sözlükte “hürriyet” ile aynı anlamda kullanılmakta^[16] ve “*Her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu*” olarak tanımlanmaktadır^[17].

Hak kavramı ise, özgürlüğün somutlaşmış biçimi olarak ifade edilmektedir^[18]. Daha açık bir ifadeyle hak, özgürlüğün kullanılması aşamasında ortaya çıkan bir kavramdır^[19]. Dolayısıyla devlet (idare) tarafından bir hakkın kullanılmasına müsaade edildiği ölçüde özgürlük aynı zamanda bir hak olarak değerlendirilmektedir. “Temel haklar” ile “özgürlükler” arasında teorik olarak böyle bir ayırım var ise de Anayasada bu iki kavram genelde ya birlikte ya da birbirinin yerine kullanılmış, tam anlamıyla bu yönlü teorik bir ayırım Anayasada yer almamıştır.

1.3.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanmasının Anayasal Dayanağı

Temel hak ve özgürlüklerin hangi durumlarda ne şekilde sınırlandırılacağını belirleyen iki temel ilke Anayasanın 13., 14. ve 15. maddelerinde yer almaktadır. Bu maddeleri incelemeye geçmeden önce belirtmek gerekir ki 13. madde, olağan dönemlerde Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının genel ilkelerini belirlerken 15. madde olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde temel hak ve özgürlüklerin olağandan

(2) *Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*”

[16] Çalışmada “*hürriyet*” yerine, bu kavramla aynı anlama gelen “*özgürlük*” terimi kullanılacaktır.

[17] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&cguid=TDK.GTS.552c417ab93384.91451677, (Erişim Tarihi: 14.04.2015)

[18] Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000, s. 205.

[19] İbrahim Ömer Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1993, s. 13.

daha fazla olacak şekilde nasıl sınırlandırılabilirliğini ve hatta bu hakların kullanımının –olağanüstü dönem süreciyle sınırlı olmak kaydıyla- nasıl durdurulabileceğinin ilkelerini ortaya koymaktadır. Nihayet 14. madde ile de ayrıca bir sınırlandırma ilkesine yer verilmemiş; temel hak ve özgürlüklerin, tabiatı gereği nasıl kullanılması gerektiği yönündeki ilkeler -hangi durumlarda bu hakların kötüye kullanılmış kabul edileceğini belirtmek suretiyle- belirlenmiş, bu hakların kötüye kullanımı halinde müeyyidelerin (yaptırımın) kanunda düzenleneceği belirtilerek temel hak ve özgürlüklerle ilgili dolaylı bir sınırlama yoluna gidilmiştir^[20].

Konunun daha net anlaşılabilmesi için, Anayasanın 13. ve 15. maddelerindeki ilkeleri incelemekte fayda vardır.

1.3.2.1. Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasının Anayasal Dayanağı

Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı, Anayasanın 13. maddesinde yer almaktadır^[21]. Buna göre temel hak ve özgürlükler, tabiatları gereği, hayatın olağan akışı içinde dahi belli şartlar altında sınırlandırılabilir. Toplum halinde yaşamının bir sonucu olarak, temel hak ve özgürlüklerin herkes tarafından sınırsız kullanılması söz konusu olamaz. Zira bir temel hak ve özgürlüğün doğal sınırı, başkasının hak ve özgürlüklerinin başladığı alandır.

13. maddede yer alan olağan dönemdeki sınırlama ilkeleri şu şekilde sıralanabilir:

- Yapılan sınırlama, hakkın özüne dokunmamalıdır^[22].

[20] Aynı yöndeki görüş için bkz. Bülent Tanör, *İki Anayasa: 1961-1982*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994, s. 134.

[21] **Anayasa Madde – 13:**

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

[22] *Hakkın özü kavramı, 1961 Anayasası döneminde “sınırlamanın sınırı” olarak belirlenmiş ve 1982 Anayasası döneminde de 13. maddenin ilk halinde düzenlenmemekle birlikte, değişiklikten sonra yerini almıştır. Bu kavramın, “mümkün olan yasal sınırlama yapılırken dahi, temel hakların çekirdek çevresine değmemek” ilkesini ifade ettiği*

- Sınırlamanın yapılabilmesi için, hakkın düzenlendiği ilgili Anayasa maddesinde, bu hakka ilişkin özel bir sınırlama sebebine yer verilmiş olması gerekmektedir^[23].
- Sınırlama ancak kanunla yapılabilir. Bunun haricindeki bir norm ile (yönetmelik, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi veya adsız düzenleyici işlemlerle) bir sınırlama söz konusu olduğunda bu sınırlama 13. madde dolayısıyla Anayasaya aykırı olacaktır.

belirtilmektedir. Bilgi için bkz. Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, çev. Mumcu Ahmet, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 266. Benzer yöndeki tanım için bkz. Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 198. “*Hakkın özü*” şartının geri getirilmesi, doktrinde bu kavramın sınırlarının belirlenmesindeki zorluk ve uygulamada zorunlu kısıtlamaları Anayasaya aykırı hale getirmesi gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bu eleştiriler ve değerlendirmeleri için bkz. Kemal Gözler, “Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesi Üzerine Bir İnceleme)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001, S. 4, s. 58-60.

[23] Anayasanın 13. maddesinin ilk hali şu şekilde idi:

“(1) *Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*

(2) *Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.*

(3) *Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir*”. Dolayısıyla 13. maddenin ilk düzenlemesinde özel sınırlama sebeplerinin yanında bir de genel sınırlama sebepleri öngörülmüş, böylece çifte bir sınırlama sistemi getirilmişti. Ancak değişiklik sonrasında 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri kaldırılmış ve sadece ilgili maddede yer alması durumunda temel hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceği, aksi halde sınırlanamayacağı kuralı getirilmiştir. Bu yeni düzenlemenin, “özürlüklerin asil, sınırlamanın istisna olduğu” ilkesine uygun düştüğü değerlendirilmiştir. Bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme” in *Anayasa ve Uyum Yasaları*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003, s. 31. Ancak ilk bakışta muğlak ifadeler olması nedeniyle genel sınırlama sebeplerinin Anayasa m. 13 metninden çıkartılması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiş ise de aynı muğlak ifadelerin –genel sağlık, genel ahlak, kamu düzeni ifadelerinde olduğu gibi- Anayasanın çeşitli maddelerinde özel sınırlama sebepleri olarak yer almıştır. (Ör. Anayasa madde–20, 21, 22, 26, 33, 34, 51.)

- Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olamaz^[24].
- Sınırlama demokratik toplum gereklerine ve laiklik ilkesine aykırı olamaz.
- Sınırlama ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Özetlenecek olursa, Türk Hukuku'nda, hayatın olağan akışı içinde temel hak ve özgürlüklerin sınırsız olmadığı ve Anayasa ile güvence altına alınan bazı hak ve özgürlüklerin, yine Anayasada ilkeleri belirlendiği şekilde ve o hak ve özgürlüklerin düzenlendiği Anayasa maddesinde özel bir sınırlama sebebi bulunması halinde; 13. maddede belirtilen diğer ilkelere de bağlı kalmak şartıyla, kanunla sınırlandırılabilir.

1.3.2.2. Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanılmasının Durdurulmasının Anayasal Dayanağı

Temel ilke bu şekilde incelendikten sonra, sorulması gereken en önemli soru, olağanüstü bir durum yaşandığında temel hak ve özgürlüklerle ilgili güvencelerin ne olacağı, eğer sınırlanabiliyorsa; bu hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanacağıdır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki temel hak ve özgürlükler, olağan dönemde dahi belli şartlar altında sınırlanabilirken ve bu sınırlamanın nasıl yapılacağına ana çerçevesi Anayasa ile belirlenmiş iken, olağan dışı şartların geliştiği dönemlerde olağan döneme nazaran Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin daha fazla sınırlanabilmesi ve bu sınırlamanın nasıl yapılacağına ilkelerinin de Anayasada yer alması

[24] 13. maddenin ilk halinde, yapılacak yasal düzenleme ile getirilecek düzenlemenin Anayasanın sözüne uygun olmak şartına bağlandığı görülürken, 2001 değişikliği sonrası bu husus “Anayasanın sözüne ve ruhuna aykırı olmamak” şeklinde değiştirilmiştir. İlk bakışta bu iki düzenleme arasında uygunluk – aykırı olmama ifadeleri arasında herhangi bir farklılık olmadığı düşünülebilir. Benzer görüş için bkz. Gözler, 2001, s. 57. Ancak, doktrinde Anayasanın sözüne uygun olmak kavramının, Anayasanın sözüne ve ruhuna bağlı olmayı, bu söz ve öz dışında bir düzenleme yapmamayı gerektiren bir anlam ifade ettiği ve idareyi daha sınırlandıran bir kavram olduğu, ancak “aykırı olmamak” ifadesinin, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun düşme bile aykırı olmamak kaydıyla sınırlandırma yapılabileceğini ifade ettiği ve dolayısıyla daha fazla sınırlandırmaya elverişli bir kavram olduğu gerekçesiyle bu değişiklik eleştirilmiştir. Bilgi ve değerlendirme için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, C. 19, S. 1, s. 158, 159.

pek tabiidir. Bu noktada Anayasanın 15. maddesi^[25], aklımızdaki soruların cevabı niteliğinde olacaktır.

Anayasanın 15. maddesinin hangi hallerde uygulanacağı, maddenin ilk fıkrasının en başında sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesi ile tek tek belirlenmiştir. Bunlar;

- Savaş hali,
- Seferberlik hali ve
- Olağanüstü hal

15. maddeye göre, bu üç halden birinin varlığı halinde milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla ve durumun gerektirdiği ölçü ile sınırlı olmak kaydıyla, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması sınırlandırmanın da ötesine geçerek kısmen veya tamamen durdurulabilecektir. Bu durumun doğal bir sonucu olarak, bu maddenin uygulanmasını gerektiren olağanüstü durumun sona ermesi halinde tedbirler, sınırlamalar ve hakların kullanılmasının önündeki engeller de sona erecektir. Yine 15. maddenin birinci fıkrasına göre, idare, olağanüstü durumların varlığını gerekçe göstererek ve içinde bulunulan durumun olağan dışılığını bir an önce sona erdirmek amacıyla, Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler de alabilecektir. Maddede geçen “*bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.*” cümlesi; Anayasanın 13. maddesi ile getirilen ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ana ilkelerini belirleyen güvencenin, olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde, yine bir Anayasa maddesiyle geçici süreyle de olsa geçersiz kılınması olarak yorumlanabilir. Örneğin olağanüstü hallerde 15’inci maddenin çizdiği çerçeveye uymak koşuluyla, seyahat özgürlüğünün, Anayasanın ilgili maddelerine

[25] **Anayasa Madde – 15:**

“(1) Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasında kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

(2) Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

aykırı olarak sınırlandırılabilceği ifade edilmiştir^[26]. Son olarak, buradaki “temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması” hususunda, bu durdurmanın, kapsam ve süre bakımından en alt düzeyde tutulmasına dikkat edilmesi gerektiği bildirilmektedir^[27].

1.3.2.2.1. Savaş, Seferberlik ve Olağanüstü Hal Durumlarında Temel Hak Ve Özgürlüklerin Durdurulması

Peki, 15. maddeyle getirilen, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma / kullanımının durdurulması rejimi, hangi durumlarda söz konusu olacaktır? Olağanüstü yönetim usulü nasıl ortaya çıkacaktır ve bu durumun başka bir Anayasal dayanağı var mıdır ve varsa nedir? Bu soruların cevabı için, 15. madde ile birlikte anlam ifade eden Anayasanın 119. maddesini incelemekte yarar vardır.

1982 Anayasasında maddenin ilk halinde “Olağanüstü Yönetim Usulleri” başlığıyla yer alan 119. madde, kendisinden sonra gelen ve 2017 değişiklikleri sonrasında mülga edilen (yürürlükten kaldırılan) 120., 121. ve 122. maddelerdeki çeşitli hükümleri de içerecek şekilde “Olağanüstü Hal Yönetimi” adı altında yeniden düzenlenmiştir^[28].

[26] Kemal Gözler, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlanması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, S. 4, s. 561-565.

[27] Ahmet Mumcu ve Elif Küzeci, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012, s. 263.

[28] **Anayasa Madde – 119:**

“(1) Cumhurbaşkanı; savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, seferberlik, ayaklanma, vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma, ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması, şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması, tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması hallerinde yurdun tamamında veya bir bölgesinde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.

(2) Olağanüstü hal ilanı kararı, verildiği gün Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur.

(3) Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır; Meclis gerekli gördüğü takdirde olağanüstü halin süresini kısaltabilir, uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

119. maddenin son şeklinde, Olağanüstü Hal (OHAL) ilan etme yetkisi Cumhurbaşkanına ait olup, OHAL ilanını gerektirecek haller de şu şekilde sıralanabilmektedir:

- Savaş,
- Savaşı gerektirecek bir durumun varlığı,
- Seferberlik,
- Ayaklanma,
- Vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma,
- Ülkenin ve milletin bölünmez bütünlüğünü içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması,
- Anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması,
- Şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması,
- Tabii afet veya tehlikeli salgın hastalık ya da ağır ekonomik bunalımın ortaya çıkması.

Bu hallerden birinin veya birkaçının ülkenin tamamında veya belli bir bölgesinde ortaya çıkması halinde Cumhurbaşkanı, coğrafi kapsamı da kendisi belirlemek suretiyle OHAL ilan edebilir.

(4) Cumhurbaşkanının talebiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi her defasında dört ayı geçmemek üzere süreyi uzatabilir. Savaş hallerinde bu dört aylık süre aranmaz.

(5) Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.

(6) Olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanı, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, 104 üncü maddenin onyedinci fıkrasının ikinci cümlesinde belirtilen sınırlamalara tabi olmaksızın Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir. Kanun hükmündeki bu kararnameler Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Meclis onayına sunulur.

(7) Savaş ve mücbir sebeplerle Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplanamaması hâli hariç olmak üzere; olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri üç ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve karara bağlanır. Aksi halde olağanüstü hallerde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kendiliğinden yürürlükten kalkar.

İşte 119. maddenin 5. fıkrasındaki “*Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.*” hükmü uyarınca OHAL ilanı ile yürürlüğe giren geçici yeni rejimde alınması gereken olağanüstü tedbirler nedeniyle, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve kullanımının durdurulmasının nasıl olacağına ilişkin genel ilkeler, Anayasanın 15. maddesi hükümleri ile belirlenecektir.

Anayasanın OHAL ilanı ve yönetimini düzenleyen 119. maddesinin uygulanması, 15. maddedeki ilkelere bağlıdır. Başka bir ifadeyle, usulüne göre ilan edilen OHAL sonrasında yeni geçici rejimde temel hak ve özgürlüklere müdahalenin ne şekilde genişleyeceği ve müdahalenin sınırlarının neler olduğu sorusu, Anayasanın 15. maddesinde cevap bulmaktadır.

Ancak bu noktada sorulması gereken soru, OHAL ilan etmeden de 15. madde gereğince, Anayasada güvence altına alınan hak ve özgürlükleri –geçici süreyle de olsa- ortadan kaldıracak olağanüstü tedbirler alınabilip alınamayacağıdır.

1.3.2.2.2. OHAL İlan Edilmeksizin Temel Hak ve Özgürlüklerin Kullanımının Durdurulabilmesinin Anayasal Dayanağı Sorunu

Gerek Anayasa hukuku ve idare hukuku alanındaki doktrin kaynaklarında gerekse mahkeme kararlarında OHAL ilanı söz konusu olmaksızın, durumun gerektirdiği hallerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulabileceği yönünde herhangi bir yoruma rastlanamamıştır. Bunun nedeninin, Anayasa koyucunun, olağanüstü durumların varlığı halinde, 119. madde gereğince OHAL ilan edileceğini ve 15. maddede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durduran düzenlemelerin de böylece Anayasal bir dayanağa kavuşacak olması yönündeki beklentisi olduğu düşünülmektedir.

Her ne kadar, AY 15. madde hükmünde “... *olağanüstü halin ilanı durumunda*” ifadesi yerine “... *olağanüstü hallerde*” ifadesi yer almakta ise de 119 /5. maddede yer alan “*Olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile 15 inci maddedeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandıracağı veya geçici olarak durdurulacağı, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin*

nasıl yürütüleceği kanunla düzenlenir.” ifadesinin lafzından yola çıkılarak, 15. maddedeki olağanüstü hal rejiminin ve olağan dönemin ötesinde 13. maddede güvence altına alınan sınırlama ilkelerine aykırı olarak yapılacak düzenlemelerin mümkün ve Anayasaya uygun olabilmesi için, 119. maddenin şartlarının sağlanması, başka bir ifadeyle OHAL rejimine geçilmiş olması gerektiği düşünülmektedir. Başka bir deyişle, OHAL ilan edilmeden ve buna bağlı olarak OHAL Kanunu kendiliğinden yürürlüğe girmeden, 15. madde kapsamında tedbirlerin alınması, alınan tedbirlerin Anayasal dayanaktan yoksun olacağı anlamına gelmektedir. Nitekim OHAL ilan edilmeden, OHAL koşullarının ve dolayısıyla da 15. madde uyarınca Anayasal güvenceye aykırı tedbirlerin uygulanmasının Anayasaya aykırı olacağı hususu, aynı zamanda Anayasa koyucunun madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmektedir. Şöyle ki 15. madde ile ilgili olarak kaleme alınan gerekçede “*Hükümün uygulanabilmesi için savaş, sıkıyönetim yahut olağanüstü halin usulüne uygun yani kanunun öngördüğü surette ilan gerekir.*” ifadesine yer verilmiştir^[29].

2. COVID-19 SALGINI SÜRESİNCE TÜRKİYE'DE ALINAN TEDBİRLER

Dünyadaki birçok devlette olduğu gibi Türkiye’de de Covid-19 pandemisinin önlenmesi ve zararlarının en aza indirilmesi amacıyla farklı alanlarda birçok sınırlamaya gidilmiştir. Çalışmanın sistematığı bakımından önem arz etmesi nedeniyle, öncelikle bu tedbirler kronolojik sırasıyla incelenecek, sonrasında alınan bu tedbirler, hukuka uygunluk ve idarenin sorumluluğu bakımından değerlendirilecektir.

İlk vakanın görülmesinin ardından; aşamalı olarak tedbirlerle ilgili düğmeye basılmış ve 13 Mart 2020’de kamu görevlilerinin görevlerine istinaden veya şahsi sebeplerle yurt dışına çıkışı durdurulmuş, ivedi ve zorunlu olan durumlarda ise Valilik / Kaymakamlık izni ile çıkmalarına onay verilebileceği karara bağlanmıştır^[30].

[29] Yunus Emre Yılmazoğlu ve İsmail Emrah Perdecioğlu, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 80.

[30] 13 Mart 2020 tarihli ve 31067 sayılı 2. Resmi Gazete’de yayımlanan 2 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi. İlgili Genelge’ye ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200313-8.pdf>>. Erişim Tarihi 19.05.2020.

Salgının Türkiye'ye sıçraması ve ilk vakaların görülmeye başlamasının ardından, salgının yayılım hızının önlenmesi ve/veya en aza indirilmesi için 16 Mart 2020 tarihinde İçişleri Bakanlığı tarafından 81 il valiliğine gönderilen genelgeyle aynı tarih saat 00:00 itibarıyla kafe, restoran, çay bahçesi, tiyatro ve sinemalar, çocuk oyun alanları, taziye evleri ve çadırları gibi insanların bir arada buldukları tüm alanların faaliyetlerinin durdurulması ve düğün-nişan ve toplantı-gösteri yürüyüşü gibi etkinliklerin yasaklanmasına karar verilmiştir^[31].

Salgının önlenmesi ve kişi hareketliliğinin önüne geçilebilmesi amacıyla 20 Mart 2020 tarihinde yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile ülke genelinde her türlü bilimsel/kültürel aktivitenin ilk aşamada Nisan ayı sonuna kadar ertelenmesi kararlaştırılmıştır^[32].

21 Mart 2020 tarihi, ilk Covid-19 vakasının ülkemizde görülmesinden ve ilk kayıpların ilanından itibaren virüs salgınından en çok etkilenen ve en yüksek risk grubunda olduğu ısrarla belirtilen 65 yaş ve üstünde bulunan vatandaşlar ile kronik rahatsızlığı olan vatandaşlar için sokağa çıkma yasağı getirilmesi bakımından son derece önemli bir dönüm noktası olmuştur^[33]. Bu yasağın süreç açısından dönüm noktası olmasının sebebi, o güne kadar uzun süredir beklenmekte olan ve ayırım gözetmeksizin herkesin talep ettiği sokağa çıkma yasağının ilk adımı olmasıdır.

Aynı tarihli başka bir İçişleri Bakanlığı genelgesi ile 81 ilin tamamında bulunan berber, kuaför ve güzellik merkezlerinin tamamının geçici süreyle kapatılmasına karar verilmiştir^[34].

[31] Cumhurbaşkanlığı genelgesinin aksine bu genelge Resmi Gazete'de değil, İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayımlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-gelge-gonderildi>>, (Erişim Tarihi: 20.05.2020)

[32] 20 Mart 2020 tarihli ve 31074 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200320-18.pdf>>, (Erişim Tarihi: 19.05.2020)

[33] Bahse konu genelge İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayımlanmıştır. Genelge metnine ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-gelgesi>>, (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

[34] İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayımlanan genelgenin tam metnine ulaşmak için bkz. <<https://www.icisleri.gov.tr/bakanligimiz-81-il-valiligine>>

22 Mart 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 4 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi ile kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan personel için, tedbirler kapsamında esnek çalışma uygulamasına geçilmiş ve görevli oldukları gün dışında iş yerine gelmeyenlerin, idari izinli sayılacakları belirtilmiştir^[35].

25 Mart 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan 2283 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile Covid-19 kapsamında iş yerleri kapanarak zarara uğrayan esnaf ve sanatkarlara Halk Bankası tarafından verilen düşük faizli kredi kullanımlarında taksit ertelenmesi yapılması kararlaştırılmıştır^[36].

28 Mart 2020 tarihinde İçişleri Bakanlığı tarafından iller arası seyahat kısıtlamasının ilk adımı atılarak, otobüs, uçak ve tren seferlerini kullanacak kişilerin istisnai durumlar haricinde valiliklerden alacakları izin belgesi olmadan seyahat edemeyeceklerine ilişkin genelge yayımlanmıştır^[37].

2020 yılının Mart ayı yavaş yavaş artırılan tedbirlerin geçiş süreci olurken, Covid-19 pandemisi konusunda alınan tedbirlerin o tarihe kadar en fazla artırıldığı dönem ise Nisan ayı olmuştur.

3 Nisan 2020 tarihinde yine İçişleri Bakanlığı tarafından ilan edilen genelge ile otuz Büyükşehir Belediyesi ile Büyükşehir olmamasına rağmen vatandaşlarda görülen akciğer hastalıklarının yoğunluğu nedeniyle Zonguldak iline her türlü toplu taşıma, uçak, deniz yolu, yaya olarak ve özel araçlarla giriş-çıkışlar, istisnai durumlar hariç geçici olarak yasaklanmış, aynı genelgeyle 81 ilin tamamında geçerli olmak üzere, 01.01.2000 ve sonrası tarihte doğan kişilerin (kamuoyundaki deyişle 20 yaş altı vatandaşlar) sokağa

[koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-bir-genelge-daha-gonderdi>](#)

[35] 22 Mart 2020 tarihli ve 31076 Mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200322M1-1.pdf>>, (Erişim Tarihi: 19.05.2020)

[36] 25 Mart 2020 tarihli ve 31079 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. İlgili Cumhurbaşkanlığı kararına ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200325-3.pdf>>, (Erişim Tarihi: 20.05.2020)

[37] Bu genelge de Resmi Gazete’de değil, İçişleri Bakanlığı’nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-kapsaminda-ucakotobus-seferleri-genelgesi>>, (Erişim Tarihi: 20.05.2020)

çıkmaları yasaklanmıştır^[38]. Böylece 65 yaş üstündeki vatandaşlara getirilen 21 Mart 2020 tarihli sınırlamanın yanında, 20 yaş ve altındaki vatandaşların da sokağa çıkmaları yasaklanarak, yasağın kapsamı daha da genişletilmiştir.

İstanbul başta olmak üzere vatandaş nüfusunun yoğun olması nedeniyle otuz Büyükşehir ile daha önce de belirtildiği üzere bunlara ilaveten il genelinde akciğer rahatsızlıklarının fazla olması nedeniyle Zonguldak ili, pandemi sürecinde tedbirlerin en yoğun uygulandığı illerdir. Bu kapsamda, Covid-19 pandemisinin ülkemizde görülmeye başladığı günden itibaren birçok kişinin sürekli dile getirdiği ve kamuoyunun beklentisi haline gelen genel sokağa çıkma yasağı uygulaması, bahsedilen otuz bir ilde uygulanmak ve geçici bir dönem sadece hafta sonunu kapsamak üzere 10 Nisan 2020 günü saat 00:00 itibarıyla yürürlüğe konulmuştur^[39].

Bu tedbir, yine bu otuz bir ilde, sonrasındaki birkaç hafta boyunca hafta sonlarında ve resmi tatillere denk gelen günlerin de hafta sonuyla birleştirilmesi suretiyle uygulanmaya devam etmiştir.

Bu uygulamaya belli bir süre devam edildikten sonra, Sağlık Bakanlığı'nın günlük olarak açıkladığı verilerde, yeni vaka ve vefat sayılarının azalması, bunun yanında iyileşen hasta sayılarının artması sonucunda tedbirler belli ölçüde yumuşatılmaya başlanmış ve ilk aşamada seyahat yasağı ve sokağa çıkma yasağı uygulaması, bazı şehirler açısından sona erdirilmiştir. Ancak özellikle getirilen kısıtlamalar sonrasında yeniden bir rahvet ortamının doğmaması için, kısıtlamalardaki yumuşamaların, Ramazan ayının sonuna gelmesi, Bayram tatili ile beraber, gelenek kaynaklı bir refleksle ev ziyaretlerinin artacağı ve sosyal mesafenin korunmayarak alınan önemlerin anlamsız kılınacağı endişesiyle 23 Mayıs 2020 saat 00:00'dan tarihinden başlayarak, 27 Mayıs 2020 saat 00:00'a kadar olan süre içinde, tüm Türkiye genelinde sokağa çıkma yasağı uygulanmış ve süreç başından beri ilk kez tüm ülke

[38] Bahsi geçen genelge İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/sehir-giriscikis-tebirleri-ve-yas-sinirlamasi>>, (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

[39] Bahsi geçen genelde de diğerlerinde olduğu gibi, İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/2-gun-sokaga-cikma-yasagi>>, (Erişim Tarihi: 21.05.2020)

genelinde istisnai durumlar hariç getirilen bir kısıtlama İçişleri Bakanlığı'nın genelgesi ile uygulanmıştır^[40].

Alınan tedbirler neticesinde salgının yayılması dönem dönem kontrol altına alınabilmiş ise de 2021 yılı Nisan ayına gelindiğinde vaka ve vefat sayılarında ciddi bir artma görülünce, salgının başından itibaren tartışıl-
lagelen tam kapanma yeniden gündeme gelmiş ve 26.04.2021 tarihinde İçişleri Bakanlığı'nın 81 il valiliğine gönderdiği genelgeyle 29.04.2021 ile 17.05.2021 tarihleri arasında tam kapanmaya gidildiği duyurulmuş, bu dönemde zorunlu durumlar hariç herkesi kapsayacak bir kısıtlama getirilmiştir^[41]. Aynı dönemde istisnai durumdakiler hariç sokağa çıkma yasağı ve seyahat yasağı da ülke genelinde uygulanmıştır.

Alınan bu tedbirler sonrasında vaka ve vefat sayılarının kontrol altına alınmasının ardından, 1 Haziran 2021 itibariyle kısıtlamalar kademeli olarak gevşetilmiştir.

3. COVID-19 SÜRECİNDE TÜRKİYE'DE ALINAN TEDBİRLERİN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir önceki başlıkta kronolojik olarak sıralanan^[42], hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin işlemler; Cumhurbaşkanı kararı olarak, ya da İçişleri Bakanlığı genelgesi olarak tesis edilmiş olup, bu işlemler Anayasanın 15. maddesine ve dolayısıyla da hukuka uygun olup olmadığı bakımından değerlendirilmeye muhtaçtır. Çalışmanın amacına ulaşabilmesi için, bu kararlar; Anayasanın üstünlüğü ve diğer normların Anayasa ve kendi aralarındaki hiyerarşisini belirlemek açısından, öncelikle normlar

[40] Bu genelge de İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz <<https://www.icisleri.gov.tr/81-ilde-22052020-saat-2400-ile-26052020-saat-2400-arasinda-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlamasi>>, (Erişim Tarihi: 22.05.2020)

[41] Bu genelge de İçişleri Bakanlığı'nın resmi web sitesinde yayınlanmıştır. İlgili genelgeye ulaşmak için bkz. <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-tam-kapanma-tedbirleri-genelgesi-gonderildi>, (Erişim Tarihi: 16.11.2021)

[42] Çalışmada, konu ile doğrudan ilgili olan önlemler tarihsel açıdan sıralamaya tabi tutulmuştur. Ancak bu konuda çok daha ayrıntılı kronolojik sıralamaya ulaşmak için bkz <[https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=covid-19-hukuk-kronig%CC%86i-\(11-26-mart\)_637234231712445567.pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=covid-19-hukuk-kronig%CC%86i-(11-26-mart)_637234231712445567.pdf)>, (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

hiyerarşisi bakımından, sonrasında ise idari işlemin unsurları bakımından değerlendirilecektir.

3.1. Anayasada Yer Alan Güvenceler Bakımından Değerlendirme

Çalışmamızda öncesinde de ifade edildiği üzere, temel hak ve özgürlüklere yönelik kısıtlamaların ne şekilde yapılacağı Anayasanın 13. ve 15. maddelerinde ayrıntılarıyla düzenlenmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün Covid-19'un dünya çapında görülen bir salgın olduğunu ilan etmesinden sonra Türkiye'de de tedbirler alınmış olmakla beraber, usulüne uygun bir OHAL ilan edilmemiş olması nedeniyle 15. maddede öngörülen kısıtlamaların uygulanması Anayasa'ya göre mümkün değildir.

Tüm bu süreç incelendiğinde, alınan kararların –bir kısmı salgın süreci nedeniyle faaliyetlerini durdurmak zorunda kalan bazı sektörlerde çalışan kişilerin ekonomik olarak desteklenmesi amacına yönelik olsa da– büyük bir kısmının Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin bazılarının kullanımının, kısmen veya tamamen belli süreliğine durdurulması sonucunu doğurduğu değerlendirilmektedir.

Çalışmada daha önce yapılan kronolojik sıralamaya göre incelemek gerekirse; 13 Mart 2020 tarihinde yayımlanan 2 No'lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi kapsamında kamu görevlilerine getirilen yurt dışı seyahat yasağı ve zorunlu hallerde bu seyahatin Vali veya Kaymakamın iznine tabi kılınması, Anayasanın 23. maddesinde yer alan Yerleşme ve Seyahat Özgürlüğüne aykırıdır. Zira bahsi geçen maddenin 1. fıkrasında “*Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.*” ifadesine yer verildikten sonra 3. fıkrada bu özgürlüğün, “... suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; amacıyla kanunla sınırlandırılabilir.” hükmü getirilmiştir. Kararname ile getirilen tedbirlerin amacının herhangi bir suç soruşturma ve kovuşturmasını ilgilendiren veya suç işlenmesini önleyen bir tarafı olmadığından, bu aykırılık durumu ortaya çıkmaktadır.

Yine 16 Mart 2020 tarihli, İçişleri Bakanlığı tarafından 81 il valiliğine gönderilen ve “*kafe, restoran, çay bahçesi, tiyatro ve sinemalar, çocuk oyun alanları, taziye evleri ve çadırları gibi insanların bir arada buldukları tüm alanların faaliyetlerinin durdurulması ve düğün-nişan ve toplantı-gösteri yürüyüşü gibi etkinliklerin yasaklanmasına*” yönelik düzenlemeyi içeren genelge, AY. m. 34'te düzenlenen “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı”nın, 17. maddede düzenlenen “Kişinin Dokunulmazlığı,

Maddi ve Manevi Varlığı” hükmünün ve nihayet 27. maddede yer alan “Bilim ve Sanat Özgürlüğü”nün ihlalidir. Şöyle ki, genelge ile kafe ve restoranların, düğün/nişan ve taziye organizasyonlarının ve özelde kamuoyuna bir konu hakkında açıklama yapma hakkını barındıran toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yasaklanması her ne kadar 34. maddenin 3. fıkrasında “*millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla*” mümkün hale getirilmiş ve genel sağlığı da içinde barındıran “kamu düzeni” bu sınırlama sebeplerinin arasında sayılmış ise de aynı fıkranın devamında, 13. maddeye uygun olarak bu sınırlamaların “kanunla” yapılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla genelge ile getirilen bu sınırlama 34. maddenin öngördüğü bir sınırlama değildir. Yine aynı genelge ile kafe ve restoranların kapatılması ve tiyatro ve sinemaların faaliyetlerinin durdurulması, kişilerin sosyalleşmelerini ve kendilerini manevi olarak geliştirmelerini engelleyen dolayısıyla da manevi varlığını geliştirme hakkını kısıtlayan bir durumdur. Nihayet aynı genelgede tiyatro ve sinemaların faaliyetlerinin durdurulması, aynı zamanda bilim ve sanat özgürlüğünün engellenmesi anlamına gelmektedir.

20 Mart 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan Cumhurbaşkanlığı Genelgesi kapsamında her türlü bilimsel ve kültürel etkinliğin, ilk aşamada belli bir süreliğine de olsa yasaklanması aynı gerekçelerle 17. maddede düzenlenen kişinin manevi bütünlüğünü geliştirme hakkına ve 27. maddede düzenlenen Bilim ve Sanat Özgürlüğü’ne ve nihayet 34. maddede yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına aykırıdır.

Bu düzenlemeden hemen sonra, 21 Mart’ta yayımlanan İçişleri Bakanlığı Genelgesi ile 65 yaş üstündeki kişilere getirilen sokağa çıkma yasağı seyahat özgürlüğünü, aynı gün kuaför ve güzellik salonlarının belirsiz bir süreyle kapatılması, sanat icra eden bu kişilerin faaliyetlerinin yasaklanması nedeniyle bilim ve sanat özgürlüğünü, 28 Mart’ta 81 il valiliğine gönderilen İçişleri Bakanlığı genelgesiyle iller arası seyahati kısıtlayan düzenleme, 3 Nisan’da yayımlanan bir diğer genelge ile 30 Büyük Şehir ve Zonguldak iline giriş-çıkışları yasaklayan ve yurt genelinde 20 yaş altındaki gençlerin sokağa çıkma yasağını öngören düzenleme, 10 Nisan’da yayımlanan, sayılan 31 ilde hafta sonları için geçerli olmak kaydıyla belli süreliğine bu illerde yaşayan herkesin sokağa çıkmasını yasaklayan düzenleme ve nihayet 23 Mayıs tarihi itibarıyla Ramazan Bayramı süresince yurt genelinde sokağa çıkma yasağını

öngören düzenleme –Anayasada öngörülen şartları sağlamadığından- seyahat özgürlüğünü ihlal etmiştir.

Aynı durum, 26.04.2021 tarihinde 81 il valiliğine gönderilen genelge doğrultusunda 29.04.2021 – 17.05.2021 tarihleri arasında getirilen tam kapanma için de geçerlidir. Özellikle bu son tam kapanma genelgesi ile seyahat özgürlüğü, çalışma özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü gibi Anayasada yer alan birçok temel hak ve özgürlüğün kullanılması, Anayasada öngörülen şartlara aykırı olarak durdurulmuştur.

3.2. Normlar Hiyerarşisi Bakımından Değerlendirme

Normlar hiyerarşisi kavramı, “*hukuk normlarının derece ve kuvvetini belirlemekte ve bir hukuk düzeninde var olan normların çokluğu*” olarak tanımlanmıştır^[43]. Bu kavramı sistematize edenin Kelsen olduğu söylenece de bu görüşü savunanlar, aynı zamanda Kelsen’in, “normlar hiyerarşisi” kavramının doğrudan mucidi olmadığını, bu kavramın çok daha öncesinde, Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Federal Yüksek Mahkemesi’nde 1803 yılında görülen *Marbury v. Madison Davası*’nda ortaya atıldığını ifade etmişlerdir^[44]. Kelsenci anlayışa göre bir norm, ancak bir üst normun öngördüğü şekilde yaratılmışsa geçerli olup, hiyerarşinin her katı, geçerliliğini bu hiyerarşinin bir üst katından almaktadır^[45].

Anayasamızda normlar hiyerarşisi, doğrudan bu başlık altında düzenlenmiş bulunmamakta, aynı zamanda Anayasa metninde “normlar hiyerarşisi” kavramına da yer verilmemektedir. Bununla birlikte Anayasanın 137. maddesinde “Kanunsuz Emir” başlığı ile düzenlenen hükmün lafzına bakıldığında,

[43] Erdal Kuluçlu, “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, *Sayıştay Dergisi*, 2008, C. Temmuz-Eylül, S. 71, s. 3.

[44] Abdullah Sezer, *Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)* in *Anayasa Mahkemesi’nin 57. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019, s. 354.

[45] Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yayınevi, Bursa, 1999, s. 126.

normlar hiyerarşisinin genel resmi karşımıza çıkmaktadır^[46]. Buna göre en üstün norm Anayasa olup, kanunlar Anayasaya, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi kanuna ve Anayasaya, yönetmelik Cumhurbaşkanlığı kararnamesine, kanuna ve Anayasaya uygun olmak durumundadır.

Ancak Anayasanın 137. maddesi, tek başına normlar hiyerarşisinin tamamını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Zira Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu ve altında imzası bulunan uluslararası antlaşmalar da usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmakla birlikte iç hukuk kuralı haline gelecektir. Dolayısıyla uluslararası antlaşma hükümlerini de normlar hiyerarşisi bakımından bir yere koymak gerekmektedir. Uluslararası antlaşma hükümlerinin iç hukukumuzdaki ve normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek için Anayasanın 90/5. maddesi hükmü^[47] bize yol gösterici olmaktadır. Bahsi geçen fıkranın 1. cümlesinde uluslararası antlaşmaların iç hukukumuzdaki yeri ile ilgili genel bir hükme yer verilmiş ve bu hükümlerin “*kanun hükmünde*” olduğu ifade edilmiş, ancak 2004 yılında getirilen ek cümlede bu antlaşmalardan, “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümleri içerenler*” ile ilgili ayrı bir düzenleme yapılarak bu türdeki uluslararası antlaşmalar ile kanunların çelişmesi halinde uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı ifade edilmiştir.

AY. m. 90/5 hükmünün lafzi yorumdan hareketle, uluslararası antlaşmaların iç hukuk kuralları karşısındaki yerini, kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümler içerip içermemesi durumuna göre belirlemek gerekecektir. Buna göre, kişi hak ve özgürlüklerine ilişkin hükümlere yer veren uluslararası antlaşmalar, kanunlarla çelişmesi halinde doğrudan uygulanabilir nitelikte

[46] **Anayasa Madde – 137:**

“Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. ...”

[47] **Anayasa Madde – 90/5:**

“... ”

(5) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

olduğuna göre bunların kanunlardan üstün olduğu sonucu karşımıza çıkacaktır. Ancak bu kural diğer (ticari hükümleri içeren) uluslararası antlaşmalarla ilgili düzenlenmediğinden ve genel olarak uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtildiğinden, kişi hak ve özgürlükleri içermeyen uluslararası antlaşmaların kanunlarla eşit olduğu sonucunu doğurmaktadır. Tüm bu açıklamalardan hareketle normlar hiyerarşisini şu şekilde tablo haline getirmek mümkündür:



ŞEKİL-1: Pozitif hukukumuzda göre normlar hiyerarşisi piramidi.

Üstte yer alan örnek şekilde yer aldığı üzere, günümüz pozitif hukuk kaynaklarında normlar hiyerarşisi altı basamaktan oluşmaktadır.

Bunların en üstünde Anayasa, ikinci sırada Kişi Hak ve Özgürlüklerine İlişkin Uluslararası Antlaşmalar, üçüncü sırada Kanunlar ve Ticari Alandaki Uluslararası Antlaşmalar, dördüncü sırada Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri,

beşinci sırada Yönetmelikler ve nihayet en altında ise Adsız Düzenleyici İşlemler yer almaktadır^[48].

Konumuz açısından en önemli ve açıklamaya en muhtaç olan konu adsız düzenleyici işlemlerdir. İdare hukuku doktrinde maddi bakımdan işlemler; bireysel (birel) ve düzenleyici işlemler olmak üzere iki başlıkta incelenmekte olup, düzenleyici işlemler kendi aralarında Cumhurbaşkanlığı kararnamesi^[49], yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemler^[50] olarak üç başlık altında toplanmaktadır. Adsız düzenleyici işlemler de kendi arasında “yönerge”, “genelge”, “genel emir”, “tebliğ”, “tarife”, “kılavuz”, “imar planı” gibi alt başlıklara ayrılmaktadır^[51]. Bu düzenleyici işlemlerin ayrı ayrı zikredilmemesi ve “adsız düzenleyici işlem” adı altında toplanmasının sebebi, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ve yönetmelikten farklı olarak Anayasa’da zikredilmemeleri

[48] Metinde verilen “normlar hiyerarşisi piramidi” Anayasadaki düzenlemelerden yola çıkarak tarafımca yapılmış bir tablo olup, doktrinde bu normların sıralaması ile ilgili farklı yorumlar bulunmaktadır. Örneğin Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin kanunlarla eşit olduğunu iddia eden görüş için bkz. Yeliz Şanlı Atay, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 10, S. 2, s. 588-592 Başka bir değerlendirmede, AY. m. 90 hükmünden hareketle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler içeren uluslararası antlaşmalarla bu içeriğe sahip olmayan (ticari nitelikli) uluslararası antlaşmaların ayrı ayrı değerlendirilmesinden hareketle, ikinci türdeki (ticari) uluslararası antlaşma hükümleriyle kanunların çelişmesi durumunda, kanunların (iç hukuk mevzuatının) uygulanacağı yönünde Anayasa koyucunun zımnı bir iradesinin olduğu değerlendirilmekte, dolayısıyla bu görüşe göre ticari nitelikteki uluslararası antlaşmalar piramitte kanunların altındaki sırada konumlandırılmaktadır. Bu yöndeki değerlendirme için bkz. Kuluçlu, 2008, s. 5.

[49] Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin hukuki statüsünün, Anayasada zikredilen bir düzenleyici işlem olduğu yönündeki görüş ve ayrıntılı gerekçesi için bkz. Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 81.

[50] Doktrinde adsız düzenleyici işlemlere “diğer düzenleyici işlemler” de denildiği görülmektedir. Bilgi için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 327; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Karan, H. Eyüp Özdemir, Gül Üstün, Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 606.

[51] Çağlayan, 2019, s. 327; Ramazan Cengiz Derdiman, *İdare Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007, s. 31; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 87.

olarak açıklanmaktadır^[52]. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'da zikredilen düzenleyici işlemler dışında başkaca düzenleyici işlemler tesis edilmesinin, Anayasaya ve idare hukuku kurallarına aykırı olmayacağına karar vermiştir^[53].

Genelgeler, üstteki açıklamada da belirtildiği gibi, adsız düzenleyici işlemler arasında yer almaktadır. Covid-19 sürecinde Türkiye'de alınan tedbirler kapsamında getirilen kısıtlamalar, kronolojik olarak incelendiği bölümde de görüleceği üzere Cumhurbaşkanlığı kararı, Cumhurbaşkanlığı genelgesi veya İçişleri Bakanlığı tarafından çıkartılan genelgelerle getirilmiştir. Her iki düzenlemenin de hukuki statüsü bakımından (Cumhurbaşkanlığı kararı ve genelge) prensip olarak^[54] adsız düzenleyici işlemler olarak değerlendirilmesi, konumuz bakımından her iki işlemin özelliklerini ve normlar hiyerarşisi bakımından incelenmesini zorunlu kılmaktadır^[55].

Özellikle genelgelerin en belirgin vasfının, çoğunlukla idare için geçerlilik taşıyan, ilgili yasal düzenlemelerin hükümlerini yorumlamak ve açıklamak üzere yapılmaları olduğu belirtilmiştir^[56]. Her ne kadar genelgelerin de idare hukuku bakımından bağlayıcı oldukları belirtilmekte^[57] ise de bu işlemler, Anayasanın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun oldukları

[52] Çağlayan, 2019, s. 327.

[53] Anayasa Mahkemesi, 1990/19, 21.06.1991. İlgili karara ulaşmak için bkz <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21355.pdf>>, (Erişim Tarihi: 25.05.2020)

[54] Cumhurbaşkanlığı kararları kimi zaman bireysel işlem olarak da ortaya çıkabilmektedir. Ancak bu çalışmada, örneklerde olduğu gibi düzenleyici işlem niteliğindeki Cumhurbaşkanlığı kararlarının yapısı ve normlar hiyerarşisi içindeki yeri üzerinde durulacaktır.

[55] Cumhurbaşkanlığı kararı, terimsel olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri'ne benzetilmekte ise de yine Cumhurbaşkanı tarafından alınan ancak kararnamelerin şekil şartlarına tabi olmayan, hukuki statü olarak da adsız düzenleyici işlemler içinde yer alan düzenleyici işlemlerdir. Ayrıca iki işlem, yargı denetimi bakımından da farklılık göstermekte olup, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yargısal denetimi Anayasa Mahkemesi (Anayasa Yargısı) tarafından yapılırken, Cumhurbaşkanlığı kararlarının yargısal denetimi idari yargı tarafından yapılmaktadır.

[56] İl Han Özay, *Gün Işığında Yönetim II – Yargısal Koruma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 177.

[57] Derdiman, 2007, s. 31; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 87.

ölçüde Anayasaya uygundurlar. Başka bir deyişle, Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği ifade edilmişken, genelgelerle getirilen bir düzenlemenin –usulüne göre ilan edilmiş bir OHAL söz konusu olmadığı hallerde- temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümler içermesi halinde, bu genelgelerde yer alan temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan hükümler, Anayasaya aykırı hale gelmektedir. Bu durumda “*Anayasaya ve dolayısıyla da hukuka aykırı olduğu görülen bu genelgelerle konulan kuralların uygulanabilirliği ne olacaktır?*” sorusu akla gelebilir. Gerek doktrinde gerekse yargı içtihatlarında vurgulandığı üzere idari işlemlerin özelliklerinden en önemlisi hukuka uygunluk karinesinden yararlanmalarıdır. Başka bir ifadeyle, bir idari işlem; idarece geri alınmadığı veya hukuka aykırı olduğu yargı organları tarafından tespit edilmediği (idari yargı organları iptal edilmediği) sürece, yapılan işlemin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla genelge ile Anayasaya ve dolayısıyla hukuka aykırı olarak konulan kuralların, dava açma süresi içinde iptal davasına konu edilmesi ve idari yargı organları tarafından iptal edilmesi veya en azından iptal davası sonuçlanıncaya kadar bu kuralların uygulanmasının önüne geçilebilmesi için işlemin yürütmesinin durdurulmasının talep edilmesi ve görevli ve yetkili^[58] yargı organınca yürütmenin durdurulması kararı verilmesi gerekmektedir^[59].

[58] Danıştay Kanunu'nun 24/(b) maddesi gereğince, “*Danıştay, Cumhurbaşkanınca çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri dışındaki düzenleyici işlemlere ... karşı açılacak iptal ve tam yargı davaları ilk derece mahkemesi olarak karara bağlar*”. Covid-19 ile ilgili sınırlamaları içeren 2020/2 ve 2020/3 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgeleri de bu kapsama giren birer düzenleyici işlem olduğundan, söz konusu kısıtlamalara ilişkin hükümlerin iptali için açılacak davada görevli mahkeme Danıştay'dır. İdari yargı yerlerinde yetki, görevli mahkemenin ülke genelinde birden fazla olması halinde hangi coğrafi bölgedeki görevli mahkemenin bu davaya bakacağı ile ilgili bir husus olduğundan, görevli mahkemenin Danıştay olduğu durumlarda yetkili mahkemeyi ayrıca tartışmaya gerek bulunmamaktadır.

[59] İYUK m. 27/2 hükmünde geçen; “*Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, savunma alındıktan sonra yeniden karar verilmek üzere, idarenin savunması alınmaksızın da durdurulabilir.*” hükmü gereğince genelgenin iptali için idari yargı organına başvuran kişi veya kişilerin, işlemin hukuka

Konumuz bakımından, makalede daha önce kronolojik olarak incelen Cumhurbaşkanlığı genelgeleri ile İçişleri Bakanlığı'nın yayımladığı genelgelerin kendi içlerinde kategorik olarak incelenmesi gerekmektedir.

Öncelikle İçişleri Bakanlığı tarafından çıkartılan genelgelerde, İl İdaresi Kanunu'nun 11/(C) maddesi ile Umumi Hıfzıssıha Kanunu 27 ve 72. maddelerine dayanması, sınırlamanın kanunla öngörüldüğü ve ilk bakışta sınırlamanın temelini genelge değil kanun olduğu ve İçişleri Bakanlığı'nın genelgeleri ile getirilen kısıtlamaların normlar hiyerarşisi bakımından hukuka uygun olduğu ileri sürülebilir ise de çalışmada daha önce de bahsedildiği üzere; genelgelerin, “*kanunun hükümlerini yorumlamak ve açıklamak üzere*” çıkarıldığı göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu genelgelerin, bahsi geçen kanunları yorumlayan veya açıklayan hükümler getirmek yerine kendi başına hususi kısıtlamalar getiren yeni kurallar tesis ettiği düşünülmektedir. Zira ilgili genelgelere dayanak olarak gösterilen İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinde “*İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindedir. Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır.*” normu yer almaktadır. İçişleri Bakanlığı'nın çıkardığı genelgelerle getirilen kısıtlamaların bir diğer dayanağı olan Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 27. maddesinde “*Umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faideleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler.*” hükmü ile aynı Kanununun 72. maddesinde şu hükme yer verilmektedir:

“57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

1- Hasta olanların veya hasta olduğundan şüphe edilenlerin ve hastalığı neşrü tamim eylediği tetkikatı fenniye ile tebeyyün edenlerin fennen icap

aykırı olduğunu ve işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğabileceğini gerekçeli olarak belirtmesi ve bu iddianın yargı organınca kabul edilmesi gerekmektedir.

eden müddet zarfında ve sıhhat memurlarınca hanelerinde veya sıhhi ve fenni şartları haiz mahallerde tecrit ve müşahede altına vaz'ı.

2- Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki.

3- Eşhas, eşya, elbise, çamaşır ve binaların ve fennen intana maruz olduğu tebeyyün eden sair bilcümle mevaddın fenni tathiri.

4- Hastalık neşreden haşarat ve hayvanatın itlafı.

5- Memleket dahilinde seyahat eden eşhasın icap eden mahallerde muayenesi ve eşyalarının tathiri.

6- Hastalığın sirayet ve intişarına sebebiyet veren gıda maddelerinin sarf ve istihlakinin men'i.

7- Dahilinde sâri ve salgın hastalıklardan biri zuhur eden umumi mahallerin tehlike zail oluncaya kadar set ve tahliyesi.”

Son olarak madde metninde atıfta bulunulan 57. maddede sayılan hastalıklar ise “*Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi-paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı)–bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nıfası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tıfli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklar...*” ifadesi yer almakta, başka bir ifadeyle bu hastalık isimleri sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine göre sayılmaktadır. Dolayısıyla 72. maddede bahsedilen önlemlerin alınabilmesi, madde hükmü ile ancak bu hastalıklardan birinin varlığı şartına bağlanmıştır. Covid-19’un zatürreye sebep olduğu bilindiğinden, bu kanunun uygulanacağı düşünülmektedir.

Ancak İçişleri Bakanlığı genelgesi ile getirilen kısıtlamaların –OHAL ilanı söz konusu olmadığından- olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ilkeleri belirleyen Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil ettiği ve normlar hiyerarşisi bakımından hukuka aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Zira genelgelerin dayandığı kanun maddeleri valilere tedbir alma yetkisi vermekte ise de bu tedbirler ancak 13. maddede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin tedbirlere aykırı düşmediği ölçüde hukuka uygun olabilmektedir. Bu durum, il valilerinin aldığı sokağa

çıkma yasakları örneğinde incelendiğinde bu yasağın seyahat özgürlüğünü sınırlayıcı nitelikte olduğu görülmektedir. Genel sağlık, seyahat özgürlüğünü sınırlayan özel sebepler arasında yer almadığından, salgının etkilerinin önlenmesi veya azaltılması amacıyla alınmış dahi olsa bu sınırlama Anayasanın 13. maddesindeki ilkelerle çelişeceğinden Anayasaya aykırı olacaktır. Bir genelgenin Anayasaya aykırı olarak çıkartılması, normlar hiyerarşisine de açıkça aykırı olacaktır^[60]. Anayasanın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin sadece Anayasanın bu hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerinde yer alan özel sınırlama sebeplerine dayalı olarak sınırlanacağı ilkesi karşısında Hukukta özgürlük esas, sınırlama istisna olduğundan, doktrinde sınırlama sebebinin dolaylı olarak değil, doğrudan kanunda öngörülmüş olması gerektiği, genelgenin kanuna atıfta bulunmasıyla bu açıklığın söz konusu olamayacağı ve getirilen bu sınırlamanın 13. maddede öngörülen usule aykırı olacağı ifade edilmiştir^[61].

Yine metinde incelediğimiz ve kamu görevlilerinin yurt dışına çıkışına kısıtlama getiren 2020/2 Sayılı Cumhurbaşkanlığı genelgesi ile açık ve kapalı alanlarda düzenlenecek her türlü bilimsel, sanatsal ve kültürel toplantı ve gösterinin yasaklanmasına ilişkin 2020/3 Sayılı Cumhurbaşkanlığı genelgesi temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümler içermekle beraber, genelge şeklinde düzenlenmesine rağmen bu genelgelerde herhangi bir kanuni dayanak kullanılmamıştır. Doktrinde genelgenin de dâhil olduğu adsız düzenleyici işlemlerin Cumhurbaşkanının yetkisinde olduğu kabul edilmekle birlikte, bu işlemlerin ya kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile bir dayanağa oturtulmuş olması gerektiği ifade edilmiştir^[62]. Ancak her iki Cumhurbaşkanlığı genelgesi de az önce belirtildiği gibi herhangi bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayanmadığı gibi, Anayasa da açıkça belirtildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümlerin getirilmesi kural olarak mümkün

[60] Aynı yöndeki görüş için bkz. Seçkin Yavuzdoğan, “Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Birkaç Not”, *Adalet Dergisi*, 2020, C. 1, S. 64, s. 136, 137.

[61] Kemal Gözler, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”, www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm, (Erişim Tarihi: 20.10.2020)

[62] Özen Ülgen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, S. 1, s. 12.

olmayıp, bu durumun tek istisnası, olağanüstü yönetim usullerinde çıkartılan Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile yapılacak düzenlemelerdir. Covid-19 sürecinde OHAL ilan edilmemiş olması, böyle bir yönetim usulüne geçişi gerektirecek derecede olağanüstü bir durumun olmadığını gösterir ki bu durumda da bahsi geçen temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenlemeler Cumhurbaşkanlığı kararnamesine dayansaydı ve hatta bu düzenlemeler bizzat Cumhurbaşkanlığı kararnamesi adı altında yayımlanmış olsaydı da düzenleme Anayasaya uygun olmayacaktı. Bahsi geçen Cumhurbaşkanlığı genelgelerinin bu açılardan da normlar hiyerarşisi ve Anayasanın 13. maddesindeki ilkeler bakımından Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir.

3.3. İdari İşlemin Unsurları Bakımından Değerlendirme

İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 2/1 maddesinde, idari işlemler hakkında açılan iptal davalarını tanımlarken “*idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları*” ifadesi kullanılmıştır. Buna göre idari işlemin unsurları; *yetki, şekil, sebep, konu ve maksat* olarak belirlenmektedir. Kanunun lafzından, idari işlemin, bu unsurlardan biri bakımından dahi hukuka aykırı olması halinde işlem sakat olacağından, idarenin yaptığı işlemin hukuka uygun olabilmesi için tüm bu unsurları, mevzuatta öngörüldüğü şekilde içermesi gerekmektedir.

Covid-19 sürecinde alınan tedbirlerin bireysel işlem bakımından somut olaylara göre incelenmesi mümkün olmamakla birlikte, çalışmada özellikle Cumhurbaşkanlığı kararı ve genelge ile alınan tedbirlerin genel düzenleyici işlemler kapsamında idari işlemin unsurları bakımından değerlendirilmesi yoluna gidilecektir.

İdari işlemlerin yetki unsuru; işlemin mevzuatla idare amacıyla irade açıklama ehliyetine sahip kılınan kişi/kurul/makam tarafından yapılıp yapılmadığını, şekil unsuru; mevzuatta bir işlemin yapılışı bakımından herhangi bir şekil şartı veya usul öngörüldüğü takdirde işlemin bu şekil şartına veya usule uygun yapılıp yapılmadığını, sebep unsuru; idareyi o işlemi yapmaya sevk eden nedeni, konu unsuru; yapılan işlem ile hukuk âleminde meydana gelmesi beklenen neticenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, nihayet amaç

unsuru; mevzuatta öngörülen özel bir amaç olmaması halinde genel itibarıyla kamu yararını ifade etmektedir^[63].

Türk idari yapısında yürütme organının başında Cumhurbaşkanı olduğu tartışmasız bir gerçekliktir. Daha açık bir ifadeyle, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmesinden sonra yeni sistemi inşa etmek için, 703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile yeni sisteme geçişin temelleri atılmış, sonrasında çıkartılan 1 Numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile mevzuatın sisteme adaptasyonu sağlanmış ve bu iki önemli düzenlemenin ardından, başbakanlık ve bakanlar kurulu kaldırılmış tüm bakanlıklar, Cumhurbaşkanlığı'na bağlanmıştır. Dolayısıyla yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'nın ve ona bağlı olarak çalışan Bakanlıkların yönetmelik çıkarma yetkisi olduğu gibi, genelge çıkarma yetkisi de vardır. Covid-19 sürecinde alınan kararlar daha önce de ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanlığı Kararı, Cumhurbaşkanlığı genelgesi ve İçişleri Bakanlığı genelgesi şeklinde çıkarıldığından ve bu kararların yetkili merciler tarafından alındığı görüldüğünden söz konusu düzenleyici işlemlerde yetki unsuru bakımından herhangi bir hukuka aykırılık olmadığı düşünülmektedir.

Covid-19 sürecinde alınan tedbirler şekil unsuru bakımından değerlendirildiğinde tüm tedbirlerin ortak özelliğinin, (istisnalar hariç olmak üzere) temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümler içermesi olduğu görülmektedir. Çalışmada daha önce de ifade edildiği üzere Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması, olağan dönemler için 13. maddede, olağanüstü dönemler içinse 15. maddede düzenlenmiştir. Yine metinde daha önce de ifade edildiği üzere, temel hak ve özgürlüklerin 13. maddedeki sınırlama hallerine aykırı olacak şekilde kısıtlanabilmesi, başka bir deyişle 15. madde hükümlerinin uygulanabilmesi, ancak usulüne uygun olarak ilan edilmiş bir OHAL' in varlığı ile mümkündür. İşte Covid-19 sürecinde

[63] İdari işlemin unsurları konusunda tüm tanımlar yaklaşık bu yönde olup, bu tanımlar ile ilgili ayrıntılar ve bilgi için bkz. A. Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt:1 Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 369; Özay, 2010, s. 203-205; A. Şeref Gözübüyük, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 313; Çağlayan, 2019, s. 341-393; Derdiman, 2007, s. 524-532; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 274-301; Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 134-161; Yıldızhan Yayla, *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 115-141; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 2020, s. 365-435; Ali D. Ulusoy, *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s.381-430 .

OHAL ilan edilmemiş olmasına rağmen, Anayasanın 13. maddesinde öngörülen “kanunla sınırlandırma” ilkesine aykırı olarak temel hak ve özgürlüklerin genelgeler ve Cumhurbaşkanlığı kararı ile sınırlandırılmış olması, başka bir ifadeyle söz konusu düzenleyici işlemlerin kanuni dayanakları olmaksızın ve OHAL ilan edilmeksizin temel hak ve özgürlükleri sınırlandırıcı hükümler içermesinin, Anayasada öngörülen *şekil unsuruna aykırılık teşkil ettiği* düşünülmektedir. Bunun yanında Cumhurbaşkanlığı ve İçişleri Bakanlığı tarafından çıkartılan genelgelerin ilan usulünün öngörülen şekilde yapılıp yapılmadığı da şekil unsuru bakımından işlemin hukuka uygunluğunu etkileyecek bir husustur. Düzenleyici işlemlerle ilgili Anayasanın 104. maddesinde hüküm bulunmakta, bunlardan Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri’nin ve Cumhurbaşkanı tarafından çıkartılan yönetmeliklerin Resmi Gazete’de yayımlanacağı belirtilmektedir. Bu düzenleme dışında 2018 yılında yürürlüğe giren “10 Sayılı Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”^[64] nin 4. maddesinde Resmi Gazete’de yayımlanması zorunlu olan mevzuat sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde düzenlenmiş^[65] ve bu maddenin (ç) bendinde, “*Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazete’de yayımlanması uygun görülen karar*

[64] 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. İlgili sayının aslına ulaşmak için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180715-7.pdf>, ET. 18.10.2020.

[65] Resmi Gazete Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.4:

(1) *Resmî Gazete’de;*

a) *Kanunlar,*

b) *TBMM İçtüzüğü ve Başkanlık Divanınca Resmi Gazete’de yayımlanması istenen Türkiye Büyük Millet Meclisi kararları,*

c) *Milletlerarası antlaşmalar ve sözleşmeler,*

ç) *Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile Cumhurbaşkanlığınca Resmi Gazete’de yayımlanması uygun görülen karar ve genelgeler,*

d) *Özel kanunlarında Resmi Gazete’de yayımlanması öngörülen mahkeme kararları,*

e) *24/5/1984 tarihli ve 3011 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanunda belirtilen yönetmelikler,*

f) *Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakan atanması, görevine son verilmesi veya istifasına dair işlemler,*

g) *Cumhurbaşkanına vekâlet etme işlemleri,*

ğ) *Bağlı, ilgili veya ilişkili olunan kurum değişikliklerine dair kararlar,*

h) *Yüksek yargı organlarının üyeliğine seçilme kararları,*

ı) *Cumhurbaşkanınca yapılan seçme ve atamalar ile göreve son vermeler,*

ve genelgeler”, Resmi Gazete’de yayımlanması zorunlu mevzuat arasında gösterilmiştir. Ancak bakanlıklar tarafından çıkartılan genelgeler, bu maddede belirtilen ve Resmi Gazete’de yayımlanması zorunlu olan düzenli işlemler arasında gösterilmemiştir. Maddede, Cumhurbaşkanı tarafından uygun görülecek karar ve genelgelerin Resmi Gazete’de yayımlanacağı belirtildiğinden ve makaleye konu olan her iki Cumhurbaşkanlığı işlemi de Resmi Gazete’de yayımlandığından, bununla birlikte İçişleri Bakanlığı genelgeleri her ne kadar Resmi Gazete’de yayımlanmamış olsa da 4. maddede Resmi Gazete’de yayımlanması gereken düzenleyici işlemler arasında yer almamış olduğundan, alınan bu kararların bu bakımdan şekil unsuru noktasında herhangi bir sakatlığı bulunmamaktadır.

Sebeb unsuru, idareyi işlem yapmak için harekete geçiren neden olduğundan, idareyi, temel hak ve özgürlükleri genelge ve Cumhurbaşkanlığı kararıyla sınırlandırma noktasında harekete geçirecek bir durumun olması gerekmektedir. Tekrara düşmemek amacıyla, daha önce belirtilen gerekçelerle, bu hak ve özgürlüklerin bahsi geçen düzenleyici işlemlerle kısıtlanabilmesinin, ancak OHAL ilanı ile mümkün olacağı belirtilmelidir. Bu açıdan Covid-19 tedbirleri kapsamında yayımlanan ve tedbirlerin uygulanması amacıyla temel hak ve özgürlüklere kısıtlama getiren hükümleri barındıran İçişleri Bakanlığı genelgeleri ile 2 ve 3 Sayılı Cumhurbaşkanı Genelgelerindeki düzenlemelerin, *sebeb unsuru bakımından da hukuka aykırı olduğu* değerlendirilmektedir.

Sebeb ve konu unsurları, deyim yerindeyse zincirin halkaları misali neden-sonuç ilişkisiyle birbirlerine bağlıdır. Konu unsuru, daha önce de tanımlandığı üzere, yapılan idari işlemle hukuk âleminde meydana gelmesi beklenen neticenin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu açıdan bakıldığında, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması OHAL ilanı olmadığı takdirde ancak kanunla söz konusu olabileceği için, kanun dışında bir düzenleyici işlemle bu sınırlamaların yapılması, hukuk âleminde meydana gelmesi beklenen neticenin gerçekleşmemiş olduğunun göstergesidir. Daha açık bir

i) Sınır tespit kararları, idari bağıllık değişikliğine dair kararlar, belediye kurulmasına dair kararlar, yer adlarının değiştirilmesine dair kararlar,

j) Özel kanunlarında Resmi Gazete’de yayımlanması belirtilen diğer işlemler, yayımlanır.

(2) Birinci fıkrada sayılanlar dışında Resmi Gazete’de yayımlanmasına lüzum görülen hususlar Cumhurbaşkanlığıınca belirlenir.

ifadeyle, OHAL ilanı söz konusu olmadan, düzenleyici işlemlerle temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması sonucunun doğması hukuk alanında meydana gelmesi beklenen bir sonuç olmadığından, bahse konu düzenleyici işlemlerle getirilen kısıtlamaların, *konu unsuru bakımından da hukuka aykırı olduğu* düşünülmektedir.

Nihayet idari işlemlerin temel amacı kamu yararı olduğundan, söz konusu düzenlemelerle getirilen kısıtlamaların amaç unsuruna uygun olup olmadığını iyi değerlendirmek gerekmektedir. Her ne kadar, tüm dünya ülkelerinde olduğu gibi, ülkemizde de Covid-19 salgını ciddi bir yaşam güvenliği sorunu olup, getirilen sınırlamaların da salgının artmasının önlenmesi açısından hayati öneme sahip ve alınması zorunlu tedbirler olduğu aşikâr ise de alınan tedbirlerin Anayasada öngörülen kurallara uyulmadan alınmış olması, Anayasanın üstünlüğünü kural altına alan 11. maddeye ve temel hak ve özgürlüklerin; “*herkesin kişiliğine bağlı, vazgeçilmez, devredilmez haklar olduğunu*” beyan eden 12. maddeye aykırılık teşkil eder. Başka bir ifadeyle salgın koşulları karşısında alınan tedbirler özellikle yaşam hakkının korunması bakımından kamu yararına uygun görülse de pandemi süreci sonrasında tüm dünyada “*artık hiçbir şeyin eskisi gibi olmayacağı*” öngörüsü karşısında temel hak ve özgürlüklere Anayasada öngörülen güvencelere aykırı olarak müdahale edilmesine ilişkin bir emsal durum meydana getirdiğinden alınan tedbirlerin yerindeliliğini gölgede bırakmakta ve işlemler kamu yararına yani *amaç unsuruna aykırı* hale gelmektedir.

Görüldüğü gibi, mevcut durumda temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin (bireysel işlemler) ve bu müdahalelere dayanak olarak gösterilen düzenleyici idari işlemler bakımından; şekil, sebep, konu ve amaç unsurları bakımından sakat olduğu düşünülmektedir.

Çalışmada daha önce de değinildiği üzere İYUK 2. madde hükmü, idari işlemin bu 5 unsur bakımından da hukuka uygun olması gerektiğini, başka bir ifadeyle işlem bu unsurlardan biri veya birkaçı bakımından hukuka aykırı olduğu takdirde sakat hale geleceğini bildirmektedir.

Çalışmanın bu kısmına kadar, Covid-19 süresince alınan tedbirlerin, Anayasa ve idari işlemin unsurları bakımından hukuka aykırı olduğu gerekçeleriyle birlikte değerlendirilmiştir. Bu nokta akla şu soru gelmektedir: Covid-19 kapsamında alınan tedbirlerin idari davalara konu olabilmesi söz konusu olabilir mi?

Bu sorunun cevabı İYUK hükümlerinde gizlidir.

Çalışmanın en önemli sonuçlarından biri olan bu hususu biraz ayrıntılı değerlendirmekte fayda vardır.

İYUK 2. madde hükmü^[66] gereğince, idari yargıda görülecek davalar temel anlamda iki türlü olup bunlar iptal ve tam yargı davalarıdır^[67]. Ancak her iki dava da ilk inceleme ve esas incelemesi olmak üzere iki aşamadan oluşmaktadır. İlk inceleme, davanın esas aşamasına geçilmeden önce idari yargı organlarının çeşitli kriterlere göre yaptığı incelemeden oluşmaktadır. Bu kriterlerin neler olduğu ve sıralaması ise İYUK 14. maddede gösterilmektedir^[68].

[66] **İYUK Madde-2:**

a) İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,
b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,
c) (Değişik: 18/12/1999-4492/6 md.) Tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi için yapılan her türlü idari sözleşmelerden dolayı taraflar arasında çıkan uyuşmazlıklara ilişkin davalar.”

[67] Maddede her ne kadar “*idari sözleşmeden doğan davalar*” ifadesi yer almakta ve bu davanın ayrıca zikredilmesi idari yargıda üçüncü bir davanın olduğu gibi bir anlama yol açmakta ise de idari sözleşmelerin idari işlemin unsurları bakımından sakat olması ve bu sakatlıkların kişilerin menfaatlerini zedelemesi halinde bu sözleşmeler iptal davasına, sözleşmelerin uygulaması nedeniyle kişilerin doğrudan zarara uğraması halinde ise tam yargı davasına konu olabilecekleri göz önünde bulundurulduğunda idari sözleşmelerden doğan davaların, bu iki temel dava türü içinde eridiği ve ayrı bir dava türü olmadıkları kabul edilmektedir.

[68] **İYUK Madde – 14/3:**

“...
Dilekçeler, Danıştay'da daire başkanının görevlendireceği bir tetkik hakimi, idare ve vergi mahkemelerinde ise mahkeme başkanı veya görevlendireceği bir üye tarafından:
a) Görev ve yetki,
b) İdari merci tecavüzü,
c) Ehliyet,
d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,
e) Süre aşımı,
f) Husumet,
g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları, Yönlerinden sırasıyla incelenir.”

İYUK 14/3 maddesi hükmünde belirtilen ilk inceleme koşulları incelendiğinde, dava açma ehliyetinin, ilk inceleme kriterleri arasında sayıldığı görülmektedir. Dava açma ehliyetinin ne olduğu sorusunun cevabı da İYUK 2. madde hükmünde saklıdır. Buna göre iptal davaları ve tam yargı davaları için iki ayrı dava açma ehliyeti öngörülmüş, iptal davalarını açabilmek için idari işlem dolayısıyla “*davacının menfaatinin ihlal edilmesi*”, tam yargı davaları içinse “*davacının kişisel hakların doğrudan muhtel olması (zarara uğraması)*” dava açma koşulu olarak kabul edilmiştir. Başka bir anlatımla, bir idari davanın esasına geçilebilmesi yani iptal davaları açısından işlemin unsurlar bakımından sakat olup olmadıklarının değerlendirilmesi, tam yargı davaları için ise uğranılan zararlar yapılan idari işlem arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığının ve idarenin sorumluluğunun olup olmadığının tespit edilebilmesi için, öncelikle davanın doğru kişi/kişiler tarafından açılmış olması gerekmektedir.

Bu açıklamalardan hareketle, tedbirler kapsamında yürürlüğe konulan düzenleyici işlemler ve bunların uygulanması kapsamında yapılan bireysel işlemler nedeniyle menfaati zedelenen kişilerin, söz konusu işlemleri iptal davasına konu edebilmelerinin ve sonuç almalarının önünde bir engel bulunmamaktadır.

Burada akıllara diğer bir idari dava türü olan tam yargı davasının mümkün olup olamayacağı sorusunun da gelmesi pek tabiidir. İlk inceleme kriterlerinden ehliyet bakımından şartları sağlayan kişi/kişilerin dava açması halinde diğer ilk inceleme koşullarında da herhangi bir sorun yok ise tam yargı davasının ilk kısmı atlatılmış olacaktır. Ancak davanın esas bakımından idari yargı organlarınca kabul edilmesi, başka bir deyişle idarenin sorumluluğunun tespit edilerek idarenin tazminata mahkûm edilmesi ayrı bir başlık altında incelenmesi gereken önemli bir husustur. Çalışmayı nihayetlendirmeden önce, çalışma ile varılmak istenen hedefe ulaşmak için, son olarak bu önemli hususun da incelenmesi gerekmektedir.

4. COVID-19 SÜRECİNDE ALINAN TEDBİRLERİN İDARENİN SORUMLULUĞU ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Covid-19 sürecinde alınan tedbirler, dünya genelinde olduğu gibi ülkemizde de farklı sektörlerde ve farklı özelliklerde birçok alanda zarara neden olmuştur.

Kafe, restoran, kır bahçesi, kıraathane gibi insanların toplu şekilde bulunduğu yerlerin kapatılması, düğün gibi yine kalabalık bir insan topluluğunun sosyal mesafeye uyma ihtimallerinin zor olduğu organizasyonların iptal edilmesi, berber / kuaför / güzellik salonu gibi kapalı ve insanların yakın mesafede durmak zorunda oldukları yerlerin geçici süreyle kapatılması, 65 yaş ve üstü kişiler için salgından korumak için sokağa çıkma yasağı getirilmesi, seyahat kısıtlaması nedeniyle otobüs ve uçak seferlerinin uzunca bir süre sefer yapamaması, yine 30 Büyükşehir ile Zonguldak ilinde belirli süreliğine giriş çıkışların kural olarak kısıtlanması ve istisnalar dışında bu şehirlerin arasındaki akaryakıt istasyonlarının da bu sürelerde kapalı ve işlevsiz kalması ve sokağa çıkma yasağının hafta sonları ve belli günlerde uygulandığı şehirlerde kısıtlama süresi boyunca eczanelerden oto lastikçilere, şehir içindeki akaryakıt istasyonlarına kadar birçok işletmenin sadece belli günlerde açık olmasına izin verilmesi ve sinema / tiyatro / opera / bale gibi kültür merkezlerinin uğradıkları zararlar ve özel sektörde faaliyet gösteren sanayi tesislerinin faaliyetlerini durdurmaları nedeniyle küçülmeye gitmeleri sonucunda işsiz kalan kişiler, bunlardan sadece ilk aşamada akla gelenlerdir.

Covid-19 süreci sadece ekonomik zararlara neden olmakla kalmamış, aynı zamanda pandemi sürecinde aşının ve genel kabul gören bir tedavi sürecinin bulunamaması nedeniyle bir çok kişinin hayatını kaybetmesine de sebebiyet vermiştir. Özellikle sürecin en başından itibaren hastalarla doğrudan temas halinde bulunan sağlık çalışanlarının virüse yakalanarak sağlıklarını ve hatta hayatlarını kaybetmeleri gibi sorunlarla karşılaşmıştır.

Sayılan bu kısıtlamalara gidilmemiş olsa idi, salgının Türkiye’de; Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri’ne göre çok daha kontrollü seyretmesi ve sağlık sistemi çökmeden bu sürecin atlatılmasını sağlamanın mümkün olmayacağı aşikârdır. Başka bir deyişle genel sağlık, kamu düzeninin en önemli unsurlarından olup, bu durumlarda en fazla öncelik verilmesi gereken husustur. Bununla birlikte yukarıda belirtildiği gibi, alınan bu tedbirler ve getirilen kısıtlamalar neticesinde birçok sektör uzunca bir süre “*sıfır gelir, zorunlu gider*” prensibi ile kazancı olmadan bu süreci geçirmeye gayret etmiştir. Yani bu süreçte farklı sektörlerde ve iş kollarında kazanç sağlayan birçok kişinin zarara uğradığı da önemli bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşte alınan bu tedbirler nedeniyle bahsi geçen kişilerin uğradıkları zararlar nedeniyle idareden tazminat talebinde bulunma olasılığının hukuken mevcut olup olmaması, tam yargı davalarının esasına ilişkin bir durumdur.

Bu olasılığın varlığı ise ancak idarenin sorumluluğu çerçevesinde açıklanabilir. Genel ve en basit tanımıyla idarenin sorumluluğu; “*idarenin eylem ve işlemlerinden doğan zararların yine idare tarafından giderilmesi*” olarak tanımlanmaktadır.^[69]

İdarenin sorumluluğu, kusur sorumluluğu (hizmet kusuru) ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki türdür. Bu iki sorumluluk türünün ayırımına girmeden önce belirtmek gerekir ki, tazminat sorumluluğunun genel ilkesi çerçevesinde her iki türdeki sorumluluk için de üç temel şartın somut olayda bulunması gerekmektedir.^[70]

- İdarenin eylem veya işlemi,
- Zarar,
- Kişinin uğradığı zararlar idarenin eylem veya işlemi arasındaki illiyet bağı.

İdarenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kural olarak^[71] oluşan zararın idarenin eylem veya işleminden kaynaklanması gerekmektedir.

Kusur sorumluluğunda, kamu hizmetlerinin kötü ve/veya geç işlemesi yahut hiç işlememesi nedeniyle idarenin^[72] kusurlu davrandığı durumların

[69] Bu ve benzer tanımlar için bkz. Derdiman, 2007, s. 134; Günday, 2011, s. 367, 368 Yayla, 2010, s. 351.

[70] Çağlayan, 2019, s. 655-664.

[71] Bu üç şartın hepsinin birden var olması idarenin kusur sorumluluğunda olduğu gibi kusursuz sorumluluğunun varlığında da aranmakta olup, Danıştay içtihatlarından ve doktrindeki çoğunluktan hareketle bu durumun tek istisnası kusursuz sorumluluk ilkesinin bir alt ilkesi olan sosyal risk ilkesinde zararlar idarenin davranışı arasında illiyet bağının bulunma şartının bulunmamasıdır.

[72] 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, idare amacıyla işlem yaparak veya eylemde bulunarak kusurlu davranışlarla kişilerde zarara neden olan memur da idare ile birlikte müteselsil sorumlu olarak kabul edilmekte ise de bu durum 657 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birinci derece sorumluluğun idarede olacağı şekilde düzenlenmiştir. Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Ramazan Yıldırım, *Türk İdari Rejimi Dersleri*, Cilt 1, Mimoza Yayınevi, Konya, 2014, s. 300, 301.

bulunması gerekmektedir^[73]. Daha kapsayıcı bir ifadeyle hizmet kusuru kavramı, idarenin yürüttüğü bir kamu hizmetinin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bir bozukluk ve aksaklığı ifade etmekte kullanılmaktadır^[74]. Bu sorumluluk türünde, idarenin kusurlu davranışının zarara yol açtığına ispat yükü, kural olarak iddia eden davacıdadır. Daha açık bir ifadeyle, somut olayda zarara uğradığını iddia eden davacı taraf, zarar ile idarenin davranışı arasındaki illiyet bağına, idarenin kusurlu olduğunu ispatlayan delillerle desteklemek zorundadır. Tabii burada idari yargılama usulünde öne çıkan re'sen araştırma ilkesini de unutmamak gerekir. Re'sen araştırma ilkesi, bilgi ve belgelerin toplanması konusunda taraflar kadar mahkemenin de yetkilendirilmiş olması olarak tanımlanabilir^[75]. Bu ilkenin ayrıntıları, İYUK. m. 20/1'de "*Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.*" hükmüyle açıklanmıştır. Buna göre davacının, idarenin kusurlu olduğu yönündeki iddiasını ispatlamak için öne sürdüğü ancak elinde bulunmayan delilleri, re'sen araştırma ilkesi gereğince ilgili idari yargı organı, davalı idareden isteyebilecektir. İdarenin, idari yargı organının istediği belgeleri sunmamasının sonuca ne şekilde etki edeceği, istenen belgenin delil değeri ve ispat üstündeki ağırlığı, ilgili idari yargı organınca önceden tespit edilmeli ve bu belgelerin mahkemeye ibraz edilmemesi halinde sonuçlarının ne olacağı, bu durumun yargılamayı ne şekilde etkileyeceği ilgili belgelerin idari makamlardan istenmesi hususuna ilişkin ara kararda mutlaka belirtilmelidir. (İYUK m. 20/2) Dolayısıyla davacının, idarenin kusurlu olduğu iddiasını ispat için dava dilekçesinde belirttiği ancak elinde bulunmayan belgeler var ise, bu belgeleri ibraz ederek kusurlu olmadığını ispat yükü bu kez idareye geçecektir. İşte mahkemenin, idareden istenen belge/belgelerin dava üzerindeki etkisini bildirmesine

[73] Gözübüyük, 2009, s. 351; Gözübüyük ve Tan, 2011, s. 744, 745.

[74] Suat Aksu ve M. Şakir Başaran, *Hizmet Kusuru ve Kamu Zararları*, Esurbil Eğitim Danışmanlık, 2013, s. 21.

[75] Bu yöndeki tanım için bkz. Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 243.

rağmen idarenin bu belgeleri ibraz etmemesi durumunda idare, kusursuz olduğunu ispat edemediğinden, idari yargı organının, mevcut deliller üzerinden idare aleyhine bir hüküm kurması muhtemeldir.

İdarenin sorumluluk ilkelerinden bir diğeri olan kusursuz sorumluluk ilkesi^[76] temelde risk ilkesi ve kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olarak iki kısımda incelenmekte, risk ilkesi de kendi içinde tehlike barındıran eşyalar, tehlikeli yöntemler, tehlikeli durumlar, mesleki riskler, kamu hizmetlerine geçici olarak iştirak edilmesi ve sosyal olaylar olarak ayrı başlıklar altında incelenmektedir^[77]. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olabilmesi için idarenin sebebiyet verdiği zararın belirli kişilere özgü (özel), ağır ve olağan dışı olması gerektiği belirtilmektedir^[78]. Başka bir ifadeyle idarenin, kamu yararını amaçlayan ve faaliyet/hizmetlerin olağan akışı içinde sebep

[76] İdarenin kusursuz sorumluluğuna temel oluşturan ve idarenin sorumluluğunun tespitinde özel hukuk kişileri arasındaki münasebetleri belirleyen özel hukuk ilişkisinin uygulanmayacağını belirleyen ilk kararın, 1873 tarihinde Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen Blanco Kararı olduğu ifade edilmiştir. Bilgi için bkz. Müzeyyen Eroğlu Durkal, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 23, S. 1, s. 167; Hayrettin Kurt, “İdari Eylemler Nedeniyle Üçüncü Kişilere Verilen Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, *Akademik Teklif Dergisi*, 2015, C. 4, S. 2, s. 113, 114. İdarenin eylem ve işlemlerinden sorumlu olmasının özel hukuktaki sorumluluk ilkelerinden kaynaklandığına ilişkin aynı yöndeki görüş için bkz. Ayşegül Çoban, “Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 11, S. 1-2, s. 321. Ancak tekrardan vurgulamak gerekirse bu karar, kusursuz sorumluluğun özel hukuk boyutuyla ele alındığı ilk karar olup, idarenin kusursuz sorumluluğu kavramı daha sonra Fransız Danıştay’ının ve oradan etkilenecek de Türkiye’deki Danıştay kararlarının içtihatlarıyla gelişmiştir. Zira idarenin sorumluluğunun kendine özgü kuralları olduğu ifade edilmiştir. Bilgi için bkz. Gözübüyük, 2009, s. 282. Ancak özel hukuk bakımından da olsa kusursuz sorumluluk kavramının ve ilkelerinin ilk kez zikredilmesi bakımından bu kararın önemine vurgu yapılmıştır.

[77] Çağlayan, 2019, s. 635-646.

[78] Lütfi Duran, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1974, s. 49.

olduğu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için hizmet kusurunun bulunması gerekir^[79].

Kusursuz sorumluluk hallerinden *risk ilkesi*; idarenin tehlike taşıyan faaliyeti ve kuruluşu dolayısıyla var olan sorumluluğu olup, riskin gerçekleşmesi durumunda ne idarenin önleyebileceği ne de kişilerin korunabileceği olumsuz sonuçların ve zararların, idare tarafından karşılanacağı ilkesini ifade etmektedir^[80]. Aynı risk ilkesinin alt ilkelerinden olan *mesleki risk*; kamu hizmetlerinde, üstlendikleri görevler nedeniyle riskli alanlarda çalışan bir kişinin, görevi sırasında veya görevi nedeniyle zarara uğraması olarak tanımlanabilmektedir^[81]. Bu faaliyetler her ne kadar risk taşıyıcılar da kamu yararı gereğince birilerinin bu faaliyetleri yapması gerekmekte olduğundan, idarenin kusuru olmasa dahi faaliyet nedeniyle meydana gelen zararlardan idare sorumlu olacaktır. Risk ilkesinin alt ilkelerinden olan ve kusursuz sorumluluğu etkileyen *sosyal risk*; özellikle toplumsal olaylar^[82] ve terör olayları gibi; kamu düzenini bozmaya ve hatta devletin Anayasal düzenini ortadan kaldırmaya yönelik bazı taşkınlık ve saldırıların bastırılmasına yönelik faaliyetlerden kaynaklanan zararların idare tarafından tazmin edilmesi anlamına gelen ilkedir^[83]. Zira demokratik hukuk devletlerinin idareleri, bazen hürriyetçi düzeni yok etmeksizin kamu düzenini korumak zorunda olduğundan, olağan dönemlerde yasaklanmayan bazı temel hak ve özgürlüklerin kullanımları sırasında öngörülemez ve önlenemeyecek şekilde ani gelişen toplumsal olaylara müdahale ederken, olaylardan bağımsız üçüncü kişilere zarar vermek durumunda kalabilirler^[84]. Bunun yanında 3. kişilerin

[79] Çağrı Bayer, “Danıştay Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, 2018, C. 1, S. 1, s. 47.

[80] Gözübüyük ve Tan, 2011, s. 753.

[81] Mesleki risk ilkesi ile ilgili benzer tanım ve açıklamalar için bkz. Atay, 2016, s. 764; Çağlayan, 2019, s. 638, 639; Günday, 2011, s. 380; Tan, 2014, s. 474.

[82] Toplumsal olaylar, doktrinde belirli bir amaç için bir araya gelen kitleler ve bu kitlelerin yapmış olduğu taşkınlıklar olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım için bkz. Kürşat Akça, “Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 2, S. Özel Sayı, s. 995.

[83] Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 759.

[84] Yayla, 2010, s. 366, 367.

verdikleri zararların da sosyal devlet ilkesi gereğince idare tarafından karşılanması gerektiği belirtilmektedir^[85]. İşte bu durumlarda idarenin olaylarla ilgili olmayan ancak idarenin kamu yararını ve kamu düzenini sağlamak için yaptığı müdahalelerden etkilenen veya 3. kişilerin eylemleri nedeniyle zarara uğrayan bu kişilerin uğradığı zararların, idarenin kusuru aranmaksızın sosyal risk ilkesi gereğince idare tarafından karşılanması gerektiği kabul edilmektedir^[86]. Danıştay, toplumsal olaylar nedeniyle oluşan zararlarda zaman içinde birbiriyle çelişebilen kararlar vermiştir. Zira Danıştay, 1961 yılında verdiği bir kararda kitle hareketlerinden meydana gelen zararda idarenin kusursuz da olsa sorumlu olacağına karar vermişken^[87], 1980 yılında, karşıt görüşlü iki öğrenci grubu arasındaki olaylar nedeniyle belediye otobüsünün zarar görmesi nedeniyle oluşan zararda idarenin sorumluluğunun bulunmadığına karar vermiş^[88], 1993 yılında Sivas'ta Madımak Otel'i'nin yanmasına ve birçok sanatçının çıkan yangının etkileri nedeniyle hayatını kaybetmesi ve yaralanması nedeniyle oluşan zararda kolluk müdahalesinin

[85] Doktrinde sosyal risk ilkesinin; insanların birlikte yaşamalarından doğan kaçınılmaz bir tehlike hali olduğu belirtilmiştir. Bilgi için bkz. Atay, 2016, s. 766; Çoban, 2003, s. 324. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere sosyal risk ilkesi, zararı kimin verdiğiinden bağımsız olarak toplum halinde yaşamının doğurduğu bir sonuç olarak belirtildiğinden, 3. kişilerin verdiği zararların da sosyal risk ilkesi kapsamında idareden tazmin edilebileceği yazar tarafından kabul edilmektedir. Aynı yönde olan ve sosyal risk sorumluluğunun, idarenin dışında 3. kişilerin davranışlarından kaynaklandığını açıkça belirten diğer görüşler için bkz. Ramazan Çağlayan, "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, C. Ankara, s. 470; Bahtiyar Akyılmaz, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 9, S. 1-2, s. 186; Çoban, 2003, s. 326. İdarenin dışında gelişen olaylardan dolayı idarenin sorumluluğunun doğmasının, Anayasanın 125. maddesinde yer alan idarenin kendi eylem ve işlemlerinden sorumluluğu ilkesine aykırı olduğu yönündeki görüş için bkz. Çoban, 2003, s. 326.

[86] İdarenin sorumluluğunu açıklayan diğer ilkelerden farklı olarak sosyal risk ilkesinde zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağının aranmaması nedeniyle, illiyet bağının bulunmaması durumunda sorumluluktan bahsedilemeyeceği gerekçesinden yola çıkılarak bu istisnanın ancak kanunla düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Çağlayan, 2019, s. 641.

[87] Danıştay 12. Dairesi, E. 1969 / 1746, K. 1971 / 2478, KT. 06.11.1971.

[88] Danıştay 12. Dairesi, E. 1979 / 515, K. 1980 / 3750, KT. 16.10.1980.

zamanında yapılmadığından bahisle kusur sorumluluğunun bulunduğu hükmetmiştir^[89]. Doktrinde sosyal risk ilkesinin sadece toplumsal olaylar ve terör olayları ile sınırlı olmayacağı, devletin uyguladığı politikaların neden olduğu kitlesel hareketlerden oluşan zararların da sosyal risk ilkesi nedeniyle de karşılanabileceği ifade edilmektedir^[90].

Nihayet kusursuz sorumluluğun bir diğer hali olan *fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesini (kamu külfetleri karşısında eşitlik)*, idarenin, kamu yararı gerekçesiyle yaptığı işlemlerin karşılığında, işlemin muhataplarının bu konuda idareye karşı fedakârlıklar nedeniyle uğramış oldukları zararın idarece karşılanması olarak tanımlamak mümkündür^[91]. Bu ilkenin, idarenin bünyesinde herhangi bir tehlike barındırmayan faaliyetlerinden kaynaklanan, olağan dışı zararlar için uygulandığı ifade edilmektedir^[92]. Zira bu durumlarda, idareye yükletilecek bir kusur olmadan kamu yararı düşüncesiyle yaptığı hizmetler dolayısıyla kimilerinin özel bir zarara uğraması söz konusu olduğundan, oluşan zararın mağdurlar tarafından çekilmesi, hakkaniyete aykırı olacaktır^[93]. Zira bu ilke gereğince toplumun genel yararına olan bazı idari kararlar veya faaliyetler belli kişi veya kişileri külfet altına sokabileceğinden ve söz konusu külfet, ilgililerince katlanılabilir bir külfetin ötesinde

[89] Danıştay 10. Dairesi, E. 1994 / 7359, K. 1995 / 3359, KT. 12.07.1995.

[90] Gerçekten Ramazan Çağlayan, sosyal risk ilkesinde zararı doğuran etkenin kimi zaman vatandaşı oldukları devletin politikaları, kimi zaman da aynı devletin vatandaşlarından bir kısmının siyasî ve sosyal davranışları olabileceğini ifade etmiştir. Bilgi için bkz. Çağlayan, 2009, s. 471. Bu ikili ayırımla ilgili yazar açıklayıcı bir ifadede bulunmamış ise de ilk durumda vatandaşların davranışları değil, doğrudan devletin (idarenin) tek yanlı politikalarının zarara sebebiyet verebileceği anlaşılmakta ve böylece sosyal risk ilkesinin sadece toplumsal olayların getirdiği zararları kapsamadığı anlaşılmaktadır. Aynı yöndeki görüş için bkz. Çoban, 2003, s. 327.

[91] Bu ilkeyle ilgili tanımlar ve açıklamalar için bkz. Gözübüyük ve Tan, 2011, s. 755, 756; Sancakdar, Önüt, Us Doğan, Kasapoğlu Turhan, Seyhan, 2018, s. 767; Tan, 2014, s. 469, 470; Günday, 2011, s. 382; Atay, 2016, s. 776-778.

[92] Çağlayan, 2019, s. 646, 647. Zararın olağan dışı olması gerektiği hususunda aynı yöndeki görüş için bkz. Atay, 2016, s. 776.

[93] Gözübüyük ve Tan, 2011, s. 755.

bir özellik göstereceğinden, kamu külfetlerinin dağılımında bozulan bu dengenin bir denkleştirme ile yeniden kurulması gerekmektedir^[94].

Kusur sorumluluğu (hizmet kusuru), tam yargı davalarında birincil niteliktedir. Bunun anlamı; tam yargı davalarında dosyanın esasına giren idari yargı organının, öncelikle hizmet kusurunun (idarenin kusur sorumluluğunun) varlığını araştırması, hizmet kusurunun şartları sağlanmamışsa bu kez idarenin kusursuz sorumluluğunun olayda var olup olmadığını incelemesi, nihayet kusursuz sorumluluk şartlarının olayda var olduğunun tespit edilmesi halinde tazminata hükmetmesi, bu şartlar da bulunmuyor veya şartlar var olmakla beraber kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğu ortadan kaldıran hallerin varlığını tespit etmesi halinde davayı esastan reddetmesi gerektirir^[95]. Hizmet kusurunda idarenin sorumlu (kusurlu) olduğunu iddia ve ispat etmek kural olarak davacının sorumluluğunda olmakla beraber, daha önce yapılan açıklamalardan hareketle re'sen araştırma ilkesi gereği, mahkemenin olayda kusur sorumluluğu olup olmadığını, hizmet kusuru yok ise bu kez kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince idarenin tazminata mahkûm edilip edilemeyeceğini belirleme yetkisi ve tüm bu araştırmaları yapma zorunluluğu bulunmaktadır.

Ülkemizde, Covid-19 tedbirleri kapsamında getirilen kısıtlamalar nedeniyle, daha önce de ayrıntılı olarak örneklendirildiği üzere birçok kişi zarara uğramış, idare de gerek Cumhurbaşkanı gerekse Hazine ve Maliye Bakanlığı nezdinde yaptığı açıklamalarla süreç nedeniyle zarara ve/veya ekonomik hak kaybına uğrayan kişilere talepleri halinde yardım edileceğine dair açıklamalarda bulunmuş, doğrudan yapılan maddi yardımların yanı sıra, kamu bankalarından düşük faizli ihtiyaç kredileri ve mevcut kredilerin taksitlerinin ertelenmesi gibi kolaylıklara ilişkin destek paketleri kamuoyu ile paylaşılmıştır. Ancak bu tedbirler devlet hazinesinin elindeki imkanlarla sınırlı olduğundan, işsiz kalan veya zarara uğrayan kişilerin hepsinin bu yardımlardan yararlanması mümkün olmamıştır.

Bu kapsamda yanıtlanması gereken soru şudur: Hazine yardımlarından gereken desteği alamayan, bu süreçte işsiz kalan, işletmesini kapatmak durumunda kalan kişiler, uğradıkları zararını tam yargı davası yoluyla idareden

[94] Tan, 2014, s. 776.

[95] Çağlayan, 2019, s. 630, 631.

talep ettiklerinde bu davaların kazanılma, kişilerin tazminat alma ihtimalleri var mıdır?

Tam yargı davalarında idarenin hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluğunun şartlarının oluşup oluşmadığını tespit etmelidirler. Açıklamalarda verilen örneklerde olduğu gibi zarar tüm ülkede çok farklı meslek gruplarında farklı boyutlarla ortaya çıktığından, ortaya çıkan zararlardan idarenin sorumluluğunu da somut durumlara göre değerlendirmek gerekmektedir. İYUK m.2'de tam yargı davalarının, ancak yapılan işlem veya eylemler nedeniyle kişisel hakları muhtel olan (zarara uğrayan) kişiler tarafından açılacakları ifade edilmiştir. Dolayısıyla öncelikle bu davaların, bahsi geçen düzenleyici işlemler ve bu işlemlerin bir gereği olarak alınan kararlardan uğranılan kişilerin bir zararları olması gerekmektedir. Bu durumda açılacak tam yargı davalarında, her kişinin uğramış olduğu somut ve kişisel zararlarının tazminini isteyeceği vurgulanmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki; her ne kadar bu kararı verecek olan makam idari yargı organları ise de sürecin neden olduğu ekonomik kayıplar nedeniyle uğranılan zararlar ilgili idarenin sorumluluğu, her iki ilkeye de farklı gerekçelerle dayandırılabilir.

Çalışmada daha önce ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, Covid-19 nedeniyle getirilen kısıtlamalar, OHAL ilan edilmeden getirilen, ancak yalnızca OHAL sürecinde Anayasanın 15. maddesi kapsamında uygulanması mümkün ve hukuka uygun olan düzenlemelerdir. Bu kısıtlamaların gerekçesi de kendine has özelliklerinden dolayı idare hukukunda ayrı bir başlık altında ele alınan ancak özünde güvenlik kamu hizmetini ele alan kolluk hizmetlerinin sunulmasıdır. Zira kollukla sağlanmak istenen kamu düzeni olup, kamu düzeninin unsurlarından biri de genel sağlıktır. Başka bir deyişle genel sağlık, kamu düzeninin unsurlarından biri olup, bunun bozulmasının önüne geçmek de idarenin kolluk kamu hizmeti ile mümkün olabilecektir. Genel sağlığın korunmasına ilişkin tedbirlerin Anayasaya aykırı olması, kısıtlamanın gerekçesini de sakat hale getirmektedir. Daha açık ifadeyle, kolluk hizmetlerinin kamu düzenini sağlama işlevi, sağlığın korunması amacına hizmet etse dahi bu işlemlerin dayanağı Anayasaya ve hukuka uygun olmadığından, kolluk kamu hizmetinin kötü işlemesine sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla örneğin iş yeri kapanan bir kafe işletmecisi, genelgenin Anayasanın 13. maddesine aykırı olduğundan bahisle, genel sağlığın korunması gerekçesiyle getirilen düzenleme ile kolluk hizmetlerinin

kötü işlediğini ve idarenin kusurlu olduğunu iddia ederek, uğradığı zararı kusur sorumluluğuna (hizmet kusuru) dayandırabilecektir.

Ancak, idari yargı organları uğranılan zararın hizmet kusuruna dayanıp dayanmadığını kabul etmese dahi, “kusursuz sorumluluk” ilkesine dayanarak kişi lehine tazminata karar verebilecektir. Zira, bu zararlar zaten, Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan ve 4. madde ile güvence altına alınan “sosyal devlet ilkesi”nin bir sonucu olarak, idarenin kusursuz sorumluluk kapsamında karşılanması gereken zararlardır.

Covid-19 salgınına yönelik tedbirler birçok alanda farklı zararlara neden olduğundan, uğranılan zararların kusursuz sorumluluk ilkelerinden hangisinin kapsamına dahil olduğunu tespit edebilmek için örnekleme yöntemiyle ele alınmasının daha doğru olacağı düşünülmektedir. Örneğin Covid-19 tedbirleri kapsamında genelgeler nedeniyle iş yerleri kapanan berber/kuaför veya kafe işletmecileri ve bu dönemde paket servis vermek koşuluyla açık olsalar dahi, dışarıdan gelen paketlere olan güvensizlik nedeniyle işleri durma noktasına gelen restoran sahipleri, eğitim öğretimin ilk ve ortaöğretimde kısmen, yükseköğretimde de tamamen uzaktan olarak gerçekleştiği bu dönemde üniversitelerde bulunan kantinler ve öğrenci olmadığı için kapalı olan öğrenci yurtlarının sahipleri/işletmecileri uğradıkları bu zararı, idarenin kusursuz sorumluluğu ilkelerinden hangisine göre talep edebilecektir?

Çalışmanın kaleme alındığı dönemde, konu özelinde gerek yargı kararı gerekse yayınlanmış doktrinsel görüşlere henüz pek rastlanmamıştır. Ancak çalışmada değinilen idarenin kusursuz sorumluluğuna ilişkin ilkeler kapsamında bu zararların idarenin kusursuz sorumluluğunu açıklayan ilkelerden hangisinin kapsamında olduğu değerlendirilebilir.

Öncelikle, sosyal risk ilkesi her ne kadar sadece toplumsal olaylardan kaynaklanan zararların gerçekleşmesi hali ile sınırlı olmayıp, devlet politikalarının bir sonucu olarak ortaya çıkan zararları da kapsayabileceğinden, bir an için, Covid-19 kapsamında çıkartılan Cumhurbaşkanlığı genelgesi ve İçişleri Bakanlığı'nın genelgeleri nedeniyle oluşan zarar bu kapsamda değerlendirilebileceği düşünülebilir. Ancak sosyal risk ilkesinin uygulama alanının idareden bağımsız da olsa kitlesel hareketlerden oluştuğu düşünüldüğünde, Covid-19 tedbirleri kapsamında oluşan zararların herhangi bir kitlesel ve sosyal olaydan değil, doğrudan idarenin kendi işlem ve bu işleme dayalı eylemlerinden meydana gelen ancak yine de kamu yararı gerektiren

eylemler olması nedeniyle idarenin bu zararlardan sorumluluğunun sosyal risk ilkesi ile açıklanmasının mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır.

Pandeminin ülkemizde yayılmaya başlamasından önce Avrupa'daki birçok ülkede hastalığın bilinmemesi ve dolayısıyla devlet yetkilileri tarafından yeterince önlem alınmaması nedeniyle salgın, önüne geçilemeyen bir hal almış, birçok yerde sağlık sistemi hasta yoğunluğundan dolayı çökme noktasına gelmiştir. İşte bu tür bir durumun yaşanmaması için, ülkemizde de –her ne kadar başta bahsedildiği üzere Anayasaya aykırı şekilde olsa da– özü itibarıyla kamu yararı gerekçesiyle zorunlu birtakım tedbirler alınmış, işletme sahipleri de salgının yayılması konusunda alınan bu tedbirlere saygı duyarak o dönem için belirsiz süreliğine iş yerlerini kapatmışlar ve dolayısıyla bir külfet altına girmiş, kamu yararının sağlanması amacıyla fedakârlıkta bulunmuşlardır. Dolayısıyla bu fedakârlık ve kabullendikleri bu külfet nedeniyle uğradıkları zararların idarece, kamu külfetleri karşısında eşitlik (fedakârlığın denkleştirilmesi) ilkesi kapsamında karşılanması gerektiği düşünülmektedir^[96]. Özetlemek gerekirse, her ne kadar alınan tedbirlerin Anayasaya aykırı olması nedeniyle esasında kamu yararının varlığını kabul etmek mümkün değil ise de kusursuz sorumluluk ilkesinin ikincil nitelikte olması (kusur sorumluluğunun mahkemece kabul edilmemesi halinde, idarenin tazminata mahkum edilebilmesinin alternatif durumu olması) nedeniyle bu gerekçeyle de tazminat talep edilmesinin mümkün olabileceği değerlendirilmektedir.

Alınan tedbirlerin doğrudan bir sonucu olmamakla birlikte salgının bir sonucu olarak, hastalığa yakalanan kişilerin sağlıklarına bir an önce kavuşması için en ön sırada mücadele eden sağlık çalışanlarının, hastalarla yakın temasları nedeniyle bulaşıcı olan virüsten etkilenmeleri sebebiyle oluşan zararın ise mesleki risk ilkesi gereğince karşılanması gerekmektedir. Her ne kadar süreç başında Covid-19 hastalarıyla doğrudan temas içinde olan hekimlere üç ay süreyle, performans dayalı olarak aldıkları döner sermaye alacaklarının en üst düzeyde hesaplarına yatırılması yoluna gidilmiş ise de, ödenen bu bedel hastalığa yakalanan hekimlere değil, hastalarla temas

[96] İki hukukçu meslektaşın aynı yöndeki görüşleri için bkz. Doğan Erkan ve Yasin Gökberk Çınar, “Salgındaki Tedbirlerden Zarar Görenlere Karşı İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *Duvar Gazetesi*, <https://www.gazeteduvar.com.tr/forum/2020/05/27/korona-salginindaki-tedbirlerden-zarar-gorenlere-karsi-idarenin-kusursuz-sorumlulugu>, (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

halinde olan tüm hekimlere yapmış oldukları çalışmalar neticesinde verilmiş bir ücrettir. Yine bu ödeme, tüm sağlık çalışanlarına değil sadece hekimlere yönelik bir geçici ödeme olduğundan, mesleki risk ilkesinin şartlarını taşıyan bir ödeme değildir. Hastanelerde alışan ve hastalarla temas nedeniyle bu hastalığa yakalanan her sağlık çalışanının, çalıştığı riskli koşullar sonucunda riskin gerçekleşmesi ve bu hastalık nedeniyle uğradıkları zararların karşılanması gerekmektedir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

2019 yılı sonunda Çin'in Wuhan kentinde ortaya çıkan yeni tip korona virüsün, insandan insana geçmesi ve tüm dünyada ölümlü bir noktaya gelmesi nedeniyle Dünya Sağlık Örgütü (WHO) tarafından uluslararası pandemi ilan edilmiş ve tüm devletler, birbiri ardına bu hastalığın yayılmasının önlenmesi/durdurulmasına yönelik arayışlar kapsamında çeşitli önlemler almaya başlamışlardır. Bazı devletler, durumun yol açtığı tedbirleri kolayca alabilmek amacıyla ülke genelinde OHAL ilan etmiş, ancak Türkiye'nin de aralarında bulunduğu bazı devletler, aynı tedbirleri OHAL ilan etmeden alma yolunu seçmişlerdir.

Şu an ülkemizde ve birçok ülkede OHAL ilanı olmaksızın Anayasadaki güvencelere aykırı olağanüstü tedbirler alınmakta ve salgın hastalığın neden olduğu hayati tehdit özgürlüklerin önüne geçtiğinden, bu durumun Anayasaya uygun olup olmadığı tartışılmamaktadır. Ancak temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, Anayasanın 13. maddesinde ele alınmış ve temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamaların hakkın özüne dokunulmaksızın ancak kanunla yapılabileceği kural altına alınmıştır. Sınırlamaları düzenleyen ve gereken hallerde Anayasanın 13. maddesindeki kurallara aykırı tedbirler alınabileceğini ifade eden bir başka madde olan 15. maddenin uygulanabilmesi içinse, Anayasanın gerekçesinde de açıkça ifade edildiği üzere usulüne uygun olarak ilan edilmiş bir OHAL olması gerekmektedir. Başka bir deyişle 15. maddenin; ancak olağanüstü hal rejimlerinde uygulanabileceği şartı getirilmiştir. Bu durumda genelge ile getirilen tedbirler ve sınırlamalar hukuken olmasa da fiiliyatta Anayasanın 15. maddesine uygun düşen tedbirlerdir. Salgının önlenmesi için zorunlu olan bu tedbirler OHAL ilan edildikten sonra alınsaydı hiçbir hukuka aykırı durumla karşılaşılmayacaktı. Dolayısıyla alınan tedbirlerin kamu yararına uygun ve zorunlu olması, bu tedbirlerin, mevcut haliyle hukuken Anayasaya aykırı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

Geldiğimiz noktada her ne kadar Mayıs 2020 itibarıyla yeni vaka ve vefat sayılarında gözle görülür bir azalma olduğundan, tedbirler kademeli olarak yumuşatılmış ve 1 Haziran 2020 itibarıyla de "yeni normal" denilen düzene geçilmiş ise de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin süreç belirsiz bir zaman daha hayatımızda olmaya devam edecektir. Salgının en yoğun döneminde dahi ülkesel veya bölgesel bir OHAL ilan edilmemesinden yola çıkarak, virüsün mutasyona uğraması ve yeni bir

dalga olmaması halinde bundan sonrası için de OHAL ilan edilmesi gibi bir durum öngörülmemektedir.

İşte tüm dünyada artık yeni bir düzene geçilmesine sebebiyet veren ve uzunca bir süre hiçbir şeyin eskisi gibi olmayacağı öngörülen bu yeni dönemde devletlerin, genel sağlık gibi nedenlerle temel hak ve özgürlükleri diledikleri gibi kısıtlayabilecekleri, Anayasalardaki temel hak ve özgürlük güvencelerinin göz ardı edilebileceği, tüm dünyada ortaya çıkabilecek otoriter bir sistemle şimdiden baş edebilmek ve bu günkü uygulamaların gelecekte devlet idarelerine emsal teşkil etmesinin önüne geçebilmek için idarenin Anayasaya uygun hareket etmesini ve zorunlu hallerde dahi kısıtlamaların Anayasada öngörülen şartlara riayet ederek yapılmasını talep etmek elzendir.

Tedbirlerin Anayasaya aykırılığını tespit etmek, bu günden geleceğe sorunların çözümü için yeterli olmamakta, aynı zamanda idarenin bu tedbirler nedeniyle kişilerin uğradıkları zararlardan sorumluluğunu tespit etmek de gerekmektedir.

Çalışmada bu kapsamda öncelikle temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının Anayasal dayanağına ilişkin değerlendirme yapılmış, sonrasında ise Covid-19 nedeniyle alınan tedbirlerin, idarenin sorumluluğu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmıştır. Buna göre süreçteki somut örneklerden yola çıkılarak kimi durumlarda idarenin kusur sorumluluğuna gidilebileceği, kimi durumlarda da idarenin kusursuz sorumluluğu çerçevesinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine göre tazminat alınabileceği ifade edilmiştir.

Ülkemizi ve tüm dünyayı etkisi altına alan Covid-19 sürecinin, temel hak ve özgürlükler ve idarenin sorumluluğu noktasında ele alındığı bu çalışmanın uygulamaya faydalı olması en büyük temennidir.

KAYNAKÇA

Akça, Kürşat, “Toplumsal Olaylar Nedeniyle Oluşan Zararlardan İdarenin Sorumsuzluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 2, S. Özel Sayı, 987–1020.

Aksu, Suat ve Başaran, M. Şakir, *Hizmet Kusuru ve Kamu Zararları*, Esurbil Eğitim Danışmanlık, 2013.

Akyılmaz, Bahtiyar, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, C. 9, S. 1-2, 185–211.

Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat, Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 2020.

Aliefendioğlu, Yılmaz, “2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2002, C. 19, S. 1, 141–176.

Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Bayer, Çağrı, “Danıştay Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Dergisi*, 2018, C. 1, S. 1, 35–80.

Çağlayan, Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, C. Ankara, 451–496.

Çağlayan, Ramazan, *İdare Hukuku Dersleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Çağlayan, Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2020.

Çoban, Ayşegül, “Yargı Kararları Işığında Sosyal Risk İlkesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, C. 11, S. 1-2, 319–337.

Derdiman, Ramazan Cengiz, *İdare Hukuku*, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa, 2007.

Doehring, Karl, *Genel Devlet Kuramı*, çev. Mumcu Ahmet, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2018.

Duran, Lûtfi, *Türkiye İdaresinin Sorumluluğu: Sorumluluğun Temeli ve Sebepleri, Sorumluluğa Yol Açan Olgular*, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1974.

Erkan, Doğan ve Çınar, Yasin Gökberk, “Salgındaki Tedbirlerden Zarar Görenlere Karşı İdarenin Kusursuz Sorumluluğu ve Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, *Duvar Gazetesi*, <https://www.gazeteduvar.com.tr/forum/2020/05/27/korona-salginindeki-tedbirlerden-zarar-gorenlere-karsi-idarenin-kusursuz-sorumlulugu>, (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

Eroğlu Durkal, Müzeyyen, “İdarenin Sorumluluğunun Ortaya Çıkışı ve Temeli”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 23, S. 1, 159–189.

Gözler, Kemal, “Korona Virüs Salgınıyla Mücadele İçin Alınan Tedbirler Hukuka Uygun mu? (2)”, www.anayasa.gen.tr/korona-2.htm, (Erişim Tarihi: 20.10.2020)

Gözler, Kemal, “Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerinin Hukuki Rejimi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1990, S. 4, 561–590.

Gözler, Kemal, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yayınevi, Bursa, 1999.

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2000.

Gözler, Kemal, “Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanmasında Getirdikleri ve Götürdükleri (Anayasanın 13’üncü Maddesi Üzerine Bir İnceleme)”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001, S. 4, 53–67.

Gözübüyük, A. Şeref, *Yönetim Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

Gözübüyük, A. Şeref ve Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt:1 Genel Esaslar, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

Kaboğlu, İbrahim Ömer, *Özgürlükler Hukuku*, Alfa Yayınları, İstanbul, 1993.

Kalabalık, Halil, *İdare Hukuku Dersleri*, Cilt:1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Kuluçlu, Erdal, “Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri”, *Sayıştay Dergisi*, 2008, C. Temmuz-Eylül, S. 71, 3–22.

Kurt, Hayrettin, “İdari Eylemler Nedeniyle Üçüncü Kişilere Verilen Zararlardan İdarenin Sorumluluğu”, *Akademik Teklif Dergisi*, 2015, C. 4, S. 2, 96–120.

Mumcu, Ahmet ve Küzeci, Elif, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2012.

Özay, İl Han, *Gün Işığında Yönetim II – Yargısal Koruma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

Sancakdar, Oğuz, Önüt, Lale Burcu, Us Doğan, Eser, Kasapoğlu Turhan, Mine, Seyhan, Serkan, *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Sezer, Abdullah, *Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri (Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı)* in Anayasa Mahkemesi’nin 57. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.

Soysal, Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986.

Şanlı Atay, Yeliz, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, C. 10, S. 2, 579–593.

Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Tanör, Bülent, *İki Anayasa: 1961-1982*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1994.

Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

Ulusoy, Ali D., *Yeni Türk İdare Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

Ülgen, Özen, “Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinin Niteliği ve Türleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, S. 1, 3–39.

Yavuzdoğan, Seçkin, “Tehlikeli Salgın Hastalık Sebebiyle Alınan Sokağa Çıkma Yasağı Kararları Üzerine Birkaç Not”, *Adalet Dergisi*, 2020, C. 1, S. 64, 125–139.

Yayla, Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.

Yıldırım, Ramazan, *Türk İdari Rejimi Dersleri*, Cilt 1, Mimoza Yayınevi, Konya, 2014.

Yıldırım, Turan, Yasin, Melikşah, Karan, Nur, Özdemir, H. Eyüp, Üstün, Gül, Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.

Yılmazoğlu, Yunus Emre ve Perdecioğlu, İsmail Emrah, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli)*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2019.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, “2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme” in Anayasa ve Uyum Yasaları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003.

İnternet Kaynakları

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200313-8.pdf>

[https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=covid-19-hukuk-kronig%CC%86i-\(11-26-mart\)_637234231712445567.pdf](https://cdn.istanbul.edu.tr/FileHandler2.ashx?f=covid-19-hukuk-kronig%CC%86i-(11-26-mart)_637234231712445567.pdf)

<https://www.icisleri.gov.tr/2-gun-sokaga-cikma-yasagi>

<https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi>

<https://www.icisleri.gov.tr/81-ilde-22052020-saat-2400-ile-26052020-saat-2400-arasında-uygulanacak-sokaga-cikma-kisitlamasi>

<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi>

<https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-kapsamında-ucakotobus-seferleri-genelgesi>

<https://www.icisleri.gov.tr/bakanligimiz-81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-bir-genelge-daha-gonderdi>

<https://www.icisleri.gov.tr/sehir-giriscikis-tebirleri-ve-yas-sinirlamasi>

COVID-19 Çerçevesinde Alınan Tedbirlerin Temel Hak ve Özgürlükler,
Hukuka Uygunluk ve İdarenin Sorumluluğu Bakımından Değerlendirilmesi

<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/21355.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200320-18.pdf>.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200322M1-1.pdf>

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200325-3.pdf>

COVID-19 Salgınının İş Hukuku Bakımından Nitelendirilmesi

Gaye BAYCIK*

Hazal TOLU YILMAZ**

Makalenin Geliş Tarihi: 20.05.2021 **Kabul Tarihi:** 14.10.2021

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK– ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

DOI [10.30915/abd.1041188](https://doi.org/10.30915/abd.1041188)

* Av. Doç. Dr. / Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
<https://orcid.org/0000-0002-1098-6948>

** Arş. Gör. / Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
<https://orcid.org/0000-0002-0133-9941>

COVID-19 SALGINININ İŞ HUKUKU BAKIMINDAN NİTELENDİRİLMESİ

ÖZ

COVID-19 salgını hayatlarımızı ekonomik, sosyal, psikolojik, hukuki ve diğer birçok alanda derinden etkilemiş ve devletleri salgına karşı birtakım önlemler almak zorunda bırakmıştır. Salgının ve buna karşı alınan önlemlerin en büyük etkilerinden biri de iş ilişkileri üzerinde olmuştur. Salgının tarafların hak, borç ve yükümlülükleri üzerindeki etkilerinin belirlenmesi ve buna bağlı olarak ileride ortaya çıkabilecek ihtilafların önlenmesi için öncelikle iş hukuku açısından salgının tanımlanması gerekir. Covid-19, iş ilişkileri açısından zorunlu neden veya mücbir neden olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte, mücbir nedenin görece niteliği uyarınca COVID-19 salgınının her bir işyerinin ve bundan etkilenen her çalışanın özel durumu göz önünde tutularak nitelendirilmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler

Covid-19

Mücbir Neden

Beklenmeyen Hal

Zorunlu Neden

Zorlayıcı Neden

LEGAL DEFINITION OF THE COVID-19 OUTBREAK IN TERMS OF LABOR LAW

ABSTRACT

The COVID-19 outbreak has deeply affected our lives in economic, social, psychological, legal and many other ways and led states to take some measures against it. One of the biggest effects of the pandemic and the measures taken against it has been on the labour relations. To determine the effects of the pandemic on the rights, debts and obligations of the parties and to prevent future disputes that may arise accordingly, the epidemic must first be defined in terms of labour law. Covid-19 can be defined as compulsory reason or force majeure in terms of labour relations. In accordance with the relative nature of the force majeure, the COVID-19 outbreak should be defined according to assessment of each workplace and each employee affected by it.

Keywords

Covid-19

Force Majeur

Cas Fortuit

Compulsory Reason

Act of God

GİRİŞ

Bulaşıcı hastalık, bir mikroorganizmadan kaynaklanan, doğrudan veya dolaylı yollardan bir kişiden diğerine bulaşabilen ve enfekte olan kişinin şahıs ile malvarlığında zarara yol açan hastalık olarak tanımlanabilir. Coronavirus hastalığı 2019'un kısaltması olan COVID-19 da, Dünya Sağlık Örgütü tarafından, ciddi akut solunum sendromu koronavirüs 2'nin (SARS-CoV-2) neden olduğu bulaşıcı hastalık olarak tanımlanmıştır^[1]. Mevzuatımızda bulaşıcı hastalık, Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'nde *"Enfekte olmuş bir kişi ile doğrudan temas yoluyla veya bir vektör, hayvan, ürün veya çevreye maruz kalma gibi dolaylı yollardan veya bulaşıcı madde ile kirlenmiş olan sıvı alışıveriş yolu ile insandan insana bulaşan, bir mikroorganizma veya onun toksik ürünlerine bağlı olarak ortaya çıkan hastalık"* olarak tanımlanmış, hangi hastalıkların bulaşıcı hastalık olduğu Bildirime Esas Bulaşıcı Hastalıklar Listesinde belirtilmiş ve 22/4/2020 tarihinde yapılan değişiklikle listeye COVID-19 (yeni koronavirüs hastalığı) eklenmiştir.

COVID-19 salgını tüm dünyayı kısa sürede etkisi altına almış, hastalık nedeniyle önemli can kayıpları yaşanmış, ekonomik ve sosyal hayat neredeyse durma noktasına gelmiştir. Şubat 2020'nin sonundan bu yana hastalığın ilk ortaya çıktığı Çin ve diğer ülkelerde hızla artan vaka sayıları nedeniyle COVID-19, Dünya Sağlık Örgütü Genel Direktörü Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus tarafından 11 Mart 2020 tarihinde pandemi olarak ilan edilmiştir^[2].

Salgın global ekonomiyi beklenmedik şekilde etkilemiş, salgının neden olduğu olumsuz etkilerin yıkıcı boyutlara ulaşmaması için hükümetler bir dizi önlem planı uygulamaya koymuşlardır. 10 Şubat 2020 tarihinde Çin Halk Cumhuriyeti Ulusal Halk Kongresi Daimî Komitesi Yasama İşleri Komisyonu sözcüsü, Çin hükümeti tarafından virüsle mücadele için

[1] Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. SARS-CoV-2'nin kökeni (26 Mart 2020) <https://www.who.int/health-topics/coronavirus/who-recommendations-to-reduce-risk-of-transmission-of-emerging-pathogens-from-animals-to-humans-in-live-animal-markets> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

[2] Dünya Sağlık Örgütü'nün açıklaması için bkz. <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-COVID-19/news/news/2020/3/who-announces-COVID-19-outbreak-a-pandemic> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

uygulan ve sözleşmelere müdahale eden tedbirlerin mücbir neden (zorlayıcı neden) olarak değerlendirilmesi gerektiğini açıklamıştır^[3]. Bu açıklamaya uygun olarak, yarı resmi bir kurum olan Çin Uluslararası Ticaretin Teşviki Konseyi (CCPIT), şirketlere toplamda 6.454 adet mücbir neden sertifikası vermiştir^[4]. 28 Şubat 2020 tarihinde Fransız Ekonomi Bakanlığı da COVID-19 pandemisinin mücbir neden olarak kabul edileceğini ve kamu ihale sözleşmelerinden doğan borçların geç ifası nedeniyle cezai şart uygulanmayacağını açıklamıştır^[5].

COVID-19 salgını ve bu salgına bağlı olarak alınan tedbirlerin en büyük etkilerinden biri de işçi-işveren ilişkileri üzerinde olmuştur. Salgının iş sözleşmelerine etkileri ile tarafların salgın nedeniyle ortaya çıkan hak, borç ve yükümlülüklerinin belirlenebilmesi ve buna bağlı olarak ileride ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların önlenmesi için öncelikle salgının iş hukuku bakımından nitelendirilmesi gerekmektedir. Bu amaçla aşağıda borçlar hukukunun temel kavramları olan mücbir neden (*force majeure*) ve beklenmeyen hal kavramları ile hukuki sonuçları açıklanacak, ardından bu kavramların iş hukukundaki yansımaları olan zorlayıcı neden ile zorunlu neden kavramlarına yer verilerek, COVID-19 salgının farklı sektör ve kişiler bakımından hukuki nitelendirilmesi yapılacaktır.

I. Ahde Vefa İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması

Hukukumuzda borç ilişkilerinin temelini oluşturan ilke sözleşme serbestisi ilkesidir. Bu ilke uyarınca taraflar, diledikleri sözleşmeyi yapma, istemedikleri sözleşmeyi yapmama, hukuken öngörülen sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla sözleşmenin tipini, şeklini ve içeriğini serbestçe belirleme özgürlüğüne sahiptir^[6]. Bu itibarla, özgür iradelerine göre borç altına giren taraflar, sözleşmeden doğan edimleri ifa etmekle yükümlü olup, bu yükümlülüğün

[3] Açıklama için bkz. <https://www.economist.com/business/2020/02/22/chinese-firms-use-obscure-legal-tactics-to-stem-virus-losses> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

[4] Chen/Weber, s. 1.

[5] Guiomard, s. 1. Landivieux, s. 1. Chen/Weber, s. 1. Açıklama için bkz. <https://www.economist.com/business/2020/02/22/chinese-firms-use-obscure-legal-tactics-to-stem-virus-losses> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

[6] Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, s. 503. Kaplan, s. 92-94.

yerine getirilmemesi borçlunun sorumluluğuna yol açar. Bu sorumluluğun hukuki temelini ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi oluşturur^[7].

Ahde vefa ilkesi uyarınca, sözleşmenin değiştirilmeksizin uygulanması ve ifa ile sona ermesi gerekir. Buna göre sözleşme, ancak tarafların anlaşması sonucunda ya da yasal olarak öngörülen hallerde değiştirilebilir ve sona erer. Bu nedenle taraflar, borç altına girerken iyi düşünmeli, bütün ihtimalleri değerlendirmeli ve ileride meydana gelebilecek değişiklikleri göze almalı, kısaca tedbirli davranmalıdır^[8]. Dayanağını doğruluk ve dürüstlük kuralında bulan ahde vefa ilkesi bu yönüyle, ticari ve ekonomik alanda hukuki işlem güvenliği ile istikrarın sağlanmasına hizmet eder, sözleşme serbestisi ilkesine işlerlik ve bağlayıcılık kazandırır^[9].

İş sözleşmesi de bir özel hukuk sözleşmesi olduğundan işçi ve işveren, taahhütlerine bağlı kalacakları ve üstlendikleri yükümlülükleri yerine getirecekleri güven ilişkisi kurmak üzere bir araya gelirler. Bu nedenle, iş sözleşmesi tarafları, iş ilişkisi süresince ahde vefa ilkesine uygun davranmakla yükümlüdür^[10].

Bununla birlikte, geçerli olarak kurulmuş bir borç ilişkisi her zaman ifayla son bulmaz. Borç ilişkisi içinde ortaya çıkan olağanüstü nitelikte bazı ifa engelleri, edimler arası bağlılık ve dengenin bozulmasına yol açabilir. Bu engellere, develüasyon nedeniyle yabancı para kurlarında meydana gelen olağanüstü artış, global, sektörel veya bölgesel ekonomik kriz gibi ekonomik olaylar; savaş, isyan, genel grev gibi beşerî olaylar; deprem, fırtına, çığ düşmesi gibi doğal afetler; ambargo, ithalat ve ihracat yasakları gibi hukuki olaylar örnek verilebilir. Sözleşme taraflarının bu gibi engellerle karşılaşması durumunda yasa koyucu, karşılıklı edimler arasındaki dengeyi yeniden sağlamak amacıyla taraflara birtakım haklar tanıır^[11]. Taraflara tanınan hak-

[7] Kaplan, s. 95. Savaş, s. 7. Tezcan, s. 20.

[8] Bu husus, sözleşme yapmak öngörmek anlamına gelir "*contracter, c'est prévoir*" biçiminde ifade edilmektedir. Berger/Behn, s. 7.

[9] Serozan, s. 2. Alp, s. 23. Arat, s. 51. Savaş, s. 7. Baysal, s. 332-333. Berger/Behn, s. 6.

[10] Berger/Behn, s. 6.

[11] Serozan-Kocayusufpaşaoğlu-Hatemi-Arpacı, İfa, s. 130. Serozan, s. 40.

ların hukuki temelini ise, her vadin koşulların değişmemesi şartına bağlı olması kuralı (*clausula rebus sic stantibus*) oluşturur^[12]. Bu ilke sayesinde sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sağlanarak, ortaya çıkabilecek ani ve beklenmeyen engellere karşı taraflara esneklik tanınmış olur.

COVID-19 salgını da tarafların iş sözleşmesinden doğan edimleri ifa etmelerini güçleştirerek, edimler arasındaki bağlılık ve dengenin bozulmasına yol açmış; bu dengenin tekrar ne şekilde kurulacağına belirlenebilmesi için COVID-19 salgının hukuki nitelendirilmesinin yapılması hukuki bir zorunluluk haline gelmiştir. Diğer bir ifadeyle, COVID-19 salgını nedeniyle borç ilişkisinin tarafları, özel hukukun istikrar (*pacta sunt servanda*) ve esneklik (*clausula rebus sic stantibus*) arasında yüzyıllardır süren mücadelesi ile yüz yüze gelmişlerdir^[13].

II. Mücbir Neden Kavramı, Unsurları ve Hukuki Sonuçları

COVID-19 salgının genelde özel hukuk borç ilişkilerine özelde ise iş ilişkilerine etkilerinin belirlenebilmesi için öncelikle salgının hukuki nitelendirilmesinin yapılması gerekir. Zira, salgının mücbir (zorlayıcı) neden, beklenmeyen hal veya zorunlu neden olarak nitelendirilmesi, bu salgına farklı hukuki sonuçlar bağlanmasına neden olacaktır. Bu itibarla aşağıda ilk olarak mücbir neden kavramı, unsurları ve hukuki sonuçları açıklanacaktır.

A. Mücbir Neden Kavramı ve Unsurları

Mücbir, TDK tarafından verilen tanıma göre zorlayıcı anlamına gelen Arapça kökenli bir sözcüktür^[14]. Mücbir neden (*vis major, force majeure, act of god*) kavramı için, zorlayıcı neden^[15], zorlayıcı sebep^[16] ifadeleri de kullanılmaktadır.

Mücbir neden en yüksek derecede özenin gösterilmesi durumunda dahi önlenemeyecek, önceden kestirilmesi mümkün olmayan, borçlunun işiyle

[12] Tezcan, s. 16.

[13] Berger/Behn, s. 6.

[14] Türk Dil Kurumu Sözlüğü (<https://sozluk.gov.tr/>) (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

[15] Karahasan, s. 1539.

[16] İnce, s. 691.

ve işletmesiyle ilgili olmayan, doğadan veya üçüncü kişilerden yani dışarıdan kaynaklanan olağanüstü olay olarak tanımlanabilir^[17]. Fransız Medeni Kanun’unda da uzun süre mücbir neden tanımına yer verilmemiş, buna karşılık Art. 1148’de borçlunun mücbir neden veya beklenmeyen hal nedeniyle verme, yapma veya yapmama borcunu ihlal etmesi durumunda doğacak zarardan sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir^[18]. Öte yandan, Kanunda 2016 yılında yapılan değişiklik ile m. 1218’de bir borç ilişkisinde borçlunun kontrolünün ötesinde meydana gelen bir olayın sözleşme kurulduğu sırada öngörülemez olması, etkilerinin uygun önlemlerle önlenemez olması ve bu olayın borçlunun borcunu ifa etmesini engellemesi durumunda mücbir neden sayılacağı ifade edilerek, Fransız hukukunda mücbir neden yasal tanıma kavuşturulmuştur^[19].

Bu itibarla bir olayın mücbir neden olarak kabul edilebilmesi için; haricilik (*externality*), öngörülemezlik (*unforseeability*), kaçınılmazlık ve önlenemezlik (*unavoidability/irresistibility*) unsurlarını taşıması, söz konusu olayın borcun ihlaline yol açması, meydana gelen olay ile borca aykırı davranış arasında uygun illiyet bağı (*causation*) olması gerekir^[20].

[17] Eren, s. 176. İnal, s. 16. Alpagut, 63. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 636. Süzek, 714. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararına göre “*Doktrinde mücbir sebep; genel bir davranış normunun veya borcun ihlaline mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan öngörülemez, karşı konulamaz ve dışarıdan gelen olağanüstü bir olay olarak tanımlanır. Mücbir sebep çoğunlukla yıldırım düşmesi, kasırga, deprem, sel gibi bir doğa olayı olabileceği gibi bazen savaş, genel grev, askeri darbe gibi beşeri ya da sosyal bir olay, hatta ithal yasağı, kamulaştırma gibi hukuki bir olay da olabilir*”, YHGK, E. 2012/10-1141, K. 2013/282, T. 27.2.2013.

[18] Code Civile, (https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006436410/2016-09-30/) (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

[19] Landivaux, s. 2.

[20] Tandoğan, Mes’uliyet, s. 464. Eren, Borçlar Hukuku, s. 582. Baysal, Haksız Fiil, s. 212. Kılıçoğlu, s. 406, 815. Chen/Weber, s. 1. Guiomard, s. 1. Berger/Behn, s. 31. Özçelik, s. 1. Hukuk Genel Kurulu’na göre “... *mücbir sebebin bir takım unsurları vardır. Öncelikle mücbir sebep, zorlayıcı bir olaydır. Bu olay doğal, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi insana bağlı beşeri bir olay da olabilir. Bu olay, zarar verenin faaliyet ve işletmesi dışında kalan bir olay olmalıdır. Mücbir sebep nedeniyle zarar veren, bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan bir borcu ihlâl etmiş olmalıdır. Yine mücbir sebep, davranış normunun ihlâli ya da borca aykırılığın sebebi olmalı ve kaçınılmaz bir şekilde buna yol açmış olmalıdır. Kaçınılmazlık kavramı, mücbir*

Mücbir neden teşkil eden olay, üstesinden gelinemeyen nitelikler taşır ve taraflara kusur atfedilememesi sonucunu doğurur^[21]. Bu olay bir doğa olayı olabileceği gibi, hukuki veya beşeri bir olay da olabilir. Buna karşılık devalüasyon, fiyat artışları, döviz sıkıntısı gibi ekonomik olaylar öngörülebilir olmaları nedeniyle mücbir neden olarak kabul edilmemektedir^[22].

sebepler yönünden karşı konulmazlık ve önlenemezlik kavramını da kapsar. Mücbir sebebin bir diğer unsuru ise öngörülemezliktir". YHGK, E. 2017/3-444 K. 2019/1083 T. 17.10.2019 (www.kazanci.com)

[21] İnal, s. 21.

[22] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'ne göre, "Devalüasyon ve ekonomik krizlerin bir anda oluşmadığı belli ekonomik dar boğazlardan sonra meydana geldiği de bilinen bir gerçektir. Davacı TTK'nun 18/1 maddesi hükmüne göre tacir olup, aynı yasanın 20. maddesine göre ticarethaneye ait faaliyetlerinden dolayı basiretli işadamı gibi hareket etmesi gerekir. Yabancı para karşısında sürekli değer kaybeden Türk Parası yerine döviz ile sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkansızlığa dayanması da kabul edilemez. Davalının bunu tahmin etmesi gerekir". Y13HD, E. 2003/6540, K. 2003/11490, T. 7.10.2003. Aynı yönde, YHGK. E. 2003/13-332, K. 2003/340, T. 7.5.2003; Y11HD, E.2003/3979, K. 2003/10988, T. 17.11.2003. Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin diğer bir kararında ise "...davalının sözleşme konusu malın tesliminden kaçınması nedeninin kayısı fiyatlarında meydana gelen artıştan kaynaklandığı, bunun mücbir sebep sayılamayacağı..." ifade edilmiştir. Y19HD, E. 2004/ 13395, K. 2005/ 10568, T. 24.10.2005.

Doğa olaylarına don^[23], deprem^[24], şiddetli kar yağışı, kuraklık^[25], fırtına,

[23] Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir kararında "*Davacı, hava şartlarındaki olumsuzluk ve don sebebiyle teslimatın yapılamadığını ve ek süre taleplerinin reddedilerek sözleşmenin haksız feshedildiğini ileri sürmektedir. Somut olayda uyumsuzluk; sözleşmenin feshinin haklı nedenlere dayanıp dayanmadığı noktasında toplanmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda soğuk (don) olan günlerde bitkilerin taşınması halinde bitkilerin zarar göreceği belirtilmiştir. Mahkemece, davacının edimlerini büyük ölçüde yerine getirdiği, sözleşme gereğince teslim etmesi gereken bitkilerin % 70'ine yakın kısmını teslim ettiği, bakiye kalan küçük bir kısmının ise mücbir sebepten yani, genelinde havaların aşırı soğuk ve don olmasından dolayı teslim edemediği, don olayının bitiminde 29/02/2012 tarihinde bitkileri teslim etmek istediği ancak davalı Belediyenin bitkileri teslim almadığı, bu durumun noterlikçe düzenlenen tespit tutanağından anlaşıldığı, davalının ihale sözleşmesini tek taraflı olarak feshetmesinin ve kesin teminat mektubunu irat kaydetmesinin yersiz ve hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir*" Y13HD, E. 2015/15315, K. 2016/12971, T. 12.5.2016 (www.kazanci.com)

[24] Yüksek Mahkeme diğer bir kararında "... Deprem mücbir sebebi meydana getiren harici etkenlerin en başındadır. Mücbir sebep ise, borçluya yüklenemeyen önceden öngörülemeyen ve borçlu açısından borcun ihlalini kaçınılmaz hale sokan nedenlerin bütünüdür. Somut uyumsuzlukta, davalı, mücbir sebebin varlığını ve sözleşme hükümlerini ihlalin bunlardan kaynaklandığını savunduğuna ve 17.8.1999 tarihindeki deprem ayrıca ispatı gerekmeyen maruf ve meşhur vaka olduğuna göre mahkemece bu savunma üzerinde durulmalıdır" görüşüne yer vermiştir. Y14HD, E. 2004/9192 K. 2004/8960 T. 21.12.2004 aksi yönde bkz. "Davacıların oluşan zararı, müteveffanın bulunduğu binanın deprem nedeniyle yıkılması sonucu doğmuştur. Kaçınılmazlık boyutlarında olmayan (kaydedilen deprem şiddetinin ne kadar önlem alınıralsa alınsın, yapı ne kadar sağlam yapılırsa yapılsın zararın doğacağıнын muhakkak olduğu seviyede olmaması hali), şiddetli gerçekleşen depremin mücbir sebep olarak kabul edilip, zararlar illiyet bağıını kestiği kabul edilemez ise de; ne zaman ve hangi büyüklükte olacağı öngörülemeyen ve gerçekleştiğinde büyük bir yıkıma sebebiyet veren, bölgede herkesi etkileyen en büyük doğal afet olduğu da kabul edilmek zorundadır. Ayrıca, bölgenin birinci derecede deprem kuşağında yer aldığı ve oluşan depremin şiddet büyüklüğü de gözden kaçırılmamalıdır" Y3HD, E. 2016/7279, K. 2018/2541, T. 15.3.2018 (www.kazanci.com)

[25] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin bir kararına göre "*Davalının birlik başkanı olduğu dönemde ay çiçeği bitkisinin su ihtiyacının hesaplanmasında hata yapılmış olduğunun kabulü halinde dahi, mevsimin kurak gitmesi nedeni ile su miktarının yetersizliğinden kaynaklı mücbir sebebin ve davacının tazminat ödemesine neden olan çiftçinin birliğe bildirdiğinden daha fazla alana ekim yapmış olmasının davalının dışında gelişen*

çığ, sel^[26], yangın, yıldırım düşmesi örnek verilebilirken; hukuki olaylar, devlet tarafından getirilen ithalat ve ihracat yasakları, ambargo, sınırların kapatılması gibi olaylardır^[27]. Mücbir neden oluşturabilecek beşeri olaylar ise, savaş, abluka, ihtilal, isyan ve ayaklanma, genel grev gibi siyasi olaylardır^[28].

Mücbir sebebin hariciliği (*externality*) ile kastedilen, meydana gelen olayın borçlunun faaliyet alanı ve işletmesi dolayısıyla tehlike alanı dışındaki bir sebepten meydana gelmesidir^[29]. İşletmede meydana gelen olayın dış kökenli olup olmadığı tespit edilirken, işletmenin en geniş anlamıyla ele alınması gerekir. Bu itibarla, işletmenin faaliyet alanına giren işlemler, kullanılan eşyalar, makineler veya çalışanlardan kaynaklanan zararların haricilik unsurunu taşımadığı kabul edilmelidir^[30]. Örneğin, bir yangının

ve zararın doğmasına ve artmasına neden olan sebepler olduğu anlaşılmaktadır"
Y4HD, E. 2013/7203, K. 2014/5554, T. 1.4.2014 (www.kazanci.com)

[26] Yüksek Mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlıkta "*davaya konu olayda, aşırı şiddetle yağın ve günlerce süren yağışın tahmin edilemeyecek ölçüde oluşturduğu sel sularının tırlar dahil her türlü motorlu aracı hızlı bir şekilde sürüklediği, dolayısıyla büyük su taşkınlarına sebep olduğu, sel sularının aşırı ve hızlı olması sebebiyle olayda çok sayıda kişinin yaralandığı gibi çok sayıda kişinin de hayatını kaybettiği, olayın meydana geldiği bölgede çok sayıda iş yerinde bulunan emtialarında sel sularına karışıp sürüklendiği, su baskınlarının artmasına hem mazgalların yetersiz olmasının hem de tırlar ve otobüsler dahil sürüklenen her türlü motorlu aracın su yollarını tıkamasının sebep olduğu, somut olayda davalının kusurunun bulunmadığı, işletmiş olduğu deponun ruhsat ve iskanının bulunmamasının olay karşısında kusura etkisinin olamayacağı, bir an için bu durumun kusur oluşturduğu, yani davalının müterafik kusurlu olmasına sebep olduğu kabul edilse bile özetlenen olayın antreponun işletilmesiyle zarar arasındaki illiyet bağı kestigi, diğer bir ifade ile antreponun işletilmesiyle zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı, zarara sel baskınının neden olduğu anlaşılmakla, ispatlanmayan davanın reddine*" karar vermiştir. Y11HD, E. 2015/13527, K. 2017/1521, T. 15.3.2017. (www.kazanci.com)

[27] Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 540. Tandoğan, Mes'uliyet, s. 464-467. Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat, 636-637. Baysal, Haksız Fiil, s. 213. Öztürk, s. 13.

[28] İnal, s. 32. Eren, Borçlar Hukuku, s. 583. Öztürk, s. 14-15.

[29] Tandoğan, Mes'uliyet, s. 464. Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1003. Eren, s. 179. Eren, Borçlar Hukuku, s. 584. Haricilik unsurunun mücbir neden bakımından aranmaması gerektiği görüşünde bkz. Baysal, Haksız Fiil, s. 213.

[30] İnal, s. 32.

işyerindeki sigorta kaçağından kaynaklanması durumunda olay işletme içi bir riskten kaynaklandığı halde, yangına halk isyanı sırasında atılan bir molotof kokteyli veya bir yıldırımın sebep olması harici nitelik taşır.

Olayın öngörülemezliği (*unforeseeability*) ile kastedilen, sözleşme kurulduğu anda borcun ihlaline yol açan olayın meydana gelmesinin veya meydana gelen olayın yaratacağı sonuçların öngörülememesidir^[31]. Buna göre, her ne kadar teknolojinin sağladığı imkanlar sayesinde bir olayın meydana geleceği öngörülmüş olsa da meydana gelen olayın öngörülenden çok zarara yol açtığı durumda da öngörülemezlik unsuru sağlanmış olur^[32]. Bu itibarla öngörülemez olay, hayatın olağan akışından ve tesadüflerden meydana gelen olayların sınırını ve etkilerini aşan olay olarak tanımlanabilir^[33]. Kanımızca bir olayın öngörülemez olup olmadığı borca aykırı davranışta bulunan kişinin içinde bulunduğu duruma göre değerlendirilmesi gereken bir konudur. Bununla birlikte, burada tamamen sübjektif bir değerlendirme yapılmamalı aynı iş çevresinde faaliyette bulunan tedbirli bir kimsenin söz konusu sonuçları öngörmesinin imkân dahilinde olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Olayın kaçınılmazlığı (*unavoidability*) ile kastedilen ise, mücbir neden teşkil eden olayın kaçınılmaz olarak borcun ihlaline sebep olmasıdır. Buradaki kaçınılmazlık, mutlak ve objektif anlamda kaçınılmazlıktır. Diğer bir ifadeyle mücbir neden, yalnızca borçlunun değil hiç kimsenin alacağı tedbirlerle önleyemeyeceği olayları ifade eder^[34]. Buna göre, meydana gelen

[31] Berger/Behn, s. 31. Baysal, Haksız Fiil, s. 214. Baysal, Uyarlama, s. 262.

[32] Eren, s. 183. Baysal, Haksız Fiil, s. 214.

[33] İnal, s. 42.

[34] Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 539. Oğuzman/Öz, s. 408. Eren, Borçlar Hukuku, s. 585. Alpagut, 64. Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararına göre de "Mücbir sebepte öngörülemezlik ve kaçınılmazlık objektif yani herkes için geçerli olup, mutlak bir anlam taşır. Kaçınılmazlığın mutlaklığından amaç, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre mevcut her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile ihlalin, dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenememesidir. İsviçre Federal Mahkemesine göre de mücbir sebep teşkil eden bir olayın zarar verici sonucu, herkes için kaçınılmaz ve mutlak anlamda önlenmesi imkansız kısacası kaçınılmazlık objektif olmalıdır" YHGK, E. 2012/10-1141, K. 2013/282, T. 27.2.2013 (www.kazanci.com)

olayın, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre, mevcut her türlü tedbir alınsa, her türlü özen gösterilse dahi borcun ihlaline neden olması aranır^[35].

Önemle belirtmek gerekir ki, yukarıda sayılan üç unsuru taşıyor olması bir olayın mücbir neden sayılması için yeterli değildir. Bunun dışında meydana gelen olayın, borçlunun borcunu ihlal etmesine yol açması, borç ilişkisini bizzat etkilemiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, mücbir neden ile borca aykırılık arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Mücbir neden bir taraftan borçlunun fiili ile alacaklının uğradığı zarar arasındaki illiyet bağı keserken, diğer taraftan meydana gelen olay ile borca aykırılık arasında illiyet bağı kurar^[36]. Yargıtay da bir kararında bu hususu “*mücbir neden sözleşmeden doğan sorumlulukta, borçlunun borcunu yerine getirmemesinin kusurundan ileri gelmediğini gösteren, sözleşme dışı sorumlulukta da illiyet bağı kesen ve dolayısıyla zarar vereni veya borçluyu sorumluluktan kurtaran bir sebeptir. Zarar veren veya borçlu, mücbir sebebi ispat ettiği takdirde, doğan zarardan sorumlu olmaz. Mesela, ağır bir kasırga (siklon) veya zelzele dolayısıyla yıkılan binanın altında kalarak ölen bir şahıs durumunda mücbir neden teşkil eden kasırga veya zelzele bina malikini sorumluluktan kurtarır. Her ne kadar o şahıs binanın yıkılması sonucu ölmüş ve ilk bakışta binanın yıkılması olayı ile ölüm sonucu arasında uygun bir illiyet bağı mevcut gibi görünmekte ise de, binanın yıkılmasına sebep olan asıl olay binanın kötü yapısı veya bakımındaki noksanlık olmayıp, harici bir olay olan mücbir neden kural olarak sorumlu şahsın kusurunu bertaraf eder*” biçiminde ifade etmiştir^[37]. Bu itibarla, mücbir neden, kusursuzluğu ifade eden kaza kavramından farklı olarak, tehlike sorumluluğunu dahi ortadan kaldıran bir etki yaratır. Borçluyu kusur sorumluluğundan kurtaran mazur görülebilir hata, bilgisizlik, hastalık ve kazadan daha güçlü bir anlam taşır.

Mücbir neden nisbi bir kavramdır. Buna göre, bir olayın peşinen mücbir neden kabul edilmesi mümkün değildir. Borcun ihlalinin mücbir nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığı belirlenirken, her bir olayın mücbir nedenin unsurlarını taşıyıp taşımadığı araştırılmalı, ihlal edilen borç ilişkisinin nitelikleri, olayın meydana geldiği yer, içinde bulunulan şartlar, olayın meydana

[35] Eren, s. 182. Chen/Weber, s. 2.

[36] İnal, s. 37.

[37] Y4HD, T. 02.03.1981, E. 1208, K. 2437; Karahasan, 997.

geldiği zaman dilimi değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir^[38]. Buna göre, örneğin bir atın üstüne yıldırım düşmesi mücbir neden olarak kabul edilebilirken; bir patlayıcı deposuna yıldırım düşmesi, borçluya bu gibi risklere karşı önlem alma, söz gelimi paratoner kurma yükümlülüğü getirdiğinden mücbir neden olarak değerlendirilemeyecektir^[39]. Bunun gibi şiddetli fırtına bu tip olayların sık yaşandığı bölgelerde mücbir neden kabul edilmezken, başka bir bölgede yaşanan fırtına mücbir neden olarak değerlendirilebilir ya da tarihinde ihtilallere pek fazla rastlanmayan bir ülkede ihtilal mücbir neden olarak kabul edilirken, ihtilallerin olağan olduğu bir ülkede ihtilal yaşanması mücbir neden sayılmayabilir^[40].

Bunun gibi bir olay sözleşmenin yapıldığı zamana göre mücbir neden olarak değerlendirilebilirken; daha sonra yapılan bir sözleşme için bu mümkün olmayabilir. Örneğin Yüksek Mahkeme önüne gelen bir olayda “*her ne kadar hava limanında bir kargaşa yaşanıyor olsa da taraflar arasındaki taşıma sözleşmesinin Libya’da zaten yaşanmakta olan iç savaş ve kargaşa sebebiyle davacı şirketin orada çalışan işçilerinin güvenli bir şekilde ülkelerine dönmelerini sağlamak üzere yapıldığı dikkate alındığında, hava limanında da bir kargaşa veya karışıklığın yaşanmasının öngörülemeyen bir durum olduğu söylenemez. Zira sözleşmenin düzenlendiği anda ülkede iç savaş ve kargaşa hali sürmekte olup, davalı şirketin iç savaş halini mücbir neden olarak ileri sürmesi iyi niyetli bir davranış olarak değerlendirilemez*” kararıyla mücbir sebebin somut duruma göre değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir^[41]. Bu itibarla, siyasi, beşerî veya doğal bir felaketin başlı başına mücbir neden olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Olayın yaşandığı zamana ve koşullara, sözleşmenin konusuna ve inikat tarihine, meydana gelen olayın sözleşmenin ifasını nasıl ve ne ölçüde etkilediğine bakarak değerlendirme yapmak gerekir.

[38] Eren, 178. Eren, Borçlar Hukuku, s. 583. İnal, 22-23. Baysal, Haksız Fiil, s. 213. Öztürk, 7. Özçelik, 1. Akın, 31.

[39] İnal, s. 22-23. Eren, Borçlar Hukuku, s. 583. Öztürk, 7.

[40] İnal, s. 31. Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1004.

[41] YHGK, E. 2017/11-90, K. 2018/1259, T. 27.6.2018 (www.kazanci.com)

B. Mücbir Nedenin Hukuki Sonuçları

Mücbir neden, borcun ifasını etkilediği takdirde birtakım hukuki sonuçları beraberinde getirir. Bu nedenle ilk olarak mücbir nedenin borcu ne şekilde etkilediğine bakmak gerekir. Mücbir nedenin borcun ifasını engellemesi geçici veya sürekli nitelik taşıyabilir^[42]. Bunun gibi borcun ifasının etkilenmesi, ifanın gecikmesi, gereği gibi yapılamaması ile ifanın imkansızlaşması biçiminde karşımıza çıkabilir^[43]. Bu itibarla, mücbir sebebin hukuki sonucu, borcun konusunu etkilemesine göre, temerrüt, aşırı ifa güçlüğü veya imkânsızlık olabilir.

TBK m. 117 hükmünde muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtarı ile temerrüde düşeceği düzenlenmiş, düzenlemenin ikinci fıkrasında ise alacaklının ihtarına gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşeceği hallere yer verilmiştir. Borcun ifasında gecikmenin temerrüt sonucunu yaratabilmesi için, borcun muaccel ve ifasının mümkün olması gerekir. Buna karşılık, hukuk sistemimizde ifada gecikmenin temerrüt sonucunu yaratması için borçlunun kusuru aranmamaktadır^[44]. Bu itibarla, borçlunun ifası mümkün ve muaccel bir borcu mücbir neden dolayısıyla zamanında ifa edememesi durumunda borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Örneğin, COVID-19 salgını sebebiyle uygulamaya konulan seyahat yasakları nedeniyle, satılan bir malın teslim edilememesi halinde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bunun gibi para borçlarında imkânsızlık söz konusu olmadığından, COVID-19'un mücbir neden sayılması durumunda borcun ifasındaki gecikme nedeniyle borçlunun temerrüde düştüğü kabul edilecek, bu durumda borçlu temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacak, karşılıklı borçlar içeren sözleşmelerde ise alacaklı TBK m. 125/II uyarınca sözleşmeden dönebilecektir. Buna karşılık, borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunmadığından alacaklı, gecikme tazminatı, karşılıklı borç içeren sözleşmelerde ifa yerine geçen tazminatı (TBK m. 125/II) veya sözleşmeden dönme halinde sözleşmenin

[42] Berger/Behn, s. 16. Alpagut, 64-65.

[43] İnal, s. 22. Baysal, Uyarılama, s. 195.

[44] Tandoğan, Mes'uliyet, s. 480. Oğuzman/Öz, s. 470. Kılıçoğlu, s. 876.

hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın (TBK m. 125/III) giderilmesini istemeyecektir^[45].

Mücbir neden kimi durumlarda borcun konusunun imkansızlaşmasına yol açar. Örneğin, borçlunun mülkiyetini devretmeyi taahhüt ettiği arabanın üstüne yıldırım düşmesi sonucu yanması durumunda imkânsızlık söz konusudur. Hukukumuzda mücbir nedeninin borcun imkansızlığına yol açtığı kabul edilebilmesi için imkansızlığın sürekli nitelikte olması gerekir. İfa süresi içinde ortaya çıkan engel, edimin sonradan ifa edilebilmesi imkanını ortadan kaldırıyor ise imkânsızlık süreklidir^[46]. Buna karşılık, ifa engeli devamlı nitelik taşımıyor, engelin ortadan kalkmasıyla borcun ifası mümkün hale geliyorsa imkansızlığın geçici nitelik taşıdığı kabul edilir. Örneğin, işçinin hasta olduğu günler işe gidememesi böyledir. Bununla beraber bazı durumlarda, her ne kadar imkânsızlık geçici olsa da borcun sonradan ifa edilmesi mümkün olmaz. Bu durum, borcun ifası için belirlenen zamanın, o borcun ifa edilebileceği yegâne zaman olması halinde söz konusu olur ve artık imkansızlığın geçici değil sürekli nitelik taşıdığı kabul edilir^[47]. Örneğin, salgın nedeniyle düğün salonlarının kapatılması halinde düğünün yapılamaması halinde ifanın sürekli olarak imkânsız hale geldiği kabul edilebilir. Zira, bu durumda edimin sonradan yerine getirilmesinde alacaklının hiçbir menfaati kalmamıştır. Bunun gibi geçici imkansızlığın ne kadar süreceği bilinmiyor ve bu süre boyunca karşı tarafın sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenmesi dürüstlük kurallarına aykırı düşüyor ise yine borcun sürekli olarak imkansızlaştığı kabul edilmelidir. Bu iki durumda da sözleşmenin amacının tehlikeye düşüp düşmediği değerlendirilerek bir sonuca varılmalıdır^[48].

Edimin ifasının borç ilişkisinin kurulmasından sonra borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması halinde TBK m. 136 hükmü uygulanır. Buna göre, borcun ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması nedeniyle borç sona erer. İki taraflı sözleşmelerde borcun imkansızlaşması nedeniyle borçtan kurtulan taraf diğer taraftan olan alacak hakkını da kaybeder. Eğer

[45] Oğuzman/Öz, s. 470-471.

[46] Dural, s. 100.

[47] Oğuzman/Öz, s. 458. Dural, s. 98, 101.

[48] Dural, s. 101.

borçlu alacağını daha önce tahsil etmişse, bu kazanımın sona eren sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi (*condictio ob causam finitam*) hükümlerine göre iade edilmesi gerekir^[49]. Tekrar belirtmek gerekir ki imkânsızlık nedeniyle borcun sona erdiğinin kabul edilebilmesi için imkansızlığın kalıcı ve kesin olması gerekir. İmkânsızlık geçici ise, ifa tarihinin imkansızlığın ortadan kalkacağı tarihe kadar ertelenmesinin tarafların farazi iradesine uygun olup olmadığına bakılarak, imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı saptanır^[50]. COVID-19 bakımından bir değerlendirme yapıldığında istisnai birtakım haller dışında imkansızlığın çoğu kez geçici olduğu söylenebilecektir. Zira salgın çoğu durumda borcun konusunun ortadan kalkmasına neden olmamış fakat ifanın gecikmesine veya güçleşmesine sebep olmuştur.

Fransız Medeni Kanunu m. 1218'de ise ortaya çıkan bir mücbir nedenin borcun ifasını geçici olarak engellemesi halinde, bu engel sözleşmenin feshini haklı kılmadığı sürece yükümlülüğün yerine getirilmesinin askıya alınacağı; buna karşılık, borcun ifası sürekli olarak engellenmiş ise sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği ve tarafların m. 1351 ve 1351-1'de öngörülen şartlar uyarınca borçlarından kurtulacakları düzenlenmiştir. Çin hukukunda da mücbir neden nedeniyle borcun ifasının geçici olarak imkansızlaşması durumunda borçlunun gecikmeden sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir. SARS salgını ile ilgili olarak verilen bir kararda Çin yargısı, davacı ve davalı arasında yapılan taşınmaz satış sözleşmesinde davalının taşınmazı 30 Haziran 2003'ten önce teslim edeceğinin kararlaştırıldığına, ancak daha sonra çıkan seyahat yasağı nedeniyle inşaatta çalışacak işçilerin çalıştırılmadığına, bu nedenle teslimatın gecikmeli olarak 30 Aralık tarihinde yapıldığına ve salgın ve idari tedbirler nedeniyle yaşanan gecikmeden davalının sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir^[51].

Öte yandan, duruma göre mücbir neden teşkil edebilecek nitelikteki bir olay borcun ifasını imkânsız hale getirmemekle birlikte ifayı aşırı ölçüde güçleştirmiş de olabilir. Bu durumda, TBK m. 138 uyarınca sözleşmenin

[49] Oğuzman/Öz, s. 559. Bu durumda kanundan doğan iade yükümlülüğünün söz konusu olduğu ve iade talebine 2 yıllık sebepsiz zenginleşme zamaşımının değil 10 yıllık zamaşımının uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Dural, s. 164-164.

[50] Oğuzman/Öz, s. 557.

[51] Chen/Weber, s. 3.

uyarlanması söz konusu olur. Sözleşmenin uyarlanması işlem temelini çökmesi durumunda gündeme gelen, temelini dürüstlük kuralında bulan^[52] ve ahde vefa ilkesinin istisnasını teşkil eden bir durumdur^[53]. TBK m. 138 uyarınca, bir sözleşmenin uyarlanmasının hakimden talep edilebilmesi için; sözleşmenin yapıldığı sırada, taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun (savaş, ekonomik kriz, tabii afet, ithalat ve ihracat yasakları vb.) ortaya çıkmış olması, bu durumun borçludan kaynaklanmamış olması, sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifasının istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olması ve borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı derecede güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması gerekir^[54]. Örneğin, konser vermeyi taahhüt ettiği bir şehirde kolera salgınının baş göstermesi, sanatçının edimini imkânsız hale getirmemekte fakat sağlık yönünden çok tehlikeli olduğundan aşırı derece güçleştirmektedir^[55]. Buna göre durum ve koşulların değerlendirilmesi sonucunda, COVID-19'a bağlı olarak alınan tedbirler nedeniyle işyerini bir süre kapatmak zorunda kalan borçlunun kira borcunu, bu dönemde ortaya çıkan yabancı para kurundaki artış ve ithalat zorlukları nedeniyle uluslararası ticaret yapan bir borçlunun sözleşmeden doğan borçlarını ifasının önemli ölçüde güçleştiği kabul edilerek, uyarlama yoluna gidebilir. Ancak bu yapılırken, sözleşmenin uyarlanmasının ahde vefa ilkesine istisna teşkil ettiği, istisnaların dar yorumlanması gerektiği unutulmamalı, her iki tarafın da menfaati düşünülerek hareket edilmelidir.

III. Beklenmeyen Hal Kavramı, Unsurları ve Hukuki Sonuçları

Beklenmeyen hal (*cas fortuit*), borçlunun kaçınamayacağı şekilde borca aykırı davranmasına neden olan olayları ifade eder. Bu itibarla, beklenmeyen (*umulmayan*) hal, borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen, sözleşme

[52] Baysal, Uyarlama, s. 126. YHGK, E.2003/13-332, K. 2003/340, T. 7.5.2003; YHGK, E. 2010/14, K. 2010/15, T. 27.1.2000 (www.kazanci.com)

[53] Baysal, s. 334.

[54] Baysal, s. 337. Baysal Uyarlama, 126. Sürekli borç ilişkileri bakımından ifaya başlanmamış olması şartının sözleşme uyarınca ifa süresinin henüz dolmamış olması şeklinde anlaşılması gerekir. Oğuzman/Öz, 201 dn. 580.

[55] Dural, s. 26.

yapılırken öngörülme ve borca aykırı davranışa kaçınılmaz şekilde sebep olan olay olarak tanımlanabilir^[56].

Bir olayın beklenmeyen hal sayılması için doğal, beşeri, sosyal, teknik, hukuki, siyasi, bünyesel veya psikolojik bir olayın meydana gelmesi ve bu olayın kaçınılmaz olarak borcun ihlaline sebebiyet vermiş olması gerekir. Buna göre, söz konusu olayın, hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre, gerçekleşen türden bir zararı meydana getirmeye mahiyeti itibarıyla elverişli olduğu veya zararın meydana gelme ihtimalini önemli ölçüde artırdığı durumlarda beklenmeyen hal söz konusudur^[57]. Beklenmeyen halin kaçınılmazlığı ile kastedilen, borçlunun zararın önlenmesi için kendisinden beklenen tüm önlemleri almış olması durumunda dahi zararın meydana gelmesidir^[58].

Beklenmeyen hal ile mücbir neden kavramları çoğu kez birbiri yerine geçecek şekilde kullanılmakta^[59] ise de aslında birbirinden farklı kavramlardır. Şöyle ki, mücbir neden mutlaka dışsal bir olay iken, beklenmeyen halin dışsal bir olaydan ileri gelmesi aranmamaktadır. Borçlunun kendi uhdesinden veya işletmesinden kaynaklanan olaylar da beklenmeyen hal niteliği taşıyabilir. Buna göre, mücbir neden, aniden çıkan fırtına, su basması gibi dış kuvvetlerin neden olduğu bir olayken, işletme içinde meydana gelen yangın, patlama, teknik arıza gibi sebebi ve kaynağı anlaşılamayan olaylar beklenmeyen hal niteliği taşıyabilir^[60]. Örneğin, bir fabrikanın yıldırım düşmesi sonucunda yanması mücbir neden iken; gerekli her türlü önlem alınmış olmasına rağmen elektrik sigortasındaki kaçak nedeniyle çıkan yangın beklenmeyen hal olarak nitelendirilir^[61]. Bunun gibi bir ülkede yapılan genel grev mücbir neden olarak kabul edilebileceği halde, işyerinde yapılan toplu eylem durum ve koşullara göre beklenmeyen hal olarak nitelendirilebilir^[62].

[56] Tandoğan, Mes'uliyet, s. 460-461. Öztürk, s. 38.

[57] Eren, s. 143. Tandoğan, Mes'uliyet, s. 461.

[58] Tandoğan, Mes'uliyet, s. 462. Oğuzman/Öz, s. 408. Öztürk, s. 40.

[59] Gözübüyük, s. 82-83. Becker, Art 97, N. 35 vd. akt. İnal, s. 19.

[60] İnal, s. 17. Akman/Burcuoğlu/Altop, s.541. Eren, Borçlar Hukuku, s. 582.

[61] Oğuzman/Öz, s. 408.

[62] İnal s. 32. Eren, Borçlar Hukuku, s. 584.

Bu itibarla, beklenmeyen hal ile mücbir neden arasında bir genellik-özellik ilişkisi bulunduğu söylenebilir. Buna göre, her mücbir neden aynı zamanda beklenmeyen bir hal iken, tersi için aynı şey söz konusu değildir^[63].

İki kavram arasındaki bir diğer fark, iki olay arasındaki kaçınılmazlığın derecesidir. Bir olayın mücbir neden mi beklenmeyen hal mi olduğu, olayın kaçınılmazlık derecesine göre belirlenir. Beklenmeyen halde de olayın kaçınılmazlığı söz konusudur. Ancak bu halde olayın kaçınılmazlık derecesi, gücü ve kapsamı mücbir sebebe göre daha az yoğunluktadır^[64]. Diğer bir ifadeyle mücbir neden bakımından kaçınılmazlık mutlak nitelik taşıdığı ve illiyet bağının kesilmesine neden olduğu halde; beklenmeyen hal her zaman illiyet bağının kesilmesi sonucunu doğurmaz, bazen yalnızca zararlı sonucu meydana getiren ortak sebeplerden birini teşkil eder^[65]. Bunun gibi mücbir nedende kaçınılmazlık mutlak ve herkes için söz konusu iken, beklenmeyen halde öngörülemezlik ve kaçınılmazlık borçlu bakımından söz konusudur^[66]. Yargıtay da bir kararında bu hususu “*Mücbir sebep teşkil eden olay, umulmayan hale göre daha şiddetli ve mutlak bir kaçınılmazlık arz ederken, umulmayan hal daha sınırlı bir etkiye sahiptir. Mücbir sebep borçlu veya sorumlunun işletme veya faaliyetine yabancı, dışarıdan gelen bir olay iken, umulmayan hal işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilir. Mücbir sebepte öngörülemezlik ve kaçınılmazlık objektif yani herkes için geçerli olup, mutlak bir anlam taşır. Kaçınılmazlığın mutlaklığından amaç, teknik ve bilimin o andaki verilerine göre mevcut her türlü önlem alınsa, her türlü özen gösterilse bile ihlalin, dolayısıyla zararlı sonucun hiç kimse tarafından önlenememesidir. İsviçre Federal Mahkemesine göre de mücbir sebep teşkil eden bir olayın zarar verici sonucu, herkes için kaçınılmaz ve mutlak anlamda önlenmesi imkânsız kısacası kaçınılmazlık objektif olmalıdır. Kaçınılmazlık, bir ilke olmayıp borçluyu borcundan kurtaran ya da borçlunun fiili ile buna bağlanan hukuki sonuç arasındaki uygun illiyet*

[63] Tandoğan, s. 466.

[64] Tandoğan, Mes’uliyet, s. 466. İnal, s. 16. Eren, Borçlar Hukuku, s. 582, 585.

[65] İnal, s. 35. Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1003.

[66] Eren, s. 176. İnal, s. 37. Yuvalı, s. 7. Akın, s. 31.

bağını kesen mücbir sebep ya da umulmayan halin (kazanın) en önemli unsurudur” biçiminde ifade etmiştir^[67].

Son olarak, mücbir neden borçluyu daima sorumluluktan kurtardığı halde, beklenmeyen hal için her zaman aynı sonuca varılamaz. Şöyle ki, kanun koyucu bazı özel durumlarda borçlunun mücbir nedenden sorumlu olmasa bile beklenmeyen halden sorumlu olacağını kabul etmiştir. Örneğin TBK m. 373 uyarınca, kiracı, kiralanan teslim edilirken tutanağa geçirilmiş olan eşyalara değer biçilmişse, sözleşme sona erdiğinde bu eşyaları özdeş tür ve değerde olmak üzere geri vermekle veya değer eksikliklerini gidermekle yükümlüdür. Düzenleme uyarınca kiracı bu yükümlülükten ancak kiraya verenin kusurunu ya da mücbir sebebin varlığını ispat ederek kurtulabilir. Buna karşılık beklenmeyen hal nedeniyle eşyaların hasar görmesi durumunda kiracı, tutanakta belirlenen değeri kiraya verene ödemekle yükümlü olacaktır.^[68]

Beklenmeyen hal ve mücbir neden yukarıda açıklanan nedenlerle farklı kavramlar olmakla birlikte, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmeleri bakımından aynı etkiye sahiplerdir^[69]. Bu itibarla borcun ihlaline beklenmeyen halin neden olduğu durumlarda da borçlunun kusuru olmadığı kabul edilir. Bu itibarla beklenmeyen halin hukuki sonuçları kanun koyucunun borçluyu beklenmeyen halden sorumlu tuttuğu durumlar dışında yukarıda mücbir neden için açıklanan sonuçlarla aynıdır. Bu itibarla, mücbir neden gibi beklenmeyen hal de borcun ifasını imkânsız kılmışsa borçlu imkansızlıktan sorumlu tutulamayacaktır. Ancak, beklenmeyen hal yalnızca borcun zamanında ifa edilmesine engel olmuşsa bu durumda borçlu temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından sorumlu olmayacak, fakat borcu ifayla yükümlü olmaya devam edecektir^[70]. Bunun gibi beklenmeyen hal nedeniyle borcun ifasının aşırı derecede güçleşmesi durumunda borçlu TBK m. 136 uyarınca hâkimden sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilecektir.

Bununla birlikte borçlunun ortaya çıkan bir beklenmeyen hal nedeniyle borcunu zamanında ifa edememesi sonucunda temerrüde düşmesi ile TBK

[67] YHGK, E. 2012/10-1141, K. 2013/282, T. 27.2.2013 www.kazanci.com

[68] Oğuzman/Öz, s. 415.

[69] Oğuzman/Öz, s. 407. İnal, s. 22.

[70] Oğuzman/Öz, s. 407, dn. 171.

m. 119'da düzenlenen mütemerrit borçlunun beklenmeyen hal nedeniyle doğacak zarardan sorumluluğu birbirine karıştırılmamalıdır. Düzenlemeye göre temerrüde düşen borçlu, beklenmeyen hal nedeniyle doğacak zarardan da sorumludur^[71]. Bununla birlikte, borçlu temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya temerrüde düşmeseydi de beklemeyen hal nedeniyle zararın meydana geleceğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Belirtmek gerekir ki TBK m. 119'un uygulanması bakımından zararın beklemeyen hal veya mücbir neden dolayısıyla meydana gelmiş olması arasında bir fark bulunmamaktadır^[72]. O halde, COVID-19'un ortaya çıkmasından önce temerrüde düşen bir borçlunun daha sonra salgını ileri sürerek sorumluluktan kurtulması kural olarak mümkün değildir.

IV. İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler

Borçlar hukukunda mücbir neden ve beklenmeyen hal kavramları kullanıldığı halde, iş hukukunda zorlayıcı neden ve zorunlu neden kavramları tercih edilmiş ve kimi hallerde bunlara iş hukukunun kendine özgü niteliği gereği borçlar hukukundan farklı sonuçlar bağlanmıştır. Bu itibarla aşağıda iş hukukunda zorlayıcı neden ve zorunlu neden kavramları ve bunların uygulama alanları açıklanacak, söz konusu kavramların borçlar hukukundaki mücbir neden ve beklenmeyen halden farklılaştığı yerler tespit edilecek, ardından COVID-19 pandemisinin iş hukuku bakımından niteliği ve doğurduğu sonuçlara yer verilecektir.

A. Zorlayıcı Neden Kavramı, Unsurları ve Hukuki Sonuçları

Zorlayıcı neden kavramı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddesinde, iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshini düzenleyen 24/III ve 25/III maddelerinde, zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması durumunda işçilere bir hafta süreyle yarım ücret ödenmesini düzenleyen 40. maddesinde, zorunlu nedenlerle fazla çalışmayı düzenleyen 42. maddesinde, hafta tatilini düzenleyen 46. maddesinde, yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan halleri düzenleyen 50. maddesinde ve İşsizlik Sigortası Kanununun kısa çalışmayı düzenleyen ek 2. maddesinde kullanılmıştır.

[71] Çin Medeni Kanunu'nun s. 180. maddesinde aynı yönde bir düzenleme yer almaktadır. Düzenleme uyarınca, borçlunun borcun ifasında gecikmesinden sonra meydana gelen mücbir sebep borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Chen/Weber, s. 1.

[72] Oğuzman/Öz, s. 489.

Buna karşılık İş Kanunu'nun ücretin gününde ödenmemesi başlıklı 34. maddesinde zorlayıcı neden yerine mücbir neden ifadesi tercih edilmiştir^[73].

İlk olarak belirtmek gerekir ki yargıda ve öğretide, iş kanunlarında kullanılan zorlayıcı neden kavramının mücbir nedenleri ifade ettiği kabul edilmektedir^[74]. Bu itibarla zorlayıcı neden, borcun ifa edilmesine kaçınılmaz bir şekilde engel olan, borçlunun faaliyeti ve işletmesi dışında meydana gelen, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olay olarak tanımlanabilir^[75]. Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmeliğinin 3. maddesinde zorlayıcı neden, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak bertaraf edilmesine imkân bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen yahut kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilerden kaynaklanan dönemsel durumlar ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın hastalık, seferberlik gibi durumlar olarak tanımlanmıştır. Anılan yönetmelikte “zorlayıcı neden” kavramının, mücbir sebebi aşan şekilde genişletildiği görülmektedir. Bu husus, aşağıda ayrıntılı şekilde açıklanacaktır. Burada belirtmek gerekir ki, kısa çalışmaya geçmek için aranan zorlayıcı neden, borçlar hukukunda ve İş Kanunu'nun 24/III ile 25/III maddelerinde düzenlenen zorlayıcı nedenden çok daha geniş bir kapsama sahiptir.

Bu itibarla zorlayıcı nedenin unsurları, zorlayıcı neden teşkil edebilecek doğal, hukuki veya beşeri bir olay meydana gelmesi, bu olayın borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında kalan harici bir sebepten kaynaklanması, olayın bir davranış normunun veya sözleşmenin ihlaline yol açması, olay ile borcun ihlali arasında bir illiyet bağı bulunması, olayın kaçınılmaz, öngörülemez ve önlenemez olmasıdır^[76]. Zorlayıcı nedenin varlığını iddia eden taraf, zorlayıcı neden teşkil eden olayın varlığını ispatla yükümlüdür. Bu itibarla

[73] Bu ifadenin tercih edilmesinin kanundaki terim birliği yönünden isabetli olmadığı görüşündeyiz. Yuvalı, s. 10.

[74] Süzek, s. 501. İnal, s. 20. Yuvalı, s. 10. Mücbir neden ve zorlayıcı neden ifadesinin birbiri yerine geçecek şekilde kullanıldığı kararlara örnek olarak bkz. Y9HD, E. 2001/4118, K. 2001/7559, T. 1.5.2001; Y9HD, E. 2003/22637, K. 2004/535, T. 22.1.2004. www.kazanci.com

[75] Yuvalı, s. 1.

[76] Bu konu hk. Detaylı bilgi için bkz. 1.2.1. Mücbir Neden Kavramı ve Unsurları

olayın henüz gerçekleşmemiş olması, diğer bir ifadeyle olayın meydana gelme ihtimali zorlayıcı nedenin varlığını kabul için yeterli değildir^[77].

İş hukuku anlamında bir zorlayıcı nedenden bahsedebilmesi için, işçinin iş görme edimini ifada maddi veya manevi (ifanın beklenilmezliği), işverenin ise ifayı kabulde maddi imkânsızlık içine düşmüş olması ve bu durumun işçi veya işverenin kusurundan kaynaklanmıyor olması gerekir. Buna göre, doğal afetler, yangın, yasama veya yürütme organlarınca konulan ithalat ve hammadde yasakları vb. nedenler işverenin işçinin iş görme edimini kabul etmesini imkânsız hale getiren zorlayıcı nedenler olarak değerlendirilebilir. Buna karşılık, işletmenin karşı karşıya bulunduğu ekonomik güçlükler, mevsim gereği satışların durması, stok fazlalığı, makinelerin onarımı ihtiyacı gibi işletmeden kaynaklanan nedenler zorlayıcı neden olarak nitelendirilemez^[78]. Bunun gibi, üretim maliyetindeki aşırı yükselme ve buna bağlı olarak hammadde fiyatındaki artış gibi nedenler de işveren tarafından öngörülebilir ve göze alınan işletme riskleri olduğundan mücbir neden olarak değerlendirilemez. Bu itibarla işverenin fiyatlardaki aşırı artış, ekonomik durumunun yetersizliği, siparişlerdeki azalma veya satışlardaki düşüş nedeniyle hammadde temin edemiyor olması ve bu nedenle işyerinde işin durması iş hukuku bakımından zorlayıcı neden olarak değerlendirilmemelidir. Diğer bir ifadeyle, hammadde yokluğu doğrudan mücbir neden sayılmamalı, hammadde temin edilememesinin gerçek nedeni araştırılarak sonuca gidilmelidir^[79].

İş hukuku ve borçlar hukuku anlamında zorlayıcı nedenin birbirinden farklılaştığı nokta bu kavramın tanımı ve unsurlarından ziyade hukuki sonuçlarıdır. Zira, yukarıda mücbir nedenin hukuki sonuçları başlığında da açıklandığı üzere, mücbir neden borcun ifasının geçici veya sürekli olarak imkansızlaşmasına neden olur. Borcun ifasının mücbir neden dolayısıyla sürekli olarak imkansızlaşması durumunda ise TBK m. 136 uyarınca borç sona erer. Buna karşılık sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan mücbir nedenin borcun ifasını geçici olarak engellediği durumda geçici ifa imkansızlığı söz konusu olur ve borcunu geçici olarak ifa edemeyen borçlunun kusursuz olarak temerrüde düştüğü kabul edilir. Zira hukukumuzda

[77] Yuvalı, s. 4.

[78] Süzek, s.501. Süzek, Askı, s. 124-125.

[79] Öztürk, s. 72.

borçlunun temerrüde düşmesi kusur şartına bağlanmamıştır^[80]. Bu durumda alacaklı, TBK m. 125/II uyarınca sözleşmeden dönebilir. Buna karşılık sözleşmeden dönme kurumu pek çok nedenle sürekli sözleşmelerin niteliğine uygun düşmemektedir^[81]. Bu nedenle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun sürekli sözleşmelerde borçlu temerrüdünü düzenleyen 126. maddesinde “*İfa-sına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir*” hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenleme ile alacaklıya, sürekli sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmıştır. Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, sözleşmeden dönmeye ilişkin hükümlerin sürekli sözleşmelerin niteliğiyle bağdaşmamasından doğan sorunlar anılan düzenlemeyle önlenmiştir^[82].

Bu itibarla, sürekli edimli bir borç ilişkisi olan iş sözleşmesinde taraflardan birinin geçici ifa imkansızlığı nedeniyle temerrüde düşmesi durumunda diğer tarafın sözleşmeyi feshedebileceği düşünülebilir. Ne var ki, sürekli bir iş ilişkisi içine giren tarafların bu borç ilişkisi içinde kaçınılmaz olarak ortaya çıkacak birtakım aksaklıkları göze aldıkları kabul edilir. Bu nedenle taraflardan birinin geçici ifa imkansızlığı içine düştüğü anda diğer tarafın sözleşmeyi feshetmesi dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz. Zira, sürekli bir borç ilişkisi içine giren tarafların bu sözleşmeyi yaparken, karşılıklarına çıkan ilk engelde onu sonlandırmayı değil ayakta tutmayı amaçladıkları kabul edilir^[83]. Bu nedenle iş ilişkilerinde zorlayıcı bir nedenin ortaya çıkması durumunda iş sözleşmesi bu neden ortadan kalkıncaya kadar kendiliğinden askıya alınır^[84]. Bu şekilde, iş akdinin derhal sona erdirilmesi sınırlandırılarak

[80] Süzek, s. 496. Buna karşılık Alman ve Fransız Hukuklarında borçlunun kusursuz geçici ifa imkansızlığı içine düşmesi halinde alacaklının ifa talebinin imkansızlık süresince ertelendiği, fakat borçlunun temerrüde düşmediği buna karşılık sözleşmenin askıya alındığı kabul edilmektedir. Süzek, Askı, s. 116.

[81] Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Tolu, s. 11-14.

[82] Öz, s. 20.

[83] Süzek, s. 497.

[84] Süzek, s. 498. Süzek, Askı, s. 120. Taşkent, s. 20-21. Alpagut, 66-67.

iş güvencesi sağlanmış olur^[85]. Bununla birlikte, geçici ifa imkansızlığına neden olan zorlayıcı nedenin ortadan kalkmasına kadar beklemek objektif iyiniyet ve dürüstlük kuralları uyarınca taraflardan istenemeyecek kadar uzun ise bu durumda sözleşmeyi fesih hakkının doğduğu kabul edilir. Söz konusu bekleme süresi İş Kanunu m. 24 ve 25'te zorlayıcı nedenin ortaya çıktığı tarihten itibaren bir hafta olarak belirlenmiştir. Bu itibarla İK. m. 24-25 uyarınca bir zorlayıcı nedenin ortaya çıkması durumunda sözleşme bir hafta süre ile askıya alınacak, sonrasında ise zorlayıcı neden sözleşmenin feshi için haklı neden teşkil edecek, fesih yapılmadığı sürece sözleşme askıda kalacaktır. Bunun gibi, İşsizlik Sigortası Kanunu ek m. 2 anlamında bir zorlayıcı nedenin ortaya çıkması durumunda işveren kısa çalışma ödeneği için İŞKUR'a başvurabilecektir.

B. Zorunlu Neden Kavramı, Unsurları ve Hukuki Sonuçları

İş hukukunda zorunlu neden kavramına, İş Kanunu'nun fazla çalışmayı düzenleyen 42. maddesi ile telafi çalışmalarını düzenleyen 64. maddede yer verilmiş, bununla birlikte zorunlu neden kavramı ne İş Kanunu'nda ne de İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde tanımlanmıştır.

İş Kanunu'nun zorunlu nedenlerle fazla çalışmayı düzenleyen 42. maddesinde zorlayıcı nedenler yanında bu kapsamda değerlendirilmeyen, arıza, arıza tehlikesi ve makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işler de zorunlu nedenler arasında sayılmıştır^[86]. Söz konusu hüküm, zorunlu neden kavramının tanım ve kapsamının belirlenebilmesi açısından yol gösterici niteliktedir.

Her sözleşme ilişkisinde, o sözleşmenin ifasını engelleyecek birtakım engeller ortaya çıkabilir. Bu engeller bazen harici sebeplerden bazen de işletme riskine dahil konulardan kaynaklanır. Örneğin, hükümde yer verilen işyerinde bir arıza yaşanması, makinelerin bakım ve onarımı ihtiyacının ortaya çıkması gibi durumlar işletme riskine dahil konulardır. Bununla birlikte söz konusu örneklerin her durumda beklenmeyen hal olarak değerlendirilebilmesi olanaklı değildir. Zira, işyerinde yaşanan bir arıza nedeniyle işlerin durması yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında borçlunun kusuru olmaksızın meydana gelen, sözleşme yapılırken öngörülmemeyen ve borca

[85] Süzek, Askı, s. 115.

[86] Süzek, 831. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 764. Yuvalı, s. 12.

aykırı davranışa kaçınılmaz şekilde sebep olan beklenmeyen hal niteliğinde olabilir. Buna karşı, bir arıza ihtimalinin baş göstermesi durumunda işveren tarafından fark edilmiş, diğer bir ifadeyle öngörülmüş fakat henüz gerçekleşmemiş bir risk söz konusudur. Bunun gibi makineler için yapılması gereken acele işler de henüz borcun ifa edilememesi sonucunu doğuran bir olay meydana gelmediğinden beklenmeyen hal olarak değerlendirilemez^[87]. Zira, beklenmeyen halden bahsedebilmek için meydana gelen bir olayın borcun ifasını kaçınılmaz biçimde engellemiş olması aranır. Oysa bir arıza riski veya makineler için yapılması acil işlerde henüz borcun ifasına engel olan bir olay meydana gelmiş değildir^[88]. Zorunlu nedenler hem öngörülemeyen ve sözleşmenin ifasını kaçınılmaz olarak engelleyen beklenmeyen halleri hem de o sözleşmenin doğasında var olan, ortaya çıkması muhtemel olan ve taraflar arasında ortaya çıkabileceği öngörüldüğü halde gerçekleşmemesi umulan durumları ifade eden daha geniş bir kavramdır. Buna göre, zorunlu neden kavramı, zorlayıcı nedenler ve beklenmeyen halleri de kapsayan ve bunların kapsamına girmeyen olay veya olguları da içerir^[89]. O halde, zorlayıcı neden veya beklenmeyen hal sayılan her durum aynı zamanda zorunlu neden niteliği taşır.

Zorunlu neden, işletmeye dahil veya dışarıdan kaynaklanan irade dışı bir sebepten meydana gelen veya gelebilecek olan, işletmenin olağan faaliyetlerini aksatan veya aksatabilecek olan, gerçekleşmesi öngörülmeyen veya öngörüldüğü halde gerçekleşmemesi umulan olağandışı durumlar olarak tanımlanabilir^[90].

Zorunlu nedenin unsurlarından ilki, işletmenin olağan faaliyetini aksatan veya aksatma ihtimali bulunan bir nedenin bulunmasıdır. Belirtmek gerekir ki, bu nedenin işletmenin faaliyetini tamamen durdurması aranmaz. İşyerinin tamamında veya bir bölümünde işin durmasına veya aksamasına neden olabilecek nitelikte olması yeterlidir. Buna göre, işyerinde işin durmasına neden olan, su baskını, salgın, fırtına gibi zorlayıcı nedenler; makine arızası, sigorta kaçağından kaynaklanan yangın gibi beklenmeyen haller, iş

[87] Yuvalı, s. 13.

[88] Yuvalı, s. 14.

[89] Astarlı, s. 323-324. Yuvalı, s. 1. Kayırgan, s. 76.

[90] Benzer bir tanım için bkz. Yuvalı, s. 13.

güvenliği ekipmanlarının temininin, işyerinde iki işçi arasında çıkan kavga-
nın yatışmasının beklenmesi gibi istenmeyen durumlar zorunlu neden
olarak değerlendirilebilecektir.

Zorunlu nedenin diğer unsuru, olağan dışı bir durumun yaşanıyor olma-
sıdır. Buna göre, işyerinde her gün veya belli aralıklarla düzenli olarak mey-
dana gelen durumlar zorunlu neden olarak değerlendirilemez. Bu itibarla,
hammadde temininde yaşanan bir güçlük olağandışı olması durumunda
zorunlu neden olarak değerlendirildiği halde, söz konusu güçlük işyerinde
yılın belli dönemlerinde düzenli olarak yaşanıyor ise zorunlu neden niteliği
taşımayacaktır. Bunun gibi makinelerin periyodik bakımı da olağan dışı
nitelik taşımadığından zorunlu neden olarak değerlendirilemeyecektir^[91].

Bunun gibi zorunlu neden teşkil eden durumun irade dışı olması gere-
kir. Örneğin, hammadde işverenin ihmali nedeniyle temin edilememişse
bu durumun zorunlu neden olarak değerlendirilmesi mümkün değildir^[92].

V. COVID-19 Salgınının İş Hukuku Bakımından Nitelendirilmesi

A. Genel Olarak

COVID-19 salgını ancak iş hukuku bakımından nitelendirildikten sonra
işçi ve işverenler tarafından başvurulabilecek hukuki yollar, tarafların salgın
süresinde doğacak hak ve borçları ortaya konabilecek ve salgın süresince
başvurulan uygulamalar nedeniyle ortaya çıkabilecek hukuki uyumsuzluklar
önlenebilecektir. Bu itibarla yukarıda mücbir (zorlayıcı) neden, beklenmeyen
hal ve zorunlu neden kavramları hakkında yapılan açıklamalardan hareketle
COVID-19 salgınının iş hukuku bakımından hukuki niteliği açıklığa
kavuşturulmaya çalışılacaktır.

Yukarıda mücbir (zorlayıcı) neden kavramı açıklanırken bir olayın zorlayıcı
neden olarak değerlendirilebilmesi için harici (dışsal) bir etkiden ileri gelmesi
gerektiğini ifade etmiştik. Kanımızca COVID-19 bakımından bu unsurun
sağlandığı kolaylıkla söylenebilir. Zira, salgın, turizm, eğitim, ulaşım ve diğer
pek çok sektörü derinden etkilediği halde bu sektörlerin hiçbiri bakımından
işletmesel risk niteliği taşımamaktadır. Salgın, işverenlerin işletmesel kararlar-
ından, işyerlerini sevk ve idare biçimlerinden ileri gelmemiştir. Bu noktada

[91] Yuvalı, s. 15.

[92] Yuvalı, s. 16.

pandemi hastanesi ilan edilen özel hastaneler bakımından salgının işletmesel risk teşkil edip etmediği konusunda tereddüt edilebilir. Bununla birlikte, salgın olgusu, deprem, fırtına, yıldırım gibi başlı başına harici nitelik taşır. Bu itibarla, haricilik unsuru değerlendirilirken, salgın ile salgından etkilenen işyerinin bulunduğu sektör, buna bağlı olarak salgından etkilenme biçimi, karşılaştığı talep azlığı, hammadde temin sıkıntısı gibi işletmesel sorunlar birbirine karıştırılmamalıdır. Bunun gibi söz konusu hastaneler bakımından salgının kendisi olduğu kadar, pandemi hastanesi olarak ilan edilmeleri de harici nitelik taşımaktadır. Zira, pandemi hastanesine dönüştürülme kararı hastanelerin kendi aldıkları işletmesel bir kararla değil; Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan 14500235-403.99 sayılı genelge ile olmuştur. Genelge ile Bünyesinde Enfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyoloji, Göğüs hastalıkları, İç Hastalıkları uzmanı hekimlerden en az ikisinin bulunduğu ve 3. seviye erişkin yoğun bakım yatağı bulunan tüm hastaneler, pandemi hastanesi ilan edilmiştir. Nitekim kısa çalışma ödeneği başvuruları bakımından da İş-Kur, işverenlerin COVID-19 nedeniyle yaptıkları başvuruların “*dışsal etkilere kaynaklanan dönemsel durumlardan ileri gelen zorlayıcı neden*” kapsamında değerlendirileceğini kabul ederek salgının dışsal (harici) niteliğine vurgu yapmıştır^[93].

Salgının öngörülebilir nitelik taşıyıp taşımadığı değerlendirildiğinde ise, zoonotik bir salgın tehdidi ile ilgili olarak bilim adamlarının yıllardır uyarılarda bulunduğu, salgın tehlikesinin belgesellere dahi konu olduğundan hareketle öngörülebilir olduğu düşünülebilir^[94]. Bunun gibi Ocak 2013'te Alman Parlamentosu tarafından yayınlanan, Robert-Koch Enstitüsü ve bir dizi Alman devlet dairesiyle birlikte yürütülen kapsamlı bir risk analizi çalışmasında, COVID-19 gibi varsayımsal bir viral pandeminin ortaya çıkmasının

[93] <https://www.iskur.gov.tr/isveren/kisa-calisma-odeneği/genel-bilgiler/> (Erişim Tarihi: 17.05.2020)

[94] Bilim insanları, Wuhan, Çin'de başlayan COVID-19 salgınının, koronavirüsler için bir rezervuar olduğu düşünülen ve orada bir balık pazarında satılan yarasaların doğasında bulunan bir virüsten kaynaklandığını ve öngörülebilir olduğunu ifade etmişlerdir. <http://nautil.us/issue/83/intelligence/the-man-who-saw-the-pandemic-coming>; Netflix Series, The Next Pandemic <https://www.latimes.com/entertainment-arts/tv/story/2020-04-01/pandemic-netflix-documentary-coronavirus> (Erişim Tarihi: 16.05.2020)

olası olduğu ifade edilmiştir^[95]. Bununla birlikte raporda kimsenin böyle bir pandeminin ne zaman ve nerede olacağını tahmin edemeyeceği de ifade edilmiştir^[96]. Bu itibarla, bir salgın tehdidi her zaman söz konusu olsa da sözleşme taraflarının böyle bir salgına karşı sürekli olarak alarında olması gerektiğini söylemek zordur.

Kanımızca bilhassa salgının ilk defa görüldüğü 10 Mart 2020 tarihinden önce akdedilen sözleşmeler bakımından salgının etkileri öngörülemez niteliktedir.^[97] Tüm dünyada kamu otoritelerinin durumun önüne geçebilmek için ani ve hızlı hukuki düzenlemelere başvurduğu, bazı ülkelerin ne yazık ki müdahalede geç kaldıkları gerçeği karşısında tüm dünyanın salgına hazırlıksız yakalandığı ve ne salgının ne de sonuçlarının öngörülebilir olduğu kabul edilmelidir^[98]. Buna karşılık, salgının ve önlemlerin öngörülebilir hale geldiği bir dönemde sözleşme yapan bir işverenin, sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde ifayı engelleyen olguların gerçekleşme riskini üstlendiği ve salgının söz konusu iş ilişkisi bakımından mücbir neden teşkil etmediği kabul edilmelidir^[99]. Zira, bir olayın mücbir nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığı belirlenirken, olayın meydana geldiği zaman dilimi önem taşır. Yargıtay da bir kararında, Libya'da yaşanan iç savaşın taraflar arasında yapılan taşıma sözleşmesinin zaten yaşanmakta olan iç savaş ve kargaşa sebebiyle davacı şirketin orada çalışan işçilerinin tahliyesi için yapıldığından

[95] <https://www.sozcu.com.tr/2020/dunya/almanlarin-8-yillik-corona-virusu-raporu-ortaya-cikti-5700592/>

[96] Berger/Behn, s. 32.

[97] Berger/Behn, s. 31.

[98] <https://www.nytimes.com/2020/03/21/world/europe/italy-coronavirus-center-lessons.html> (Erişim Tarihi: 18.05.2020)

[99] Guiomard, s. 1. Özçelik, s. 2. “Bir hadisede mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için Borçlar Kanununun 117 nci maddesi hükmünce borcun yerine getirilmesine engel olan durumun borçlunun iradesi dışında ve akit yapıldıktan sonra ortaya çıkmış bir durum olması şarttır...” Yarg. 4. H.D. T. 12.05.1958, E. 10658/ K. 3150; karar için bkz. Gözübüyük, s. 135. Çin Mahkemeleri de SARS salgını ile ilgili bir kararda, kredi sözleşmesinin SARS'ın görüldüğü tarihten sonra imzalanması nedeniyle borçlunun salgını ileri sürerek borcu ödemekten kaçınamayacağına karar vermiştir, Chen/Weber, s. 3.

hareketle mücbir neden olarak değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir^[100]. Bu itibarla örneğin, COVID-19 sırasında işçi alan e-ticaret siteleri, ulusal marketler vb. işyerleri bu işçiler bakımından zorlayıcı nedenin varlığını ileri süremeyecek ve kısa çalışma, haklı nedenle derhal fesih, ücretsiz izin gibi imkanlardan yararlanamayacaklardır.

Öte yandan, salgının ne zamandan itibaren öngörülebilir olduğu da ayrıca tartışılması gereken bir konudur. Salgın Wuhan'da ortaya çıkmakla mı öngörülebilir olmuştur? Salgının Avrupa'ya gelmesi ile mi öngörülebilir olduğu kabul edilmelidir? Yoksa Türkiye'de ilk vakanın görüldüğü tarih mi salgının öngörülebilir hale geldiği tarihtir? Yukarıda da açıkladığımız gibi mücbir neden teşkil eden bir olay bakımından öngörülemezlik onun sonuçlarının öngörülebilir olmamasını da içinde barındırır. Bu itibarla, salgının öngörülemez niteliğinin ortadan kalktığı kabul edilebilmesi için sonuçlarının öngörülebilir hale gelmiş olması gerekir. Buna göre, Türkiye'de ilk vakanın görüldüğü tarihte dahi iş ilişkileri bakımından yaratacağı sonuçlar konusunda toplumda ve işverenlerde bir farkındalık oluştuğunu söylemek zordur. Bu nedenle, ilk vakadan sonraki bir haftalık süreç sonunda toplumda sonuçlarıyla ilgili bilgi ve farkındalık oluştuğu ve öngörülemezlik unsurunun bu andan itibaren ortadan kalktığı kabul edilmelidir.

Bunun gibi salgının çok farklı sektörlerde faaliyet gösteren işletmeler ve işçiler üzerindeki ağır etkileri de dikkate alındığında, işyeri kapatma kararları, karantina uygulamaları, sokağa çıkma yasakları gibi önlemler nedeniyle borcunu ifa edemeyen taraf bakımından salgının önlenemez ve kaçınılamaz olduğu da kabul edilmelidir^[101]. Örneğin, Yüksek Mahkeme eski tarihli bir kararında hayvanlarda görülen bulaşıcı bir hastalık sebebiyle pazar yerlerinin kapatılmasının mücbir neden teşkil ettiğine hükmetmiştir^[102]. Buna karşılık Fransız mahkemeleri 1996 yılında veba basilini^[103], 2009 yılında

[100] YHGK, E. 2017/11-90, K. 2018/1259, T. 27.6.2018 (www.kazanci.com)

[101] Akın, s. 31.

[102] Karar için bkz. Y4HD, T. 3.7.1937, E. 621/ K. 768, Gözübüyük, s. 91.

[103] CA Paris, 25 Sept. 1996- n° 1996/08159 (<https://www.labase-lextenso.fr/>)

H1N1 grip virüsünü^[104], dang virüsünü^[105] ve 2013-2014 yıllarında Saint-Barthélemy adasında ortaya çıkan Chikungunya virüsünü^[106], SARS'ı^[107] mücbir neden olarak kabul etmemiştir. Bu kararlarda olayın mücbir neden olarak kabul edilmemesinin gerekçesi, hastalığın etkilerinin ve bulaşıcılık riskinin biliniyor olması veya hastalığın ölümcül nitelikte olmamasıdır^[108]. Bununla birlikte COVID-19 ölümcül bir virüs olduğu gibi, sağlık üzerindeki etkileri henüz tam olarak keşfedilememiş, tedavi edici ilaç veya aşı henüz bulunamamıştır^[109]. Buna karşılık, alternatif yollar bularak borcu ifa etmek, söz konusu önlemlerin etkilerini ortadan kaldırmak veya azaltmak imkanına sahip olduğu halde bunu yapmayan borçlu bakımından salgının önlenemez nitelik taşıdığı ve mücbir neden teşkil ettiği söylenemeyecektir^[110]. Bu itibarla, COVID-19 salgınının ulusal ve uluslararası borç ilişkileri üzerindeki derin etkisine rağmen, salgının mücbir neden teşkil edip etmediği her bir borç ilişkisi bakımından özel olarak değerlendirilmesi gereken hukuki bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.

Kaçınılmaz, önlenemez ve karşı konulamaz bir olay ortaya çıktığı anda ani edimli borç ilişkileri bakımından borçtan kurtarıcı bir etki yapabildiği halde sürekli edimli borç ilişkileri bakımından bu etki sürekli veya geçici nitelik taşıyabilmektedir. İş sözleşmeleri bakımından bir değerlendirme yapıldığında salgının ilk dönemdeki etkisi ile devam eden süreçteki etkisi birbirinden farklı olacaktır. Salgından korunma ve salgınla mücadele yöntemleri geliştikçe salgının iş ilişkileri bakımından kaçınılmazlığı giderek işyerinde gerekli hijyen tedbirlerinin alınması, sosyal mesafeyi dikkate alan bir iş organizasyonunun yapılması, kolay uygulanabilir ve güvenilir testlerin yapılması ile enfekte olmuş işçilerin işyerine girmelerinin ve hastalığı diğer işçilere bulaştırmalarının önlenmesi, aşının bulunması sonucunda işçilerin

[104] CA Besançon, 8 Jan. 2014–n°12/02291 (<https://www.labase-lextenso.fr/>)

[105] CA Nancy, 22 Nov. 2010 – n°09/00003 (<https://www.labase-lextenso.fr/>)

[106] CA Basse-Terre, 17 Déc. 2018– n° 17/00739 (<https://www.labase-lextenso.fr/>)

[107] CA Paris, 29 Juin 2006–n° 04/09052 (<https://www.labase-lextenso.fr/>)

[108] Guiomard, s. 2. Landivaux, s. 2.

[109] Landivaux, s. 2.

[110] Özçelik, s. 2.

aşılarak hastalık tehdidinin ortadan kaldırılmasıyla salgınının kaçınılmazlığı giderek azalacak ve ortadan kaybolacaktır^[111].

Belirtmek gerekir ki COVID-19'un hukuki ve fiili etkilerine bakıldığında mücbir neden oluşturan olayın başlı başına salgın değil, bu salgının borç ilişkisi bakımından yol açtığı hastalık veya karantina, kilit personelin ölümü, üretim tesisinin kapanması ya da tedarik zincirlerinin kesintisi gibi fiili veya hükümet ve kamu otoriteleri tarafından alınan işyeri kapatma kararları, sokağa çıkma yasakları, seyahat kısıtlamaları gibi hukuki uygulamalar olduğu görülmektedir^[112]. Zira, salgın borcun ifasını başlı başına imkânsız hale getirmese de alınan birtakım idari tedbirler nedeniyle işçilerin işe gitmeleri, işverenlerin ise işyerlerini açmaları idare tarafından yasaklanmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan hareketle, COVID-19 salgınının iş ilişkileri bakımından bir zorunlu neden mi yoksa zorlayıcı neden mi olduğu değerlendirilirken, mücbir sebebin nisbi niteliği gereği salgından etkilenen her bir işyeri ve işçi için durum özel olarak ele alınmalıdır. Zira, mücbir neden nisbi bir kavram olup, bir olayın bir borç ilişkisi bakımından peşinen mücbir neden kabul edilmesi mümkün değildir. Borcun ihlalinin mücbir nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığı belirlenirken, her bir olayın mücbir nedenin unsurlarını taşıyıp taşımadığı araştırılmalı, ihlal edilen borç ilişkisinin nitelikleri, olayın meydana geldiği yer, içinde bulunulan şartlar, olayın meydana geldiği zaman dilimi değerlendirilerek bir sonuca gidilmelidir^[113]. Bu itibarla ne hükümetlerin COVID-19'u mücbir neden olarak nitelendiren açıklamaları ne de birtakım kuruluşlarca verilen mücbir neden sertifikaları COVID-19'un kendiliğinden mücbir neden olarak kabul edilmesini sonucunu doğurmayacak, her bir borç ilişkisi bakımından konunun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir^[114]. Bu konuda yargıya büyük iş düştüğünü ifade etmek gerekir.

Bunun gibi iş kanunlarında yer alan ve zorlayıcı nedene hukuki sonuç bağlayan düzenlemelerin uygulama alanı belirlenirken de hükmün amacı ve yorumundan hareketle olayın zorlayıcı neden niteliği taşıyıp taşımadığı

[111] Akın, s. 31.

[112] Berger/Behn, s. 13. Landivaux, s. 2.

[113] Eren, s. 178. İnal, s. 22-23. Öztürk, s. 7. Özçelik, s. 1. Akın, s. 31.

[114] Berger/Behn, s. 13. Chen/Weber, s. 4.

değerlendirilmelidir. Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu m. 24/III ve 25/III'te bahsedilen zorlayıcı nedenler ile kısa çalışmaya imkân veren durumlar çoğu kez örtüşse de kısa çalışma için aranan zorlayıcı neden kavramı daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu nedenle, İş Kanunu'nun 24/III ve 25/III. maddelerinde yer alan “zorlayıcı nedenler” ile 4447 sayılı Kanunun ek 2. maddesinde düzenlenen kısa çalışma uygulamasına geçebilmek için bulunması gereken ve Kısa Çalışma Yönetmeliğinde tanımlanan “zorlayıcı nedenler”in birbirinden ayrılması gerekir. İş Kanunu'nun 24/III ve 25/III. maddelerinde düzenlenen zorlayıcı nedenlerin varlığı için, “mücbir neden” kavramının hükmün amacıyla birlikte ele alınması, dolayısıyla sokağa çıkma yasağı, karantina veya işyerlerinin kapanmasına ilişkin idari tasarrufların söz konusu olması gerekirken; işverenin kısa çalışmaya geçmesi ve işçilerin kısa çalışma ödeneğine hak kazanması için, salgın hastalığın iş sözleşmesinin feshi için aranan boyutta sonuçlar doğurması gerekmez. Zira kısa çalışma, daha önceden primleri işsizlik sigortası kapsamında ödenen ve sosyal devletin koruma altına aldığı bir riskin meydana gelmesiyle uygulamaya girer. Burada amaç, iş akitlerinin, dolayısıyla istihdamın devamlılığının sağlanması, fesihlerin önlenmesi ve bu şekilde hem işverenlerin hem de işçilerin menfaatlerinin dengelenerek korunmasıdır. Bu nedenle Kısa Çalışma Yönetmeliği, zorlayıcı nedenleri tanımlarken, ayrıca ve özel olarak salgın hastalığa yer vermiş; ülkede mevcut bir salgın hastalık halinde işyerlerinin (idari tasarrufa veya mevzuata dayalı olmasa dahi) faaliyetlerini durdurmaları veya çalışma sürelerini en az 1/3 oranında azaltmaları halinde kısa çalışma uygulamasına geçilebileceğini kabul etmiştir. Bu halde, faaliyetin durması veya çalışma sürelerinin azalmasının sebebi salgın ise, kısa çalışma bakımından aranan risk gerçekleşmiş kabul edilir ve işsizlik sigortası primlerinden bu risk bir süre bertaraf edilmeye çalışılır. Bu nedenle aşağıda uygulamada en çok karşılaşılan ihtimaller üzerinden salgının hukuki niteliği belirlenmeye çalışılacaktır.

Son olarak belirtmek gerekir ki COVID-19 pandemisi, her durumda zorlayıcı (mücbir) neden olarak kabul edilemeyecek olsa da iş hukuku bakımından zorunlu neden niteliği taşıdığı kabul edilmesi gerekir. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere zorunlu nedenler hem öngörülemeyen ve sözleşmenin ifasını kaçınılmaz olarak engelleyen beklenmeyen halleri hem de o sözleşmenin doğasında var olan, ortaya çıkması muhtemel olan ve taraflar arasında ortaya çıkabileceği öngörüldüğü halde gerçekleşmemesi umulan durumları ifade eden daha geniş bir kavramdır. Diğer bir ifadeyle zorunlu nedenler, zorlayıcı nedenleri, beklenmeyen halleri ve bunların kapsamına

girmeyen diğer olay ve olguları da içerir^[115]. Zorunlu nedenin unsurlarından ilki, işletmenin olağan faaliyetini aksatan veya aksatma ihtimali bulunan bir nedenin bulunmasıdır. Diğer unsur ise, olağan dışı bir durumun yaşanıyor olmasıdır. COVID-19 salgını da irade ve işletme dışı bir nedenden ileri gelen, öngörülmez nitelikte ve pek çok işletmenin olağan faaliyetlerini aksatan, hatta durmasına neden olan bir olağanüstü nitelikte bir olaydır. Bu nedenle iş hukuku bakımından zorunlu neden taşıdığı konusunda tereddüt edilmemeli ve COVID-19 nedeniyle faaliyetleri etkilenen işyerleri, zorunlu nedenlerle fazla çalışma (m.42) ve telafi çalışması (m.64) uygulamalarına başvurabilmelidir.

B. Genelge Uyarınca Kapanması Zorunlu Olan İşyerleri

İçişleri Bakanlığı tarafından 16.03.2020 tarihinde kamuoyuna duyurulan Genelge ile, tiyatro, sinema, gösteri merkezi, konser salonu, nişan/düğün salonu, çalgılı/müzikli lokanta/kafe, gazino, birahane, taverna, kahvehane, kıraathane, kafeterya, kır bahçesi, nargile salonu, nargile kafe, internet salonu, internet kafe, her türlü oyun salonları, her türlü kapalı çocuk oyun alanları (AVM ve lokanta içindekiler dahil), çay bahçesi, dernek lokalleri, lunapark, yüzme havuzu, hamam, sauna, kaplıca, masaj salonu, SPA ve spor merkezlerinin faaliyetleri, 21.03.2020 tarihli Genelge^[116] ile 81 ilde, berber, kuaför, güzellik merkezlerinin faaliyetleri^[117] geçici bir süreliğine durdurulmuştur^[118].

İdari bir karara dayanan ve işyerinde faaliyetin geçici ve zorunlu olarak durdurulmasına neden olan bu gelişme, işyerinden kaynaklanan ve işçinin iş görme edimini ifa etmesini engelleyen bir zorlayıcı (mücbir) neden olarak

[115] Astarlı, s. 323-324. Yuvalı, s. 1.

[116] <https://www.icisleri.gov.tr/bakanligimiz-81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-bir-genelge-daha-gonderdi> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

[117] Söz konusu işyerlerinin faaliyetlerine 11.05.2020 tarihi itibarıyla belli şartlar altında faaliyetlerine devam edebilecekleri kabul edilmiştir. <https://www.icisleri.gov.tr/berberguzellik-salonukuaforlerin-acilmasi-genelgesi> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

[118] <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-koronavirus-tedbirleri-konulu-ek-genelge-gonderildi> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

kabul edilmelidir^[119]. Zira anılan işyerleri bakımından işin durması, idari bir karara dayanması itibariyle harici, öngörülmez ve kaçınılmaz nitelik taşımakta olup zorlayıcı nedenin bütün unsurlarını ihtiva etmektedir. Bunun gibi faaliyeti durdurma kararı anılan işyerlerinde işverenin işçinin iş görme edimini kabul edememesi sonucunu doğurmakta ve idari karar ile işin durması arasında illiyet bağı kurulmaktadır. Bu işyerleri bakımından İş Kanunu'nun 24/III bendinde düzenlenen zorlayıcı nedenin unsurlarının sağlandığı kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki Genelge ile kapatılan işyerleri bakımından zorlayıcı neden, işçiyi işe kabul edemeyen işverenin riziko alanında oluşmuştur. Buna göre, İK m. 40 uyarınca işveren işyerini kapattığı ilk bir haftalık dönemde, hafta tatili ücreti de dahil olmak üzere, işçiye yarım ücret ödemek zorundadır. Bir haftalık dönemden sonra ise ücret ödeme borcu söz konusu olmayacak ve iş akdi yasa gereği askıya alınacaktır. Bu halde işçinin ayrıca rızasının alınmasına gerek yoktur. Ancak bu dönemde işçinin ücretini almaksızın yaşamını idame ettirmesi mümkün olmayacağından, işçinin her an iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshederek kıdem tazminatını alma hakkı mevcuttur. Bunun gibi anılan işyerleri, çalıştırdıkları işçiler için kısa çalışma başvurusu da yapabileceklerdir^[120].

Bununla birlikte, bu imkanlar 7244 sayılı Kanunla İş Kanunu'na COVID-19 döneminde uygulanmak amacıyla eklenen geçici m. 10'un yürürlüğe girdiği 16/4/2020 tarihine kadar geçerlidir. Bu tarihten sonra ise, işveren işçileri ücretsiz izne ayırabilecek, bu dönemde kısa çalışma ödeneğine hak kazanmak için aranan şartları taşıyan işçiler ödenekten yararlanabilecek, diğer işçiler ise kanunda aranan koşulları taşıyor olmaları halinde İşsizlik Sigortası Kanunu geçici m. 34'te düzenlenen nakdi ücret desteğinden yararlanabilecektir. Ancak, işveren tarafından ücretsiz izne ayrılan işçiler bu nedenle iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedemeyecektir (geç. m.10/2).

C. Kapanması Zorunlu Olmamakla Birlikte İşveren Tarafından Kapatılan İşyerleri

COVID-19 salgınına karşı alınacak tedbirler kapsamında İçişleri Bakanlığı'nın genelgesi ile pek çok işyeri geçici süreyle kapatılmıştır. Bununla birlikte, kapanması zorunlu olmayan pek çok diğer işyeri de işyerlerini geçici

[119] Akın, s. 57. Alpagut, s. 75.

[120] Alpagut, s. 75.

bir süreyle kapatmak durumunda kalmıştır. Kanımızca bu işyerleri bakımından salgının hukuki niteliğinin belirlenmesi için alınan kapatma kararının nedeninin her bir işyeri bakımından özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Zira bu işyerleri bakımından salgının zorlayıcı neden teşkil edip etmediği, işyerinin faaliyet gösterdiği yer, faaliyet alanı, içinde bulunduğu şartlar ve salgından etkilenme biçimi değerlendirilerek belirlenebilir.

Bu itibarla, örneğin faaliyetine devam edebileceği halde vatandaşlar tarafından uygulanan gönüllü karantina uygulamaları nedeniyle iş hacminde önemli düşüş meydana gelen ve işyerini açması durumunda elde edeceği kar ile işyerini açık tutma maliyetini karşılaştırarak işyerini kapatmanın daha az zarara yol açacağını düşünen bir işveren için salgının durum ve koşullara göre beklenmeyen hal niteliği taşıdığı kabul edilebilir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi zorlayıcı (mücbir) neden ile beklenmeyen hal bakımından olayın kaçınılmazlığı farklı dereceldedir. Beklenmeyen halde olayın kaçınılmazlık derecesi, gücü ve kapsamı mücbir sebebe göre daha az yoğunluktadır^[121]. Diğer bir ifadeyle mücbir neden bakımından kaçınılmazlık mutlak nitelik taşıdığı ve illiyet bağının kesilmesine neden olduğu halde; beklenmeyen hal her zaman illiyet bağının kesilmesi sonucunu doğurmaz, bazen yalnızca zararlı sonucu meydana getiren ortak sebeplerden birini teşkil eder^[122]. Bu bakımından Genelge uyarınca kapanması zorunlu olmamakla birlikte, anılan nedenle işyerini kapatan bir işveren bakımından salgının beklenmeyen hal niteliği taşıdığı kabul edilebilir. Bu durumda işyerinin faaliyetine devam etmesi imkansızlaşmış değildir. Bu nedenle, işçiler iş görme edimini ifaya hazır olduğu halde işyerini kapatan işverenin alacaklı temerrüdüne düştüğü kabul edilmelidir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, beklenmeyen hal nedeniyle ifayı kabul edemeyen işverenin temerrüde düşmekte kusursuz olduğu açıktır. Bu nedenle anılan işyeri bakımından işveren temerrüdünü düzenleyen TBK m. 408 hükmü uygulanacak ve iş görme edimini kabulde temerrüde düşen işveren, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olacaktır^[123]. Bu durum işletme rizikosunun işverende olmasının

[121] İnal, s. 16.

[122] İnal, s. 35.

[123] Mevaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 324'te de işin işverenin kusuru nedeniyle ifa edilemediği hallerde veya diğer nedenlerle işverenin iş görme edimini kabulde temerrüde düştüğü hallerde, işçinin iş görme edimini sonradan yerine getirmekle

bir sonucudur^[124]. Bu durumda işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden düşülebilecektir. Belirtmek gerekir ki anılan sonuç olayın beklenmeyen hal sayılması durumunda varılacak genel sonuç olup, bu dönemde işverenler tarafından başvurulabilecek olan kısa çalışma, telafi çalışması, yıllık izinlerin kullandırılması, iş sözleşmesinin İK m. 22 uyarınca karşılıklı anlaşma ile askıya alınması gibi diğer imkanlar ile 16.04.2020 tarihinden sonra, 7244 sayılı Kanunun 9. maddesiyle 4857 sayılı Kanuna eklenen geçici 10. madde uyarınca, işverenler tarafından uygulamaya konabilecek üç ay süreli kısmi veya tam süreli ücretsiz izin uygulaması bu incelemenin kapsamı dışındadır.

Öte yandan, genelge kapsamında kapanması zorunlu olmamakla birlikte salgın nedeniyle işyerini kapatan bir işverenin bu kararı bir mücbir (zorlayıcı) nedene de dayanıyor olabilir. Zira, salgın nedeniyle uygulanan idari tedbirler kapsamında pek çok işyeri faaliyetlerini zorunlu olarak durdurmuştur. Örneğin Gümrük ve Ticaret mevzuatı bakımından sınırlarda alınan önlemler nedeniyle pek çok işletme hammadde temin edememiş, ithalat ve ihracat faaliyetlerine devam edememiştir^[125]. Kanımızca Genelge ile kapatılmış olmasa da salgınla mücadele kapsamında alınan diğer önlemler dolayısıyla faaliyetleri durmuş veya önemli ölçüde azalmış işyerleri bakımından da salgının zorlayıcı neden niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Zira, anılan işyerlerinde faaliyete devam edilebilmesi kaçınılmaz, öngörülemez, önlenemez ve harici nitelik taşıyan bir salgın ve bu salgına bağlı olarak alınan hukuki tedbirler dolayısıyla imkansızlaşmıştır. Diğer bir ifadeyle, işyerinde faaliyete devam edilememesi tıpkı işyerlerinin kapatılmasında olduğu gibi devlet tarafından alınan bir takım hukuki tedbirlerden ileri gelmektedir. Salgının anılan işyerleri bakımından zorlayıcı neden olarak kabul edilebilmesi için, hammadde temin edilememesi, ithalat-ihracat yapılamaması gibi durumlara

yükümlü olmaksızın ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir. Ancak bu durumda işçinin iş görme edimini yerine getirmemesi nedeniyle tasarruf ettiği giderler ile başka bir işten kazandığı veya kazanmaktan kasten kaçındığı gelirler ücretten indirilir.

[124] Alpagut, s. 68.

[125] Bu dönemde sınırlarda alınan önlemler için bkz. [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/COVID19-dis-ticarete-etkisi/\\$File/COVID19-Dis-Ticarete-Etkisi.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/COVID19-dis-ticarete-etkisi/$File/COVID19-Dis-Ticarete-Etkisi.pdf) (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

rın salgınla mücadele kapsamında alınan idari önlemlerden kaynaklanıyor olması gerekir. Belirtmek gerekir ki, ülkemiz tarafından getirilen ithalat-ihracat yasakları^[126], sınır kapatma kararları^[127], uçuş iptalleri olduğu kadar, dış ticaretle uğraşan bir işletmenin iş yaptığı diğer ülkeler tarafından alınan benzer tedbirler de bu kapsamda değerlendirilir. Buna göre, işverenin salgın nedeniyle fiyatlarda meydana gelen aşırı yükselme, ekonomik durumunun yetersizliği, siparişlerdeki azalma veya satışlardaki düşüş nedeniyle işyerini geçici süreliğine kapatması iş hukuku bakımından zorlayıcı neden olarak değerlendirilmezken, salgın dolayısıyla Türkiye ve diğer ülkelerde alınan idari tedbirler sonucunda hammadde temin edememesi, uçuş yasakları nedeniyle yurtdışı projelerine devam edememesi yüzünden faaliyetinin durması zorlayıcı neden olarak kabul edilmeli ve anılan işyerleri bakımından bir önceki başlıkta açıkladığımız sonuçlar geçerli olmalıdır.

D. Karantinaya Alınan İşçiler

Sağlık Bakanlığı tarafından COVID-19 ile mücadele kapsamında alınan önlemlerden biri de yurtdışından Türkiye'ye gelen vatandaşların 14 gün süreyle karantinaya alınmasıdır. Söz konusu karantina uygulaması başta yurt dışından planlı uçuşlarla gelen kişilerin Kredi ve Yurtlar Kurumuna bağlı yurtlara alınarak izole edilmeleri ile gerçekleştirilmiş; ardından T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü'nün 19.05.2020 tarihli yazısıyla yurt dışından planlı uçuşlarla gelen vatandaşların 14 günlük izolasyon ve izlemlerinin hava alanlarında yapılan muayeneleri sonrasında evde yapılmasına karar verilmiştir^[128]. Bu süreçte, havaalanında yapılan muayeneleri sırasında semptom yönünden şüpheli görülen kişiler hava alanlarında izolasyon alanına alınacak ve 112 aracılığı ile il sağlık müdürlüğü tarafından

[126] Örneğin, 04.03.2020 tarihinden itibaren Türkiye'nin maske, tulum, önlük, gözlük, cerrahi maske ve tıbbi eldiven ihracatı ön izne bağlanmıştır. <https://www.titck.gov.tr/duyuru/ihracatinda-ve-ithalatinda-ihraci-yasak-ve-on-izne-bagli-mallara-iliskin-teblig-ihracat-96-31-uyarinca-on-izne-tabi-urunler-hakkinda-2020-10-sayili-duyuru-02052020193534> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

[127] Örneğin, 23.02.2020 tarihi itibarıyla Türkiye-İran arası sınır kapısı kapatılmıştır. <https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/saglik-bakani-koca-iranla-sinir-kapilari-gecici-olarak-kapatildi/1742382> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

[128] <http://www.vda.org.tr/duyuru/yurt-disindan-planli-ucuslar-ile-toplu-olarak-gelen-kisilere-yon/8575> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

belirlenen hastaneye yönlendirilecek; yapılan değerlendirmede herhangi bir semptom belirlenemeyen kişiler ise kendi evlerinde 14 günlük süreyle karantinaya alınacak ve bu süre içinde aile hekimleri tarafından takip edileceklerdir. Bunun gibi bu metnin kaleme alındığı 31 Mayıs 2020 tarihinde 24 ilimizdeki, 2 belde, 20 köy, 34 mahalle ve 2 mezra olmak üzere toplam 58 yerleşim yerinde karantina tedbirleri uygulanmaktadır. Buna göre, karantina tedbiri uygulanan yerleşim yerindeki toplam nüfus 51.669'dur^[129].

İşçilerin, iş görme borcu gereği yurt dışına çıkması ve ülkeye dönmesi üzerine karantinaya alınması, işçinin iş görme borcunu yerine getirmesini engelleyen bir zorlayıcı neden olarak kabul edilmelidir. Zira bu durumda işçi, idari bir tedbir nedeniyle evinde kalmak zorundadır ve bu nedenle işe gidememektedir. Ancak bu halde, işçinin yurtdışına çıkma nedeni iş seyahati olduğundan ve karantina önlemi, iş görme borcu nedeniyle işçiye uygulandığından, işverenin bu halde İK 25/III uyarınca iş sözleşmesini feshi, kanımızca haksız fesih olarak kabul edilmelidir. Zira işçinin karantinaya tabi tutulması, tamamen iş görme borcunun bir sonucudur ve bu işletme rizikosunun işçi üzerinde bırakılması iş hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Böyle bir durumda işçinin, TBK 438/3 uyarınca (diğer hakları yanında) haksız fesih tazminatı talep edebileceği kabul edilmelidir. Bu halde İK 25/III'ün uygulama alanı dahi bulmayacağı kabul edilmeli ve iş görme borcunu yerine getirmesi sebebiyle karantinaya alınan işçiye ücreti tam olarak ödenmelidir.

Bununla birlikte işçinin, iş görme borcu nedeniyle değil, kendi inisiyatifıyla yurt dışına çıkışı nedeniyle karantinaya alınması durumunda, zorlayıcı neden işçinin riziko alanında doğduğundan, işçiye İK 25/III uyarınca yarım ücret bir hafta boyunca ödenmeli, ardından ya iş sözleşmesinin yasa gereği askıya alındığı kabul edilerek işçi bir hafta ücretsiz izinli sayılmalı ya da iş sözleşmesinin işverence İK 25/III uyarınca haklı nedenle derhal feshedilebileceği kabul edilmelidir. Bunun gibi işçinin ikamet ettiği bölgede karantina uygulanması nedeniyle işyerine gidemiyor olması da yine işçinin çevresinde meydana gelen zorlayıcı neden olarak değerlendirilmelidir. Zira bu durumda da işçi, ikamet ettiği bölgede uygulanan bir idari tedbir nedeniyle iş görme edimini yerine getirememekte ve bu durum kaçınılmaz, öngörülemez, önlenemez ve harici bir etkenden ileri gelmektedir. Bu itibarla anılan işçilerin

[129] <https://www.icisleri.gov.tr/15-ilde-uygulanan-sokaga-cikma-kisitlamasi-31-mayis-saat-2400-itibariyle-sona-eriyor> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

iş sözleşmeleri de bir haftalık bekleme süresi sonunda işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedebilecektir. Belirtmek gerekir ki, işverenin fesih imkânı 16/4/2020 tarihinde getirilen 3 aylık fesih yasağına kadar yapılan fesihler bakımından geçerlidir. Bu tarihten sonra ise 7244 sayılı Kanunla getirilen geçici düzene ilişkin hükümler uygulanacaktır.

E. 18 Yaş Altı, 65 Yaş Üstü ve Kronik Hastalığı Olan İşçiler

COVID-19 salgınının etki alanının daraltılması amacıyla alınan tedbirler kapsamında ülkemizde birtakım yaş grubunda olan vatandaşlar ve kronik hastalığı olan vatandaşların sokağa çıkmaları yasaklanmıştır. Bu kapsamda 21.03.2020 tarihli İçişleri Bakanlığı Genelgesiyle 65 yaş ve üzeri ile bağışıklık sistemi düşük ve kronik akciğer hastalığı, astım, KOAH, kalp/damar hastalığı, böbrek, hipertansiyon ve karaciğer hastalığı olanlar ile bağışıklık sistemini bozan ilaçları kullanan vatandaşların 21 Mart saat 24.00'den sonra ikametlerinden dışarı çıkmaları, açık alanlarda, parklarda dolaşmaları ve toplu ulaşım araçları ile seyahat etmeleri sınırlandırılarak sokağa çıkmaları yasaklanmıştır^[130]. Bu düzenlemenin akabinde 03.04.2020 tarihinde aynı yasak 20 yaş altındakiler bakımından da getirilmiş, fakat 05.04.2020 tarihinde yayımlanan ek Genelge ile 18-20 yaş arasında olup kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar, özel sektörde düzenli çalıştığını sosyal güvenlik belgesiyle ortaya koyanlar ile mevsimlik tarım işçileri, sokağa çıkma yasağından muaf tutulmuştur^[131]. 29.05.2020 tarihinde ise genelge ile sokağa çıkma kısıtlaması getirilen gençlerden 31.12.2002 tarihinden önce doğmuş olanlar (18-20 yaş arasındaki gençler) için sokağa çıkma kısıtlaması kaldırılmıştır^[132].

Öncelikle belirtmek gerekir ki; İş Kanunu m. 71 uyarınca on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını

[130] <https://www.icisleri.gov.tr/65-yas-ve-ustu-ile-kronik-rahatsızligi-olanlara-sokaga-cikma-yasagi-genelgesi> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

[131] <https://www.icisleri.gov.tr/sokaga-cikma-yasagi-bulunan-18-20-yas-arasindaki-genclerle-ilgili-istisnalar> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

[132] <https://www.icisleri.gov.tr/81-il-valiligine-18-yas-alti-ile-65-yas-ve-uzeri-kisilerin-sokaga-cikma-kisitlamasi-genelgesi> (Erişim Tarihi: 01.06.2020)

doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler. Bu itibarla her ne kadar 18-20 yaş arasındaki işçiler bakımından bir istisna tanınmışsa da 18 yaşın altındaki işçiler bakımından sokağa çıkma yasağı devam etmiştir.

Sokağa çıkması yasak olan 65 yaş üstü ve 18 yaş altı işçiler bakımından bu yasak işçinin çevresinde meydana gelen zorlayıcı neden olarak değerlendirilebilir^[133]. Zira bu durumda açık olmaya devam eden işyerleri bakımından işveren iş görme edimini kabule hazır olduğu halde işçi iş görme edimini getirilen hukuki yasak nedeniyle yerine getirememektedir. Bu itibarla, anılan işyerlerinde çalışan işçilerin iş sözleşmelerinin, İK m. 25/III uyarınca bir haftalık zorunlu bekleme süresini geçtikten sonra işveren tarafından haklı nedenle feshedebileceği kabul edilmelidir. İşverenin fesih imkânı 16/4/2020 tarihinde getirilen 3 aylık fesih yasağına kadar yapılan fesihler bakımından geçerlidir. Bu tarihten sonra ise 7244 sayılı Kanunla getirilen geçici düzene ilişkin hükümler uygulanacaktır.

[133] Akın, 58.

KAYNAKÇA

Akın, Levent: COVID-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri, Çimento İşveren Dergisi, C. 34, S.3, s. 16-71.

Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 7, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Alp, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.

Alpagut Gülsevil: Pandemi'nin İş Sözleşmesine Etkisi: Ücretsiz İzin, Fesih Yasağı, Zorlayıcı Neden, Pandemi Sürecinde İş Hukuku, On İki Levha, İstanbul 2020, s. 61-98.

Arat, Ayşe: Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.

Arslan, Seda: İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, On İki Levha, İstanbul 2012.

Astarlı, Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Baysal, Başak: Aşırı İfa Güçlüğü, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, C.II, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2014, s. 332- 342.

Baysal, Başak: Haksız Fiil Hukuku, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019. (Haksız Fiil)

Baysal, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, B. 3 Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019. (Uyarlama)

Berger, Klaus Peter/Behn, Daniel: Force Majeure and Hardship in the Age of Corona (April 12, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3575869>

Chen, Jiang/Weber, Morreel: Le Coronavirus et la Force Majeur: Comparaison entre la Chine et la France, Publié sur Dalloz Actualité, 24 Mars 2020 (<https://www.dalloz-actualite.fr>)

Çelik, Nuri/Canikoğlu, Nursen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, 33.B, İstanbul 2020.

Dural, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976.

Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.22, Ankara 2017. (Borçlar Hukuku)

Gözübüyük, Abdullah Pulat: Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Kazancı Yayınevi, Ankara 1977.

Gözübüyük, Abdullah Pulat: Sözleşmelerin Fesih ve Tadili Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara, 1945 (Sözleşmelerin Fesih ve Tadili).

Guiomard, Pascale: La grippe, les épidémies et la force majeure en dix arrêts, Publié sur Dalloz Actualité, 4 Mars 2020 (<https://www.dalloz-actualite.fr>)

İnal, Tamer: Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları, Kamu-İs, C. V, S. 2, Haziran 1997, s. 13-53.

İnce, Ergun: İş Hukukunda Zorlayıcı Sebep, İş Hukuku Dergisi, C.I, S.8, İstanbul, 1969.

Kaplan, İbrahim: Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Ankara.

Karahasan, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, II, II, İstanbul, 1992.

Kayırgan, Hasan: Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, İstanbul 2019.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitapevi, B. 23, Ankara 2019.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip (Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı): Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme (Borçlar Hukuku Genel Bölüm), C.1, İstanbul 2008. (Borçlar Hukuku).

Landivaux, Ludovic: Contrats et coronavirus: un cas de force majeure? Ça dépend..., Le droit en débat, Dalloz, 2020.

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 2018.

Öz, Turgut: Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2012.

Özçelik, Ş. Barış: COVID-19 Salgını Çerçevesinde Alınan Önlemlerin Sözleşme Hukuku ve Mücbir Sebep Kavramı Açısından Değerlendirilmesi, Lexpera Blog, 20.04.2020 <https://blog.lexpera.com.tr/COVID-19-salgini-cercevesinde-alinan-onlemlerin-sozlesme-hukuku-ve-mucbir-sebep-kavrami-acisindan-degerlendirilmesi/>

Öztürk, Tuba: İş Hukukunda Mücbir Sebep, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

Savaş, Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 13. B., İstanbul 2020.

Süzek, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 115-133. (Askı)

Tandoğan, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981.

Tandoğan, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından No. 159, Ankara 1961. (Mes'uliyet)

Taşkent, Savaş: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil Dergisi, Eylül 2006, s. 20-28.

Tezcan, Mehmet: Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2004.

Tolu, Hazal: İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, Beta Yayınları, İstanbul 2017.

Yuvalı, Ertuğrul: İş Hukukunda Zorlayıcı Neden ve Zorunlu Neden Kavramları ile Bu Kavramların İş Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Kamu-İş, C. 12, S. 3, 2019, s. 1-27.

İnternet Kaynakları

<https://www.who.int/health-topics/coronavirus/who-recommendations-to-reduce-risk-of-transmission-of-emerging-pathogens-from-animals-to-humans-in-live-animal-markets>

<http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-COVID-19/news/news/2020/3/who-announces-COVID-19-outbreak-a-pandemic>

<https://www.economist.com/business/2020/02/22/chinese-firms-use-obscure-legal-tactics-to-stem-virus-losses>

<https://www.vie-publique.fr/discours/273763-bruno-le-maire-28022020-coronavirus>

<https://www.legifrance.gouv.fr/>

<https://www.labase-lextenso.fr/>

<https://www.kazanci.com.tr/>

<https://www.iskur.gov.tr/isveren/kisa-calisma-odeneği/genel-bilgiler/>

[http://nautilus.issue/83/intelligence/the-man-who-saw-the-pandemic-coming;](http://nautilus.issue/83/intelligence/the-man-who-saw-the-pandemic-coming)

<https://www.latimes.com/entertainment-arts/tv/story/2020-04-01/pandemic-netflix-documentary-coronavirus>

<https://www.sozcu.com.tr/2020/dunya/almanlarin-8-yillik-corona-virusu-raporu-ortaya-cikti-5700592/>

<https://www.nytimes.com/2020/03/21/world/europe/italy-coronavirus-center-lessons.html>

<https://www.icisleri.gov.tr>

[https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/COVID19-dis-ticarete-etkisi/\\$File/COVID19-Dis-Ticarete-Etkisi.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/COVID19-dis-ticarete-etkisi/$File/COVID19-Dis-Ticarete-Etkisi.pdf)

<https://www.titck.gov.tr/duyuru/ihracatinda-ve-ithalatinda-ihraci-yasak-ve-on-izne-bagli-mallara-iliskin-teblig-ihracat-96-31-uyarinca-on-izne-tabirunler-hakkinda-2020-10-sayili-duyuru-02052020193534>

<https://www.aa.com.tr/tr/koronavirus/saglik-bakani-koca-iranla-sinir-kapilari-gecici-olarak-kapatildi/1742382>

<http://www.vda.org.tr/duyuru/yurt-disindan-planli-ucuslar-ile-toplu-olarak-gelen-kisilere-yon/8575>

<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/consulting/kuresel-COVID-19-salgininin-turkiyede-farkli-kategorilere-etkileri.pdf>

<https://webrazzi.com/2020/03/23/migros-sanal-market-ise-alim/>

<https://www.milliyet.com.tr/ekonomi/maske-mesaisi-hizli-basladi-6186190>

<https://www.ntv.com.tr/galeri/turkiye/selcuk-bayraktar-yerli-solunum-cihaz-uretim-surecini-anlatti,B8LyjiQQUEW-8lKycXnfg/2k3cSN93akuvDFnFFd6zVg>

<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/human-capital/isin-gelecegi-uzaktan-calisma-sisteminde-organizasyonel-dayanikligi-korumak.pdf>

Makaleler

Articles

Dillere Pelesenk Bir Tartışma: “Sosyal Medya Düzenlemeleri” (Dünü, Bugünü ve Yarını)

Çetin ARSLAN*

Kadir Can ÖZEL**

GİRİŞ

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) 1 Ekim 2021 Cuma günü toplanarak çalışmalarına başladı. Medyaya yansıdığı kadarıyla, TBMM'nin çalışmalarının bir kısmının, bir süredir gündemde bulunan ve dillere pelesenk olan sosyal medya düzenlemeleri ile internet ortamında yapılan yayınlar hakkında olduğu / olacağı anlaşılmaktadır. Nitekim teknolojinin gün geçtikçe hayatımızda yer aldığı ve sosyal medya uygulamalarının çoğu insanın vazgeçilmezi olduğu şu zamanlarda Almanya, Fransa, İngiltere

* Prof. Dr. / Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.
<https://orcid.org/0000-0001-7930-3781>

** Arş. Gör. / Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı. <https://orcid.org/0000-0002-0223-0382>

gibi ülkelerde yapılan düzenlemelere^[1] öykünerek ülkemizde de geçmişten bu yana sosyal medya alanında çeşitli düzenlemelere gidilmektedir. Bu bağlamda, ülkemizde yapılan ve yapılması düşünülen, kamuoyunda “*sosyal medya düzenlemesi*” olarak bilinen hukuksal düzenlemelerin bilhassa sosyal medya aracılığıyla faaliyet gösteren şirketler gibi tüzel kişiler ile gerçek kişileri hedeflediği, yani sosyal ağ sağlayıcılara yönelik olduğu görülmektedir. Bu vesileyle, yürütmenin düzenleyici idari işlemleri yahut çoğunlukla yasamanın kanun düzeyindeki faaliyetleriyle sosyal ağ sağlayıcılar hukuksal zeminde denetlenmeye, yükümlülüklerle ve yaptırımlara tabi tutulmaya çalışılmaktadır.

TBMM’de çoğunluğa sahip olan siyasi parti ve halkın bir bölümü, sosyal medya düzenlemelerinin getirilmesinin temel nedenini hukuka aykırı veya kişilik haklarına yönelik saldırı içeren yayınlar konusunda “*muhataplık sorunu*” yaşanması olarak görmekte; sosyal medya şirketlerinin veya 7253 sayılı Kanun Teklifi’ndeki deyiimiyle “*sosyal ağlar*”ın yurt dışında olması nedeniyle zararlı içeriklerin -sosyal medya şirketlerinin çokuluslu yapısı nedeniyle muhatap bulunamadığı için, işlenen suçların ya da yapılan hakaret ve iftira fiillerinin- yaptırımsız kaldığını; devletin kamu düzenini sağlaması ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruma yükümlülüğü çerçevesinde egemenlik hakkının bir gereği olarak sosyal medyanın düzenlenmesi gerektiğini savunmaktadır.^[2] Sosyal medya düzenlemeleri yapılmasını destekleyen kimi üst düzey yargı mensuplarının da bu alanda bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu dile getirdiği görülmektedir.^[3] Dahası Diyanet İşleri Başkanı dahi sosyal medyanın düzenlenmesi gerektiğini vurgulamıştır.^[4] Bununla birlikte, TBMM’deki kimi siyasi partiler ve halkın bir bölümü ise, sosyal medya düzenlemelerinin yapılmasının amacının bir “*cadı avı*” başlatmak olduğunu, bu düzenlemeler aracılığıyla idarece istenmeyen paylaşımların sansürlenmesine kapı aralandığını, düzenlemeler yürürlüğe girdiği takdirde bazı sosyal ağ sağlayıcıların Türkiye’den çekilebileceğini, unutulma hakkıyla

[1] 7253 sayılı Kanun Teklifi’nin genel gerekçesinde bu duruma değinilmiştir. Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3050.pdf> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

[2] <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-53494816> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

[3] <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargitay-baskani-mehmet-akarca-sosyal-medya-duzenlemesi-sart-41881772> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

[4] <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diyanet-isleri-baskani-erbastan-sosyal-medya-duzenlemesi-cagrisi-1866321> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

kolektif hafızanın ve arşivlerin yok edileceğini, sosyal ağ sağlayıcılara getirilecek reklam yasağının yatırımcıları olumsuz etkileyeceğini, sosyal medya üzerinden bilgi akışının kontrol edileceğini, sosyal medyanın kullanılamaz hale geleceğini savunmakta ve çeşitli endişeler taşımaktadır.^[5]

Sosyal medyaya ilişkin hukuksal düzenlemelerin gerekli olup olmadığı ve bu düzenlemelere ihtiyaç duyulup duyulmadığı bir yana, düzenlemelerin kimi temel hak ve özgürlükler üzerinde doğurabileceği etkinin göz ardı edilmemesi elzemdir. Bu bakımdan, siyasi saiklerden ve güncel siyasi tartışmalardan öte konuya hukuksal açıdan bakmak gerekmektedir. Bu minvalde, çalışmamızda öncelikle yürürlükteki güncel hukuksal düzenlemeler (7253 sayılı Kanun'la 5651 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler) ve sonrasında ise getirilmesi düşünülen hukuksal düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

I. 7253 Sayılı Kanun'la 5651 Sayılı Kanun'da Yapılan Düzenlemeler

A. 7253 Sayılı Kanun'un Genel Gerekçesi

Ülkemizde sosyal medya üzerinde son zamanlarda yapılan değişiklikler, ilk başlarda çocukların zararlı içeriklerden korunmasına yönelik olarak 23 Mayıs 2007 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da^[6] belirlemiştir. 31 Temmuz 2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 7253 sayılı Kanun^[7] aracılığıyla 5651 sayılı Kanun'da değişiklikler yapılmış ve değişikliklerin bazısı yine bu tarihte, bazısıysa ilerleyen tarihte yürürlüğe girmiştir. Kamuoyunda “*sosyal medya düzenlemesi*” olarak adlandırılan bu düzenlemelerin bir yönüyle sosyal medya kullanıcılarının birbirine karşı temel hak ve özgürlüklerini korumayı amaçladığı söylenebilir. Bu amacı, 7253 sayılı Kanun Teklifi'nin genel gerekçesindeki^[8] şu ifadelerde gözlemlemek mümkündür: “... *internet*

[5] <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-53494816> (Erişim Tarihi: 25.10.2021); <https://www.dw.com/tr/akpden-sosyal-medyaya-yeni-ayar/a-59081707> (Erişim Tarihi: 25.10.2021); <https://www.dw.com/tr/5-soruda-sosyal-medya-d%C3%BCzenlemesi/a-54361748> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

[6] R.G., T. 23.05.2007, S. 26530.

[7] R.G., T. 31.07.2020, S. 31202.

[8] <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3050.pdf> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

ortamının; ulusal sınır tanımayan olgusu, hızlı erişim ve geniş paylaşım kolaylığı sağlaması, dağıtık, çok değişkenli ve dinamik küresel ağ yapısı nedeniyle kötü niyetli kullanıcıların kimliklerini gizleyerek yasa dışı iş ve eylemlerini hayata geçirmesine fırsat tanıdığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla, sahte isim ve hesaplarla yasa dışı içerik oluşturup paylaşma, farklı siyasi düşüncedeki kişilere, boşandığı eski eşine, herhangi bir alanda rakip olarak gördüklerine, farklı dinlere veya milletlere yönelik küfür, iftira veya hakaret etmek amacıyla kullanıldığı durumlarda internet, düzenleme yapılması gerekli alan olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda kişilik hakları ihlal edilen bireyler, anayasal güvence altında olan haklarının korunması noktasında devletten beklenti içine girmektedirler. Devletlerin bu alandaki pozitif yükümlülüğü, temel hak ve özgürlüklerin tezahürü bakımından devlete doğrudan müdahale yetkisi verirken, birbiriyle yarışan veya çakışan alanlarda daha dikkatli ve hassas adımlar atma sorumluluğunu da ortaya çıkarmaktadır. ...”.

Ancak 7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’a getirilen düzenlemeler daha ziyade yabancı ülkelerde mukim; ancak Türkiye’de kullanıcıları bulunan sosyal medya platformlarının / uygulamalarının / şirketlerinin devlet eliyle denetlenmesine, yükümlülüklerle bağlanmasına ve gerektiğinde yaptırımlara tabi tutulmasına aracılık etmektedir. Bu sebeple, söz konusu düzenlemelerin diğer bir yönüyle sosyal ağ sağlayıcıların faaliyetlerine karşı sosyal medya kullanıcılarının temel hak ve özgürlüklerini korumayı amaçladığı dile getirilebilir. 7253 sayılı Kanun Teklifi’nin genel gerekçesinde yer alan şu ifadelerde bu amaç gözlemlenebilir: “Sosyal ilişkilerin bu denli hızlanması ve çeşitlenmesi, kişilerin birçok problemle veya kişisel haklarının ihlaliyle karşılaşmasını beraberinde getirmiştir. Buna karşın sosyal ağ sağlayıcıların geniş çaplı kullanıcı sayıları ile kullanıcı verilerinden yararlanarak elde ettikleri milyarlarca dolar gelire rağmen, kişilerin haklarının korunması noktasında ihtiyaç duyulan önleyici ve koruyucu mekanizmaları geliştirmedikleri ya da etkin kullanmadıkları veyahut kullanıcıların ve devletlerin haklı taleplerine direnç gösterdikleri gözlemlenmektedir. Bunun sonucunda temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında Devletlere düşen pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesinde zorluklar yaşanmaktadır. ... sosyal ağ platformlarında üretilen içeriklerin kontrol altında tutulması, kullanıcıların etkileşim yöntemleri ve biçimini belirleme imkanı, büyük oranda bu platformları işleten şirketlerin elinde bulunmaktadır. ... devletin; kişilerin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında adil bir denge sağlayacak

kuralları belirleme, niteliği itibariyle ulusal sınırlar tanımayan sosyal ağ sağlayıcıların hak ve ödevlerini gösteren ve davranışlarını düzenleyen öngörülebilir kuralları koyma yetkisini kullanmak zorunluluğu bulunmaktadır.^[9] ... kişiler ve Devletler ile sosyal ağ sağlayıcılar arasında muhataplık ilişkisinin kurulmasının temel çözüm olarak öne çıktığı görülmektedir. Ülkemizde internet kullanıcılarının kişisel başvurularında veya kamu kurumlarının bildirimlerinde yaşanan zorlukların aşılması için sosyal ağ sağlayıcılarla muhataplık ilişkisi kurulması amacıyla bu Kanun Teklifi hazırlanmıştır. ...”.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, 7253 sayılı Kanun Teklifi'nin en temel gerekçesi olarak devletin ve bireylerin sosyal ağ sağlayıcılarla “*muhataplık ilişkisi*” nin kurulmasını görmüştür. Bu sebeple, 7253 sayılı Kanun'la değiştirilen 5651 sayılı Kanun'a göre, sosyal ağ sağlayıcılar bireyler tarafından kendilerine yapılacak başvuruları cevaplandırmak, kamu kurumlarınca gönderilecek tebligat, bildirim veya talepleri almak, gereğini yapmak için “*temsilci*” belirleyecektir. Ek olarak, sosyal ağ sağlayıcılara, bireyler tarafından yapılan başvuruları belli sürede cevaplandırma, başvuruların sonuçlarına ilişkin kamuoyunu aydınlatma, şeffaflığın sağlanması adına rapor hazırlama ve kamuoyuyla paylaşma gibi yükümlülükler de getirilmiştir.

B. 7253 Sayılı Kanun'un Getirdiği Düzenlemeler

Peki yukarıda genel gerekçesinden bahsettiğimiz ve sosyal medya alanına ilişkin çeşitli hukuksal düzenlemeler getiren 7253 sayılı Kanun, 5651 sayılı Kanun'da ne gibi değişiklikler yapmıştır?

1. “Sosyal Ağ Sağlayıcı” Kavramı

7253 sayılı Kanun'la 5651 sayılı Kanun'a “*sosyal ağ sağlayıcı*” kavramı eklenmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 2/1-s hükmüne göre, sosyal ağ sağlayıcı, “*Sosyal etkileşim amacıyla kullanıcıların internet ortamında metin, görüntü, ses, konum gibi içerikleri oluşturmalarına, görüntülemelerine veya paylaşımlarına imkân sağlayan gerçek veya tüzel kişileri*” ifade etmektedir. Örneğin, bu kavramdan Twitter, Facebook, Instagram gibi sosyal medya

[9] 7253 sayılı Kanun Teklifi'nin genel gerekçesinde, devletin bu yetkilerini kullanma zorunluluğu açıklanırken Anayasa Mahkemesinin ilgili kararına atıf yapılmıştır. Bkz. AYM, Başvuru No. 2014/5376, T. 28.01.2020, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr> (Erişim Tarihi: 25.10.2021)

uygulamalarını işleten ve bu uygulamaların sahibi olan şirketleri anlamak mümkündür.

2. Sosyal Ağ Sağlayıcıların Yükümlülükleri ve Yükümlülüklere Aykırılıktan Doğan Yaptırımlar

7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’a sosyal ağ sağlayıcıların uyması gereken çeşitli yükümlülükler ve bu yükümlülüklere uyulmaması durumunda uygulanacak çeşitli yaptırımlar eklenmiş ve değişiklikler yapılmıştır. Söz konusu yükümlülükler “a. Temsilci Belirleme Yükümlülüğü”, “b. Verileri Türkiye’de Barındırma Yükümlülüğü”, “c. Başvuruları Cevaplama Yükümlülüğü”, “d. Rapor Verme Yükümlülüğü”, “e. İçeriği Çıkarma ve / veya Erişimi Engelleme Yükümlülüğü” başlıkları altında sırasıyla incelenebilir.

a. Temsilci Belirleme Yükümlülüğü

7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’da yapılan en önemli değişikliklerden biri sosyal ağ sağlayıcılara getirilen “*temsilci belirleme yükümlülüğü*”dür. Yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılar üzerinde devletin yaptırım gücünü artırmaya yönelik düzenleme gereğince, Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıların Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK), Erişim Sağlayıcıları Birliği, adli veya idari makamlarca gönderilecek tebligat, bildirim veya taleplerin gereğinin yerine getirilmesi, kişiler tarafından yapılacak başvuruların cevaplandırılması ve diğer yükümlülüklerin yerine getirilmesini temin etmek için yetkili en az bir kişiyi Türkiye’de temsilci olarak belirlemesi ve bu kişinin iletişim bilgilerine kolayca görülebilecek, doğrudan erişilebilecek şekilde internet sitesinde yer vermesi yükümlülüğü getirilmiştir. Sosyal ağ sağlayıcıların belirledikleri temsilcilerin kimlik ve iletişim bilgilerini BTK’ye bildirmeleri gerekmekte olup temsilcinin gerçek kişi olması halinde Türk vatandaşı olması zorunludur (5651 sayılı Kanun ek m. 4/1). Söz konusu düzenleme gereğince Twitter, Facebook, Instagram gibi günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıların Türkiye’de en az bir temsilcisinin olması zorunlu hale gelmiştir. Bu zorunluluğun getirilmesi, kanun koyucunun 7253 sayılı Kanun Teklifi’nin genel gerekçesinde belirtilen “*muhataplık ilişkisi*”nin kurulmasına yöneliktir. Bundan ötürü, örneğin ilgili sosyal ağ sağlayıcının gerçekten hukuka aykırı bir fiili olduğunda yahut kendi ağı üzerinde gerçekleşen hukuka aykırı fillere müdahale etmediğinde idarenin-kişilerin ilgili temsilciyle iletişime geçip süregelen fillerin sonlandırılması, mağduriyetlerin

giderilmesi, kişilik haklarının korunması, suçların önlenmesi sağlanabilecektir. Bununla birlikte, madalyonun diğer yüzüne bakıldığında idarenin, sosyal ağ üzerinde gerçekleşen ve hoşnut olmadığı bir söz, fotoğraf, video, kısacası paylaşım olduğunda ilgili temsilciyle iletişime geçip durumun bu yolla sonlandırılmasına neden olabilir. Ortaya çıkabilecek bu keyfiyet, Anayasa^[10] m. 13'te düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin şartlara uyulmaksızın, yine Anayasa'da düzenlenen “*Haberleşme hürriyeti (m. 22)*” (haberleşme özgürlüğünün) ve “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26)*” (ifade özgürlüğünün) ihlali sonucunu doğurabilecektir.

7253 sayılı Kanun'la 5651 sayılı Kanun'da yapılan yenilikler gereğince, temsilci belirleme ve temsilci bilgilerini BTK'ye bildirme yükümlülüğünü yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcıya yönelik kademeli olarak ağırlaşan idari yaptırımlara hükmedilecektir. Temsilci belirleme ve BTK'ye bildirme yükümlülüğüne uymayan sosyal ağ sağlayıcıya öncelikle BTK tarafından bildirimde bulunulur. Bildirimden itibaren otuz gün içinde yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde sosyal ağ sağlayıcıya BTK Başkanı tarafından on milyon Türk lirası idari para cezası verilir. Verilen idari para cezasının tebliğinden itibaren otuz gün içinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde otuz milyon Türk lirası daha idari para cezası verilir. İkinci kez verilen idari para cezasının tebliğinden itibaren otuz gün içinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde BTK Başkanı tarafından Türkiye'de mukim vergi mükellefi olan gerçek ve tüzel kişilerin ilgili sosyal ağ sağlayıcısına yeni reklam vermesi yasaklanır, bu kapsamda yeni sözleşme kurulamaz ve buna ilişkin para transferi yapılamaz. Reklam yasağı kararının verildiği tarihten itibaren üç ay içinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde BTK Başkanı, sosyal ağ sağlayıcının internet trafiği bant genişliğinin %50 oranında daraltılması için sulh ceza hakimliğine başvurabilir. Başvurunun kabulüne ilişkin hakim kararının uygulanmasından itibaren otuz gün içinde söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde BTK Başkanı, sosyal ağ sağlayıcının internet trafiği bant genişliğinin %90 oranına kadar daraltılması için sulh ceza hakimliğine başvurabilir. Hakim ikinci başvuru üzerine vereceği kararında, %50'den düşük olmamak kaydıyla, sunulan hizmetin niteliğini de dikkate alarak daha düşük bir oran belirleyebilir. Bu kararlara karşı BTK Başkanı tarafından 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

[10] R.G., T. 09.11.1982, S. 17863 (Mükerrer).

(CMK)^[11] hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir. Hakim tarafından verilen kararlar erişim sağlayıcılara bildirilmek üzere BTK'ye gönderilir. Hakim kararlarının gereği, bildirimden itibaren derhal ve en geç dört saat içinde erişim sağlayıcıları tarafından yerine getirilir. Temsilci belirleme ve bildirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi halinde, verilen idari para cezalarının dörtte biri tahsil edilir, reklam yasağı kaldırılır ve hakim kararları kendiliğinden hükümsüz kalır. İnternet trafiği bant genişliğine yapılan müdahalenin sona erdirilmesi için erişim sağlayıcılara BTK tarafından bildirim yapılır. (5651 sayılı Kanun ek m. 4/2).

Bu düzenleme ışığında, sosyal ağ sağlayıcının temsilci belirleme ve temsilci bilgilerini BTK'ye bildirme yükümlülüğüne uymaması durumunda, BTK Başkanı tarafından çeşitli idari yaptırımlar uygulanabildiği görülmektedir. Yükümlülüğe uymayan sosyal ağ sağlayıcıya BTK tarafından yükümlülüğe uyması yönünde bildirimde bulunulduktan sonra, temsilci belirlememekte ısrar eden sosyal ağ sağlayıcıya karşı BTK Başkanının iki ayrı idari para cezası verme ve reklam yasağı uygulama görev ve yetkisi bulunmaktadır. BTK Başkanının sahip olduğu bu yetkiler eleştirilmeye oldukça müsaittir. Zira bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan, Kurul şeklinde bir organa sahip olan BTK, nasıl olur da söz konusu yaptırımları Kurul değil de Başkan aracılığıyla vermektedir? Örneğin, bir başka düzenleyici ve denetleyici kurum olan Kişisel Verileri Koruma Kurumu kendi bünyesinde bulunan Kurul aracılığıyla idari para cezası verebiliyorken, BTK'nin bünyesinde bulunan Kurul aracılığıyla idari para cezası verememesi tezatlık içermektedir. BTK Başkanının elinde bulundurduğu ve idare hukukunda basit iradeli işlem olarak nitelenebilecek idari yaptırım yetkileri, Kurul'un istişare sonucunda vereceği birleşik iradeli işlem (kolektif işlem) yönünü ortadan kaldırmaktadır. BTK bünyesindeki Kurulun işlevsiz olduğu bu durum, BTK Başkanının sosyal ağ sağlayıcılar hakkında dış etkilere / baskılara açık şekilde kararlar vermesine ve Kurulun istişare mekanizması olmaksızın idari yaptırımlar uygulamasına sebep olabilecektir. BTK Başkanının bağımsızlığı üzerine gölge düşürebilecek 5651 sayılı Kanun ek m. 4/2 düzenlemesi, BTK'nin bağımsızlığını vurgulayan 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun'un^[12] 5/2 hükmüne de aykırılık oluşturmaktadır. Ayrıca, BTK

[11] R.G., T. 17.12.2004, S. 25673.

[12] R.G., T. 07.04.1983, S. 18011.

Başkanı tarafından fiilin ağırlığı ve oluşturduğu haksızlığın yoğunluğuna bakılmaksızın uygulanacak idari para cezaları Anayasa'da güvence altına alınan “*Mülkiyet hakkı (m. 35)*”nın sosyal ağ sağlayıcılar bakımından ihlaline de yol açabilir. Zira idari para cezaları muhatapların malvarlığına yöneliktir.

b. Verileri Türkiye’de Barındırma Yükümlülüğü

7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’a eklenen düzenlemeyle, Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılar, Türkiye’deki kullanıcıların verilerini Türkiye’de barındırma / bulundurma / muhafaza etme yönünde gerekli tedbirleri almakla yükümlendirilmiştir (5651 sayılı Kanun ek m. 4/5).

Düzenlemede geçen “*barındırma*” kelimesinden anlaşılması gerekenin ne olduğuna ve bu yükümlülüğe uyulmaması durumunda nasıl bir yaptırım uygulanacağına ilişkin herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Yaptırımsız kalan bir hukuksal düzenlemenin ne derece etkili olacağı kuşkuludur. Ayrıca, bu düzenlemeye neden ihtiyaç duyulduğuna, düzenlemeyle neyin amaçlandığına 7253 sayılı Kanun Teklifi’nin madde gerekçelerinde yer verilmemesi de 7253 sayılı Kanun’la getirilen değişikliklerin ve yeniliklerin kanun koyucu tarafından yeterli özen gösterilmeksizin yapıldığı izlenimini uyandırmaktadır.

c. Başvuruları Cevaplama Yükümlülüğü

7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’a eklenen hükümlerle, Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılar, 5651 sayılı Kanun’un 9. maddesi (*içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi*) ve 9/A maddesi (*özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi*) kapsamındaki içeriklere yönelik olarak kişiler tarafından yapılacak başvurulara, başvurudan itibaren en geç kırk sekiz saat içinde olumlu ya da olumsuz cevap vermekle yükümlü kılınmıştır. Ayrıca, sosyal ağ sağlayıcıların olumsuz vereceği cevaplarının gerekçeli olması gerektiği belirtilmiştir (5651 sayılı Kanun ek m. 4/3). Söz konusu düzenleme, sosyal medya üzerinden kişilik haklarına yönelik bir saldırıyla yahut suç oluşturan bir fiille karşılaştığını düşünen ilgilileri Anayasa’da da yer alan “*Özel hayatın gizliliği (m. 20)*” bağlamında korumaya yöneliktir. Ek olarak, düzenlemede getirilen kırk sekiz saat sınırı ve olumsuz cevapların gerekçeli olması “*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı*

(AY m. 74)" (bilgi edinme hakkı) kapsamında önem taşımaktadır. Ayrıca, belirli bir süreyle sınırlanan cevap verme süresi "*Hak arama hürriyeti* (AY m. 36)" (hak arama özgürlüğü) kapsamında gidilecek hukuksal yolların zaman kaybetmeksizin önünü açmaktadır. 7253 sayılı Kanun'la 5651 sayılı Kanun'a eklenen ek 4/3. madde bu yönüyle Anayasa'ya uygun gözükmektedir.

5651 sayılı Kanun ek m. 4/3'te düzenlenen başvuruları cevaplama yükümlülüğünü yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcıya, BTK Başkanı tarafından beş milyon Türk lirası idari para cezası verilir. (5651 sayılı Kanun ek m. 4/6). Bu hükümde de, yine belirttiğimiz sorun göze çarpmaktadır. Yani bir düzenleyici ve denetleyici kurum olan BTK, niçin Kurul aracılığıyla değil de Başkan aracılığıyla idari para cezası vermektedir? Kanun koyucu bu yetkiyi neden Kurula değil de Başkana vermiştir?

d. Rapor Verme Yükümlülüğü

7253 sayılı Kanun'la 5651 sayılı Kanun'a eklenen bir diğer düzenlemeyle, Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılara, kendilerine bildirilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması ve 5651 sayılı Kanun ek m. 4/3 kapsamındaki başvurulara ilişkin istatistiksel ve kategorik bilgileri içeren Türkçe hazırlanmış raporları altı aylık dönemlerle BTK'ye bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. Düzenlemede, 5651 sayılı Kanun ek m. 4/3 kapsamındaki başvurulara ilişkin raporların kişisel verilerinden arındırılarak sosyal ağ sağlayıcıların kendi internet sitesinde yayımlanması da zorunlu tutulmuştur (5651 sayılı Kanun ek m. 4/4). 7253 sayılı Kanun Teklifi'nin 6. maddesinin gerekçesinde belirtildiği gibi, söz konusu düzenleme kamuoyunun aydınlatılması ve şeffaflığın sağlanması bakımından önemlidir. Başvurulara ilişkin raporların kişisel verilerinden arındırılarak ilgili sosyal ağ sağlayıcının internet sitesinde yayımlanması da öteki kullanıcılara emsal olması bakımından kayda değerdir. Zira örneğin, Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan Twitter, Facebook, Instagram gibi sosyal ağ sağlayıcıların kendilerine yapılan başvurulara ilişkin verdikleri raporların internet sitelerinde yayımlanması ve böylelikle kamuoyunun aydınlatılması ve şeffaflığın sağlanması, yalnızca ilgili başvuruyu yapan kişilerin değil aynı zamanda sosyal medya platformlarını kullanan diğer kullanıcıların da -bilhassa kişilik hakları ve özel hayatın gizliliğine ilişkin- raporlar hakkında

bilgi edinmesini sağlamaktadır. Ayrıca, sosyal medya kullanımı konusunda farkındalık oluşturulmasına da katkı sunulmaktadır.

Rapor verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen ve / veya başvurulara ilişkin raporları internet sitesinde yayımlamayan sosyal ağ sağlayıcıya BTK Başkanı tarafından on milyon Türk lirası idari para cezası verilir (5651 sayılı Kanun ek m. 4/6). Bu düzenlemede, yukarıda belirtmiş olduğumuz sorun bir kez daha kendini göstermekte ve BTK bünyesindeki istişare mekanizmasını temsil eden Kurul yerine yalnızca bir iradeyi temsil eden Başkana idari para cezası uygulama yetkisinin tanınmış olmasının nedeni bir kez daha merakımızı celp etmektedir.

e. İçeriği Çıkarma ve /veya Erişimi Engelleme Yükümlülüğü

7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikten önce, 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesinin başlığında “*erişimin engellenmesi*” düzenlenmiş; ancak “*içeriği çıkarma*”ya yer verilmemişti. 9. maddenin başlığında ise, “*içeriği çıkarma*” düzenlenmiş; ancak “*erişimin engellenmesi*” düzenlenmemişti. 7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’un 8. ve 9. maddelerinde yapılan değişikliklerle “*içeriğin çıkarılması ve /veya erişimin engellenmesi*”^[13] durumları düzenlenmiştir.

Böylelikle 5651 sayılı Kanun’un 8. maddesinde yer alan suçların^[14] oluştuğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlar hakkında içeriğin çıkarılmasına ve /veya erişimin engellenmesine karar verilebilmektedir (5651

[13] Tespit edilebildiği kadarıyla 2020 yılı içinde erişimi engellenen web sitesi sayısı 58.809’dur. 2020 sonu itibarıyla 150.000 URL adresine, 7.500 Twitter hesabına, 50.000 tweete, 12.000 YouTube videosuna, 8.000 Facebook içeriğine ve 6.800 Instagram içeriğine erişim engellenmiştir. Bkz. Yaman Akdeniz/Ozan Güven, 2020 Engelli Web Raporu (*Fahrenheit 5651–Sansürün Yakıcı Etkisi*), İfade Özgürlüğü Derneği Yayını, İstanbul, 2021, s. 2.

[14] 5651 sayılı Kanun m. 8/1’de düzenlenen suçlar şunlardır:
 “a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;
 1) İntihara yönlendirme (madde 84),
 2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),
 3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),
 4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),
 5) Müstehcenlik (madde 226),
 6) Fuhuş (madde 227),
 7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228) suçları.”

sayılı Kanun m. 8/1). İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmi dört saat içinde hakim onayına sunar ve hakim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirecek nitelikte görülürse belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilir. Koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine ilişkin karara CMK hükümlerine göre itiraz edilebilir (5651 sayılı Kanun m. 8/2). Hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere BTK'ye gönderilir (5651 sayılı Kanun m. 8/3). İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirilir (5651 sayılı Kanun m. 8/5). Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda Cumhuriyet savcısı, hükümsüz kalan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle, kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini BTK'ye gönderir (5651 sayılı Kanun m. 8/7). Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. Bu durumda mahkemece hükümsüz kalan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına konu internet adresini belirtmek suretiyle, beraat kararının bir örneği BTK'ye gönderilir (5651 sayılı Kanun m. 8/8). Konusu m. 8/1'de sayılan suçları oluşturan içeriğin yayından çıkarılması halinde, erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından kaldırılır (5651 sayılı Kanun m. 8/9).

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar.

c) 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar".

Koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen içerik, yer veya erişim sağlayıcıların sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır (5651 sayılı Kanun m. 8/10). İdari tedbir olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi halinde, BTK Başkanı tarafından ilgili içerik, yer ve erişim sağlayıcısına, on bin Türk lirasından yüz bin Türk lirasına kadar idari para cezası verilir. İdari para cezasının verildiği andan itibaren yirmi dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından kararın yerine getirilmemesi halinde BTK tarafından yetkilendirilenin iptaline karar verilebilir (5651 sayılı Kanun m. 8/11). Bu hükümde de BTK bünyesindeki Kurulun değil, BTK Başkanının tek başına idari para cezasına hükmedebildiği görülmektedir. Geniş bir alt–üst sınır aralığında takdir yetkisi kullanarak idari para cezası verecek olan BTK Başkanı, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının yerine getirilmemesi fiilinin ağırlığını ve oluşturduğu haksızlığı nasıl tek başına belirleyerek hakkaniyetli şekilde idari para cezasına hükmedebilecektir?

Dikkat çekilmesi gereken bir diğer önemli husus ise, 5651 sayılı Kanun’un 8/4 hükmüdür. Buna göre, içeriği m. 8/1’de belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulursa dahi, içeriği 8/1-a hükmününün 2. (*çocukların cinsel istismarı*), 5. (*müstehcenlik*), 6. (*fuhuş*), 7. (*kumar oynanması için yer ve imkân sağlama*) alt bentlerinde ve 8/1-c hükmünde (*7258 sayılı Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar*) yazılı suçları oluşturan yayınlara ilişkin olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı re’sen BTK Başkanı tarafından verilir. Bu karar, ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcısına^[15] bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir (5651 sayılı Kanun m. 8/4). Görüldüğü üzere, hükümde, BTK Başkanına belli başlı durumlarda içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verme yetkisi düzenlenmiştir. Düzenleme, BTK Başkanına adeta bir hakim / mahkeme niteliği kazandırmakta ve yürütme içerisindeki bir kurum başkanını ciddi yargısal nitelikli yetkilerle donatmaktadır. Keyfi davranma olasılığı düşünüldüğünde BTK Başkanının, düzenlemeyle, bir sosyal medya

[15] 5651 sayılı Kanun m. 2’ye göre, erişim sağlayıcı, “Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder.

platformu üzerinde idari işlemlerin nihai amacı olan kamu yararı saiki dışında hareket ederek içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verebilmesi mümkün hale gelmiştir. Böylelikle BTK Başkanı, Anayasa m. 13'teki temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin şartlar gerçekleşmeksizin ve hakim onayına ihtiyaç duymaksızın yahut BTK bünyesindeki Kurulun aldığı kolektif bir karar olmaksızın "*Haberleşme hürriyeti (AY m. 22)*" ve "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (AY m. 26)*" ne müdahale edebilme yetkisine kavuşmuştur. Neyse ki, bu hukuka aykırı düzenleme Anayasa Mahkemesinin de dikkatinden kaçmamıştır. Anayasa Mahkemesi norm denetimi yoluyla önüne gelen uyuşmazlıkta 15 Kasım 2017 tarihinde verdiği kararda, "*İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde ...*" ibaresi ile "*... yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık^[16] tarafından verilir*" ibaresini iptal etmiştir.^[17]

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ise, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına,^[18] buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına^[19] başvurarak uyarı yöntemiyle içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini de isteyebilir (5651 sayılı Kanun m. 9/1). İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişilerin talepleri, içerik ve/veya yer sağlayıcısı tarafından en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır (5651 sayılı Kanun m. 9/2). İnternet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talepleri doğrultusunda hakim m. 9'da belirtilen

[16] 15.08.2016 tarihli ve 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 21. maddesiyle, 5651 sayılı Kanun'un 8/4 hükmünde yer alan "*Başkanlık*" ibaresi "*Başkan*" şeklinde değiştirilmiş ve daha sonra bu hüküm 09.11.2016 tarihli ve 6757 sayılı Kanun'un 18. maddesiyle aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır.

[17] AYM., E. 2015/76, K. 2017/153, T. 15.11.2017, R.G., T. 07.02.2018, S. 30325.

[18] 5651 sayılı Kanun m. 2'ye göre, içerik sağlayıcı, "*İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri*" ifade eder.

[19] 5651 sayılı Kanun m. 2'ye göre, yer sağlayıcı, "*Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri*" ifade eder.

kapsamda içeriğin çıkarılmasına ve/veya erişimin engellenmesine karar verebilir (5651 sayılı Kanun m. 9/3). Hakim m. 9 kapsamında verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararları doğrudan Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir (5651 sayılı Kanun m. 9/5). Hakim m. 9 kapsamında yapılan başvuruyu en geç yirmi dört saat içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Bu karara karşı CMK hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir (5651 sayılı Kanun m. 9/6). Erişimin engellenmesine konu içeriğin yayından çıkarılmış olması durumunda hakim kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (5651 sayılı Kanun m. 9/7). Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereği derhal, en geç dört saat içinde ilgili içerik ve yer sağlayıcılar ile erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir (5651 sayılı Kanun m. 9/8).

Sulh ceza hakiminin verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarını m. 9'da belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen içerik, yer ve erişim sağlayıcıların sorumluları, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır (5651 sayılı Kanun m. 9/11).

7253 sayılı Kanun'la 5651 sayılı Kanun'a eklenen hükme göre, Türkiye'den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılar hakkında 8. ve 8/A maddesi kapsamında verilecek olan idari para cezaları bir milyon Türk lirası olarak, 8. ve 9. maddesi kapsamında verilecek olan adli para cezaları ise elli bin gün olarak verilir. İdari para cezasını gerektiren ihlallerin bir yıl içinde her bir tekrarında cezalar bir kat artırılarak uygulanır (5651 sayılı Kanun ek m. 4/7). 31 Temmuz 2020 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemeyle, bu tarihten önce 5651 sayılı Kanun'un 8. ve 8/A maddesi kapsamında verilecek idari para cezalarının miktarı ile 8. ve 9. madde kapsamında verilecek adli para cezalarının uygulanma şekli yeniden belirlenmiştir. Böylelikle kanun koyucunun Twitter, Facebook, Instagram gibi yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılara karşı yaptırımlarını gün geçtikçe artırdığı görülmektedir. Gün geçtikçe artan yaptırımların sosyal medya kullanıcılarının temel hak ve özgürlüklerini koruma fikrinden kaynaklandığı söylenebilirse de, getirilen yaptırımların sosyal ağ sağlayıcıların "Mülkiyet hakkı (AY m. 35)" ve "Çalışma ve sözleşme hürriyeti (AY m. 48)" gibi temel hak ve özgürlüklerini ihlal edip etmediği; ölçülü olup olmadığı gündeme gelebilmektedir. Yine sosyal medya üzerinde artan denetim

mekanizmalarının, bu platformları kullananların “*Haberleşme hürriyeti (AY m. 22)*”, “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (AY m. 26)*”, “*Basın hürriyeti (AY m. 28)*” gibi temel hak ve özgürlüklerine müdahale oluşturup oluşturmadığı da hararetini artıran tartışmalardan olmaya devam edecek gibi gözükmektedir.

Çalışmamızın bu kısmına kadar sosyal ağ sağlayıcılar hakkında uygulanabilecek idari ve cezai yaptırımlara değinilmiştir. Ancak bu paragrafta, 7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’a eklenen bir başka hükme dikkat çekmek gerekmektedir. Söz konusu hükümde sosyal ağ sağlayıcıların içeriği çıkarmama veya erişimi engellememe bağlamında hukuksal (tazminat) sorumluluğu düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, hukuka aykırılığı hakim veya mahkeme kararıyla tespit edilen içeriğin sosyal ağ sağlayıcıya bildirilmesi durumunda, bildirime rağmen yirmi dört saat içinde içeriği çıkarmayan veya erişimi engellemeyen sosyal ağ sağlayıcı, doğan zararların tazmin edilmesinden sorumludur. Bu hukuksal sorumluluğun işletilmesi için içerik sağlayıcının sorumluluğuna gidilmesi veya içerik sağlayıcıya dava açılması şartı aranmaz (5651 sayılı Kanun ek m. 4/8). 5651 sayılı Kanun ek m. 4’ün uygulanmasında sosyal ağ sağlayıcının yükümlülükleri, içerik veya yer sağlayıcısı olmasından doğan sorumluluk ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz (5651 sayılı Kanun ek m. 4/9).

3. İdari Para Cezalarının Tebliği

Bilhassa 5651 sayılı Kanun kapsamında ülkemizde verilen mahkeme kararlarının yahut idari makamlarca yapılacak tebligatların sosyal ağ sağlayıcılara ulaşması konusunda sorunlar yaşanmaktaydı. Zira tebligatın yurt içinde gönderileceği bir muhatabı bulunmamaktaydı. Tebligat sorununu gidermek adına 7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’a eklenen hüküm önem arz etmektedir. İlgili hükme göre, 5651 sayılı Kanun kapsamında verilen idari para cezaları, muhatabın yurt dışında bulunması halinde BTK tarafından doğrudan muhataba m. 3/3’teki usulle de bildirilebilir. Yani sosyal ağ sağlayıcılara, internet sayfalarındaki iletişim araçları, alan adı, IP adresi ve benzeri kaynaklarla elde edilen bilgiler üzerinden elektronik posta veya diğer iletişim araçlarıyla bildirim yapılabilir. Bu bildirim 7201 sayılı Tebligat Kanunu’na^[20] göre yapılan tebligat hükmündedir. Bu bildirim yapıldığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebligat yapılmış sayılır (5651 sayılı

[20] R.G., T. 19.02.1959, S. 10139.

Kanun m. 3/3, m. 3/5). 7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’da yapılan değişikliklerle, devlet ve sosyal ağ sağlayıcılar arasında kurulması amaçlanan “*muhataplık ilişkisi*”nin tebligatların ulaşması ve sonuç doğurması bakımından kurulduğu görülmektedir.

4. Unutulma Hakkı

Unutulma hakkı, daha ziyade Avrupa Birliği Adalet Divanınının 2014 yılında verdiği ve “*Google İspanya Kararı*” olarak anılan bir kararla^[21] gündeme gelmeye başlamıştır. Sonrasında ise, bu hak Türkiye’de de çeşitli yüksek mahkeme kararlarına yansımıştır. Bu bağlamda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2015 yılında verdiği karar oldukça önem taşımaktadır. Kararda unutulma hakkına dair şu açıklamalara yer verilmiştir: “... *Unutulma hakkına gelince; unutulma hakkı ve bununla ilişkili olan gerektiği ölçüde ve en kısa süreliğine kişisel verilerin depolanması veya tutulması konuları, aslında kişisel verilerin korunması hakkının çatısını oluşturmaktadır. Her iki hakkın temelinde bireyin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesini, geçmişin engeline takılmaksızın geleceğe yönelik plan yapabilmesini, kişisel verilerin kişi aleyhine kullanılmasının engellenmesini sağlamak yatmaktadır. Unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesi sağlanmaktadır. Bireyin geçmişinde yaşadığı olumsuz etkilerden kurtularak geleceğini şekillendirebilmesi bireyin yararına olduğu gibi toplumun kalitesinin gelişmişlik seviyesinin yükselmesine etkisi de tartışılmazdır.*

Unutulma hakkı; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlenmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir.

Bu hak bir yandan kişiye ‘geçmişini kontrol etme’, ‘belirli hususların geçmişinden silinmesini ve hatırlanmamayı isteme hakkı’ sağladığı gibi, diğer yandan muhataplarına kişi hakkındaki bir kısım bilgilerin üçüncü kişilerin kullanmamasını veya üçüncü kişilerin hatırlanmamasına yönelik önlemleri alma yükümlülüğü yükler. Bu hakkın; bireylerin fotoğraf, internet günlüğü

[21] ABAD, Google İspanya, Google Şirketi/İspanyol Veri Koruma Kurumu, Mario Costeja González, T. 13.05.2014, S. C-131/12, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

gibi kendileri hakkındaki içerikleri silmek için üçüncü şahısları zorlamayı içermesinin yanında geçmişteki cezalarına ilişkin bilgilerin veya haklarında olumsuz yorumlara neden olabilecek bilgi ve fotoğraflarının kaldırılmasını isteme hakkını tanıdığı kabul edilmektedir. Diğer taraftan bu hak, bireyin geçmişindeki belirli yönlerinin mümkün olmayacak biçimde hatırlanmaması için önlemler alınmasını gerektirmektedir ...”.^[22] Yine Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru olarak önüne gelen ve “N.B.B. Başvurusu” olarak bilinen uyumsuzluk hakkında 2016 yılında verdiği kararda unutulma hakkına değinmiştir.^[23]

Yüksek mahkemelerin kararlarına yansıyan ve “geçmişe bir sünger çekmek” şeklinde tanımlanabileceğimiz unutulma hakkı, Anayasa m. 5’teki “Devletin temel amaç ve görevleri, ... insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”, m. 17/1’deki “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” ve m. 20/3’teki “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir” düzenlemeleriyle ilişkilendirilebilir. Ancak bu ilişki doğrudan bir ilişki olmayıp dolaylı bir ilişki olarak nitelenebilir.

Kanun düzeyinde ise, 7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’a eklenen düzenlemenin de dolaylı olarak unutulma hakkını düzenlediği söylenebilir. İlgili düzenlemeye göre, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hakim tarafından, başvuranın adının 5651 sayılı Kanun m. 9 kapsamındaki karara konu internet adresleriyle ilişkilendirilmemesine karar verilebilir. Kararda, Erişim Sağlayıcıları Birliği tarafından hangi arama motorlarına bildirim yapılacağı gösterilir (5651 sayılı Kanun m. 9/10). Düzenlemeye bakıldığında, arama motorları tarafından başvuruçunun adı ve ihlal oluşturan içeriğin ilişkilendirilmemesi sağlanarak kişilik haklarının korunmasının amaçlandığı ifade

[22] YHGK, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, T. 17.06.2015, <http://www.kazanci.com.tr/> (E.T. 25.10.2021).

[23] AYM, Başvuru No. 2013/5653, T. 03.03.2016, R.G., T. 24.08.2016, S. 29811.

edilebilir. Dolayısıyla bu düzenlemenin, başvuruçunun “*Özel hayatın gizliliği (AY m. 20)*” ne (kişisel verilerinin korunmasına) hizmet ettiği dile getirilebilir. Bununla birlikte, şayet söz konusu düzenlemeyle idarenin keyfi olarak beğenmediği paylaşımlara yahut haberlere erişim engeli getirilmesi ve böylelikle internetin kontrol altına alınması amaçlanıyorsa bu tutum “*Haberleşme hürriyeti (AY m. 22)*” ve “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (AY m. 26)*” ne aykırı düşecektir. Nitekim söz konusu düzenlemeden anlaşılması gereken; paylaşımın kaynağını kaldırmak değil, ilgili paylaşımların arama motorlarından kaldırılması olmalıdır. Yani bu düzenleme arşivin yok edilmesi boyutuna varmamalıdır. Şayet bu düzenleme arşivin yok edilmesi boyutuna varırsa, arşivde yer alan ve soruşturulmayı/kovuşturulmayı bekleyen geçmişte gerçekleşmiş diğer hukuka aykırı fillerin (delillerin) yok olması ve bu fillerin faillerinin yargılanamaması durumu da ortaya çıkabilir. Bu şekilde arşivin yok edilmesiyle toplumsal hafıza da silinecektir.

II. Getirilmesi Düşünülen Düzenlemeler

Çalışmamızın bu başlığına kadar incelediğimiz hususlar, 31 Temmuz 2020 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikleri içermektedir. Yapılan bu değişiklikler internet ortamında yapılan yayınlara ilişkin olup kamuoyunda “*sosyal medya düzenlemesi*” olarak yankı bulmaktadır.

Öte yandan, zaman içinde kamuoyuna yansıyan haberlerden, açıklamalardan anlaşıldığı kadarıyla, sosyal medya alanında birtakım yeni hukuksal düzenlemelere gidilmesi düşüncesinin yetkili makamlarda hakim olduğu görülmektedir. Bu yönde, Cumhurbaşkanı, Türkiye’nin “*yalan terörü*” şeklinde gerçekleşen saldırılara maruz kaldığını; yalan terörüyle mücadele edilmesi gerektiğini; “*dijital terör*” e karşı kanuni düzenlemelerin artırılması gerektiğini; Türkiye’deki verinin Türkiye’de kalacağı, bireylerin kişilik haklarını ve verilerini koruyacak, gerek geleneksel gerek yeni iletişim mecralarındaki itibarsızlaştırma, karalama, yalan ve iftira kampanyalarına karşı duracak yeni bir kanun çalışması için teknik bir çalışma yürütüldüğünü; en kısa zamanda hazırlıkların tamamlanacağını; konunun Türkiye ve demokrasi açısından önemli olduğunu; hem bireysel hak ve özgürlükleri koruyacak hem de millete, devlete yönecek sistematik dezenformasyon ve yalan terörüne karşı milli güvenliği koruyacak bir kanuni zeminin ortaya konmasına katkı

vereceklerini belirlemiştir.^[24] Benzer şekilde, TBMM'de çoğunluğa sahip olan siyasi parti yetkilileri, yapılması istenilen yeni düzenlemelerin yalan haber, dezenformasyon, provokasyon ve linçle mücadele amacı taşıdığını; yapılması düşünülen değişikliklerin cezai yaptırımlara yoğunlaştığını; bu yaptırımların sahte hesaplara ve yanlış bilgi yayan kişilere yönelik uygulanmasını istediklerini; dezenformasyon içerikli paylaşımın organize, örgütlü, belli bir amaca yönelik olması halinde yaptırım uygulanmasının öngörüleceğini; dezenformasyon nitelikli paylaşımlarda bulunan sosyal medya kullanıcıları için hapis cezası öngörüleceğini; sosyal medyada dezenformasyon yapanlara karşı bir yıldan beş yıla kadar hapis ve sosyal medyayı bir süre kullanamama gibi cezalar getirilebileceğini; dezenformasyon içerikli paylaşımların denetimi için resmi ve kurumsal bir mekanizmanın kurulacağını; sansür uygulamak ve haberleşme özgürlüğünü engellemek gibi bir amaçlarının olmadığını; demokrasiyi, özgürlüğü ve hukuku gözeterek bir düzenleme yapmak istediklerini; yapılacak düzenlemelerin Almanya modeli esas alınarak yapılacağını; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*İfade özgürlüğü (m. 10)*"nü düzenleyen 10. maddesinin 2. fıkrasını esas aldıklarını ve Türkiye'nin bu kriterlere göre sosyal medyaya sınırlama getireceğini; geçen yıl 7253 sayılı Kanun'la 5651 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerin sosyal medya platformlarının hukuki ve mali muhataplık oluşturmasıyla ilgili olduğunu ve şu sıralar üzerinde çalışılan hukuksal düzenlemelerin ise bu platformlarda ortaya çıkan dezenformasyon ve yalan haberi engellemek için olduğunu belirtmektedir.^[25] Bununla birlikte, TBMM'de yer alan bazı siyasi partilerin yetkilileri ise, sosyal medya alanında getirilmesi düşünülen düzenlemelerle Türkiye'de internete, sosyal medyaya sansür geleceğini; kişilerin internete erişiminin engelleneceğini; neyin dezenformasyon oluşturduğuna karar verilmesinin ve neyin dezenformasyon olarak tanımlanacağını belirsizlik taşıdığını; örneğin yürütme yetkisini haiz birinin söylediklerinin dezenformasyon oluşturmasına rağmen denetlenmeyeceğini; internette bir cadı avı başlayacağını; yürütmenin sosyal medyanın kendi istediği bilgi ve belge

[24] <https://www.mynet.com/cumhurbaskani-erdogan-dan-afganistan-aciklamasi-istihbaratimiz-taliban-la-gorusuyor-110106847882> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

[25] <https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-58406316> (Erişim Tarihi: 25.10.2021); <https://www.dw.com/tr/akpden-sosyal-medyaya-yeni-ayar/a-59081707> (Erişim Tarihi: 25.10.2021); <https://www.dw.com/tr/sosyal-medyaya-yeni-d%C3%BCzenleme-ne-anlama-geliyor/a-58674536> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

paylaşımı için kullanılmasına müsaade edeceğini; yapılacak düzenlemelerin Rusya, Hindistan, Çin gibi ülkelerde uygulanan sosyal medya yasaklarına benzer olacağını; dezenformasyonla mücadele adı altında Türkiye’de yeni bir yasaklar döneminin başlayacağını; haberleşme özgürlüğünün büyük darbe alacağını dile getirmektedir.^[26]

Peki önümüzdeki günlerde kanun koyucu tarafından yasama faaliyeti sonucunda getirilmesi düşünülen hukuksal düzenlemeler nelerdir? Getirilmesi düşünülen bu düzenlemeleri kamuoyuna yansıdığı kadarıyla sıralamak mümkündür:

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na^[27] sosyal medya suçlarının eklenmesi, sosyal medya üzerinden yalan haber yayan ve yapanlara beş yıla kadar, hakaret eden kişilere ise iki yıla kadar hapis cezaları öngörülmektedir.^[28]

Medyaya yansıyan haberlerden, getirilmesi düşünülen hukuksal düzenlemelerin iki ayağının olduğu anlaşılmaktadır. Bunlardan biri sosyal ağ sağlayıcılar, diğeri ise bu suçları işleyen kişilerle ilgilidir. Sosyal ağ sağlayıcılara paylaşımları kaldırmaları için yirmi dört saat süre verilmesi, bu süre içinde ilgili paylaşımları kaldırmadıkları takdirde para cezası verilmesi öngörülmektedir. Bu para cezasının beş milyon Türk lirasına kadar çıkabileceği, sosyal ağ sağlayıcılar cezalara rağmen paylaşımları kaldırmazlarsa en son yaptırım olarak Türkiye’deki faaliyetlerinin durdurulması yoluna gidileceği dile getirilmektedir.^[29]

Yeni yasama yılında, sosyal medya platformları, sosyal içerik üreticileri ve mobil cihazlar için uygulama geliştiricilere ilişkin vergisel bazı değişiklikler / yenilikler / muafiyetler getirilmesi planlanmaktadır. Getirilmesi düşünülen bu düzenlemelerden biri, şu an okuduğunuz işbu çalışmanın satırları yazılırken yürürlüğe girmiştir. 26 Ekim 2021 tarihli Resmi Gazete’de

[26] <https://www.dw.com/tr/akpden-sosyal-medyaya-yeni-ayar/a-59081707> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

[27] R.G., T. 12.10.2004, S. 25611.

[28] <http://www.gazetevatan.com/sosyal-medya-duzenlemesi-nedir-ne-zaman-cikacak-yeni-sosyal-med-1410809-gundem/> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

[29] <http://www.gazetevatan.com/sosyal-medya-duzenlemesi-nedir-ne-zaman-cikacak-yeni-sosyal-med-1410809-gundem/> (Erişim Tarihi: 25.10.2021).

yayımlanan 7338 sayılı Kanun^[30] 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na^[31] eklenen hükümlerle, sosyal içerik üreticiliği ile mobil cihazlar için uygulama geliştiriciliğinde kazanç istisnası getirilmiştir. 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren elde edilen kazançlara uygulanacak olan söz konusu düzenlemeye göre, internet ortamındaki sosyal ağ sağlayıcılar üzerinden metin, görüntü, ses, video gibi içerikler paylaşan sosyal içerik üreticilerinin bu faaliyetlerinden elde ettikleri kazançlar ile akıllı telefon veya tablet gibi mobil cihazlar için uygulama geliştirenlerin elektronik uygulama paylaşım ve satış platformları üzerinden elde ettikleri kazançlar gelir vergisinden müstesnadır (193 sayılı Kanun mükerrer m. 20/B). Kamuoyuna yansıyan haberlerden tespit edilebildiği kadarıyla vergisel konulara ilişkin getirilmesi düşünülen diğer bazı düzenlemeler ise şöyledir: YouTuberlar^[32] başta olmak üzere sanal ortamda para kazanan herkesten %15 vergi kesilmesi, daha önce yapılan düzenlemeyle yayınlanan reklamlar nedeniyle vergi mükellefi haline gelen bu kişilerin ayrıca vergilendirilmesi, bu kişiler için defter tutma zorunluluğunun kaldırılması, sosyal medya platformlarında ders verenler ile yemek programı yapanlardan belli izleyici sayısına ulaşanların izlenmesi, Google veya YouTube tarafından ödeme yapılan kişilerden bu ödemenin vergisinin alınması, tüm mükellefleri kapsayacak şekilde 7/24 hizmet verebilen Türkiye Dijital Vergi Dairesinin oluşturulması, Dijital Vergi Asistanı Sistemi oluşturulması, Dijital Vergi Denetimi Sistemi geliştirilerek vergi iade incelemeleri dahil olmak üzere inceleme sürelerinin kısaltılması, elektronik defterler Dijital Vergi Dairesinde yer alacağı için denetim ve incelemelerin dijital ortamda yapılabilmesidir.^[33]

[30] R.G., T. 26.10.2021, S. 31640.

[31] R.G., T. 06.01.1961, S. 10700.

[32] YouTuber veya YouTube ünlüsü, video paylaşım sitesi YouTube'da videoları popüler olan ve belli bir YouTube kanalından video yayınlayan internet ünlüsü içerik üreticilerine verilen addır. "YouTuber" adı, ana veya tek platformları YouTube kanalı / kanalları olan, YouTube video paylaşım platformunun kişiselleştirilmiş alt sayfaları olan kişileri ifade etmektedir. Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/YouTuber> (Erişim Tarihi: 25.10.2021)

[33] <https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/son-dakika-akpnin-yeni-ekonomi-paketinin-ayrintilari-belli-oldu-1869427> (Erişim Tarihi: 25.10.2021); <https://www.indyurk.com/node/416121/haber/vergi-reformu-paketi-meclise-geliyor-sanal-ortamda-para-kazanan-herkese-y%C3%BCzde-15> (Erişim Tarihi: 25.10.2021)

Anlaşılmaktadır ki, devletler, dijitalleşen dünyaya yönelik olarak devletlerin egemenlik hakkı kapsamında görülen hukuksal ve vergisel yükümlülükler getirme, yaptırımlar uygulama gibi yetkilerine sıklıkla başvuracaktır. Ancak bu yetkiler kullanılırken, devletlerin kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruması da kırmızı çizgi olmalı, bunun ötesine geçilmemelidir.

Sonuç

Günümüzde teknolojinin yaygınlaştığı ve internet kullanımının arttığı, buna paralel olarak sosyal medya uygulamalarının ve kullanıcılarının sayısının hızla artmaya devam ettiği gözle görülür bir gerçektir. Teknolojinin yaygınlaşması, iletişimi ve bilgiye ulaşımı kolaylaştırdığı, bilgi alışverişine, eğlenceye imkan sağladığı gibi teknolojinin kendini gösterdiği sahalardan olan sosyal medyada kişilerin suç oluşturan–kişilik haklarına saldırı oluşturan fillerle karşılaşma olasılığı artmakta, kişilerin anayasal haklarının korunması devletin yükümlülüğü olarak belirlemekte ve temel hak ve özgürlüklerin korunması gerekliliği kendini günbegün hissettirmektedir. Bu bağlamda, özellikle özel hayatın gizliliği ve buna bağlı olarak kişisel verilerin korunması yönünde birçok gelişmiş ülkenin hukuksal düzenlemeleri yürürlüğe koyduğu görülmektedir. Benzer şekilde, ülkelerin yüksek mahkemelerinin verdiği kararlarda ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında teknolojinin ve internetin kullanım alanlarında özel hayatın gizliliğine vurgu yapıldığı görülmekte ve -unutulma hakkı gibi- yeni hakların gündeme gelmeye başladığı gözlemlenmektedir. Bu minvalde, son zamanlarda ülkemizde de çeşitli gelişmelere rastlamak mümkündür. 2010 yılında özel hayatın gizliliği kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının Anayasa m. 20/3'e eklenmesi, 2007 yılında 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un, 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun ve kanun altı birçok düzenlemenin yürürlüğe girmesi, Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere çeşitli (yüksek) mahkeme kararlarında unutulma hakkının belirlemeye başlaması bu duruma örnek gösterilebilir.

Çalışmamız bakımından ise, internet ortamında kullanım alanı bulan sosyal medyanın 7253 sayılı Kanun'la 5651 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler aracılığıyla düzenlenmesi konusu önem taşımaktadır. 31 Temmuz 2020 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 5651 sayılı Kanun'da değişiklikler getiren sosyal medya düzenlemeleri hakkında kamuoyunda halihazırda tartışmalar devam etmektedir. Tartışmalar ekseninde şekillenen görüşlerden kimisi sosyal medya düzenlemelerinin yararlı olduğunu dile getirirken, kimisi sakıncalı olduğunu dile getirmektedir. Aslında burada üzerinde düşünülmesi ve tartışılması gereken esas nokta, temel hak ve özgürlüklerdir. Yani 5651 sayılı Kanun'la getirilen sosyal

medya düzenlemelerinin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisidir. Bu bağlamda, sosyal ağ sağlayıcılara getirilen halihazırda yürürlükteki yükümlülükler ve bunlara uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlar ile ilerleyen zamanlarda getirilmesi düşünülen düzenlemeler dikkate değerdir. Bu bağlamda, 7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’da yapılan değişiklikler neticesinde Twitter, Facebook, Instagram gibi sosyal ağ sağlayıcılara getirilen yükümlülükler ve yükümlülükler uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırımlara temel hak ve özgürlükler penceresinden bakıldığında sonuç olarak şunlar söylenebilir:

- a. Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan sosyal ağ sağlayıcılara temsilci belirleme yükümlülüğü getirilmesi, sosyal ağ sağlayıcılara adli ve idari makamlarca yapılacak tebligatların alınmasını yahut kişilerce yapılacak başvuruların cevaplanması yoluyla muhataplık ilişkisinin kurulmasını amaçlıyorsa olumlu gözükmemektedir. Zira bu durum sosyal medya kullanıcılarının Anayasa’da düzenlenen “*Hak arama hürriyeti (m. 36)*” ile “*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (m. 74)*”na katkı sunacaktır. Ancak söz konusu düzenlemeyle, ilgili temsilci aracılığıyla sosyal medya ağının (uygulanmasının) kontrol edilmeye çalışılması, yayınlara müdahale edilmesi amaçlanıyorsa ve hatta temsilcinin kendisine yönelik talepleri yerine getirmemesi halinde özgürlüğü sağlayıcı cezalarla gözünün korkutulması söz konusu olacaksa, sosyal medya kullanıcılarının Anayasa’da düzenlenen “*Haberleşme hürriyeti (m. 22)*” ile “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26)*”nin; ilgili sosyal ağ sağlayıcının “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26)*”, “*Basın hürriyeti (m. 28)*” ile “*Çalışma ve sözleşme hürriyeti (m. 48)*”nin; ilgili temsilci için “*Suç ve cezalara ilişkin esaslar (m. 38)*”ın Anayasa m. 13’te düzenlenen “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” şartlarına aykırı şekilde sınırlanması sonucu ortaya çıkabilecektir.
- b. Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılara, Türkiye’deki kullanıcıların verilerini Türkiye’de barındırma yükümlülüğü getirilmesi, kişilerin kişisel verilerinin yurt dışına aktarılmamasını ve üçüncü kişilerle paylaşılmamasını amaçlıyorsa Anayasa’da düzenlenen “*Özel hayatın gizliliği (m. 20)*”nin sağlanmasına ve dolayısıyla kişisel verilerinin korunmasına katkı sunacaktır. Ancak söz konusu düzenleme, sosyal

medya kullanıcılarının kişisel verilerini Türkiye’de depolama ve gerektiğinde bu verilere -kullanıcıların rızası dışında- erişme amacıyla getirildiyse, bu durumda “*Özel hayatın gizliliği (AY m. 20)*” nin ihlali ve dolayısıyla kişisel verilere müdahale oluşturacaktır.

- c. Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılara, “*içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi*” ve “*özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi*” kapsamındaki içerikler hakkında sosyal medya kullanıcılarının kendilerine yaptıkları başvuruları cevaplama yükümlülüğü getirilmesi, Anayasa’da düzenlenen “*Özel hayatın gizliliği (m. 20)*” ile “*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (m. 74)*” nın tesisine yönelik olarak görülebilir.
- d. Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılara, kendilerine bildirilen içeriğin çıkarılması ve / veya erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına ve başvurulara ilişkin BTK’ye rapor verme, başvurulara ilişkin raporları kişisel verilerden arındırarak kendi internet sitesinde yayımlama yükümlülüğü getirilmesi, kamuoyunun aydınlatılması, şeffaflığın sağlanması ve sosyal medyayı kullanan diğer kullanıcıların da raporlar hakkında bilgi edinmesinin sağlanması bakımından Anayasa’da düzenlenen “*Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı (m. 74)*” bağlamında olumlu gözükmektedir. Ancak sosyal ağ sağlayıcılara getirilen içeriğin çıkarılması ve / veya erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasına ve başvurulara ilişkin rapor verme yükümlülüğü, idarenin (BTK’nin) sosyal medya kullanıcıları hakkında kişisel verileri elde etmesine yönelikse, bu durum Anayasa’da düzenlenen “*Özel hayatın gizliliği (m. 20)*” nin sağlanmasına ve dolayısıyla kişisel verilerin korunmasına aykırılık oluşturacaktır.
- e. Sosyal ağ sağlayıcılara içeriğin çıkarılması ve / veya erişimin engellenmesi yükümlülüğü getirilmesi, belirli suçları ve kişilik haklarına saldırıları engellemeyi amaçlıyorsa, düzenlemenin, sosyal medya kullanıcılarının Anayasa’da düzenlenen “*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı (m. 17)*” na katkı sunmaya ve “*Özel hayatın gizliliği (m. 20)*” ni sağlamaya yönelik olduğu söylenebilir. Ancak bu düzenleme, ilgili sosyal ağ sağlayıcının yayınlarına devlet makamlarınca keyfi şekilde müdahale edilmesine yönelikse, “*Düşünceyi açıklama*

ve yayma hürriyeti (m. 26)”, “*Basın hürriyeti (m. 28)*”, “*Çalışma ve sözleşme hürriyeti (m. 48)*”nin ihlali ve Anayasa m. 13’te düzenlenen “*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*” hükmüne aykırılık gündeme gelebilecektir.

Yükümlülüklerle uymayan sosyal ağ sağlayıcılara yönelik geniş bir alt–üst sınır aralığında BTK Başkanı tarafından uygulanacak idari para cezaları üzerinde durmak, cevabı aslında içinde saklı olan bazı soruları sıralamak ve zihinlerde soru işaretlerine yer vererek hukuksal dönüşümlere katkı sunmak gerekliliktir.

Uygulanacak idari para cezalarının BTK Başkanı, yani düzenleyici ve denetleyici bir kurumun başında bulunan kamu personeli tarafından verilmesi durumunda cezanın belirlenmesi sürecinde hakkaniyet nasıl sağlanacaktır?

Bir devlet memuru, takdir hakkını kullanarak geniş bir yelpazede idari para cezasını tesis ederken tek başına fiilin ağırlığını ve oluşturduğu haksızlığın yoğunluğunu gözetebilecek midir?

5651 sayılı Kanun, idari para cezası verme yetkisini yalnızca bir kişinin (BTK Başkanının) takdirine bırakarak BTK bünyesindeki Kurulun istişare mekanizmasını saf dışı bırakmamış mıdır?

İdari para cezası verme yetkisi, BTK’nin hukuksal niteliğine benzer şekilde bir başka düzenleyici ve denetleyici kurum olan Kişisel Verileri Koruma Kurumunda olduğu gibi niçin Kurumun bir organı olarak faaliyet gösteren Kurula bırakılmamıştır?

5651 sayılı Kanun’un bir kişinin basit işlemi, kurul halinde görev yaparak iradelerin birleşimi sonucunda kolektif işlem tesis eden Kurula üstün tutması hukuka uygun mudur?

Birden fazla iradenin istişaresi sonucunda verilen bir karar olmaksızın, yalnızca bir iradenin işlemiyle sosyal ağ sağlayıcılara yönelik ölçüsüz şekilde tesis edilmesi muhtemel olan ve malvarlığında azalmaya sebebiyet verebilecek idari para cezaları bu şirketlerin “*Mülkiyet hakkı (AY m. 35)*”nı ihlal etmeyecek midir?

Yine yalnızca BTK Başkanının iradesiyle sosyal ağ sağlayıcılara reklam yasağı getirilmesi, bu kapsamda yeni sözleşme kuramayacaklarına ve buna ilişkin para transferi yapamayacaklarına karar verilmesi ne denli adil olacaktır?

Kurul görmezden gelinerek tek kişinin iradesine terk edilen bu yaptırımlar kamu yararı dışında bir amaçla uygulanırsa, sosyal medya kullanıcılarının temel hak ve özgürlüklerini koruma düşüncesi bir yana, sosyal ağ sağlayıcılar açısından "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (AY m. 26)*", "*Bastın hürriyeti (AY m. 28)*", "*Çalışma ve sözleşme hürriyeti (AY m. 48)*", "*Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi (AY m. 167)*" hükümlerine aykırılık oluşmayacak mıdır?

BTK bünyesindeki Kurula tanınması gereken idari yaptırım yetkilerinin "*Müsademe-i efkardan bârika-i hakikat doğar*" gerçeği görmezden gelinerek kanun koyucu tarafından BTK Başkanına tanınması hakikat parıltısının fikirlerin çarpışması sonucunda doğduğu gerçeğini örselemez mi?

5651 sayılı Kanun'da yer alan hukuksal yaptırımlara karşı sosyal ağ sağlayıcıların hukuksal yollara başvurabiliyor olması tek başına yeterli bir çözüm olarak görülebilir mi, bu çözüm yaptırımları düzenleyen kanun hükümlerinin anayasaya aykırılığı ihtimalini ortadan kaldırabilir mi?

Öte yandan, unutulma hakkı bağlamında ise şunlar söylenebilir: İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilenlerin talep etmesi durumunda hakim tarafından, başvuranın adının ilgili internet adresleriyle ilişkilendirilmemesine karar verilebilmesi ve bu hususta ilgili arama motoruna bildirim yapılması, arama motorları tarafından başvuru- cunun adı ile ihlal oluşturan içeriğin ilişkilendirilmemesi sağlanarak kişilik haklarının korunmasına yönelikse, bu düzenlemenin Anayasa'da güvence altına alınan "*Özel hayatın gizliliği (m. 20)*"nin sağlanmasına ve dolayısıyla kişisel verilerin korunmasına hizmet ettiği dile getirilebilir. Ancak söz konusu düzenlemeyle, idarenin kamu yararı amacı dışında bir başka amaçla (örneğin siyasi amaç yahut kişisel amaç) hareket ederek keyfi olarak beğenmediği paylaşımlara yahut haberlere erişim engeli getirilmesi ve böylelikle internetin kontrol altına alınması amaçlanıyorsa bu tutum Anayasa'da yer alan "*Haberleşme hürriyeti (m. 22)*" ile "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m. 26)*"ne aykırılık oluşturacaktır.

Konumuzla bağlantılı bir diğer husus da, idare (BTK) tarafından tesis edilecek idari işlemlerin, idari işlemin unsurlarına aykırılık teşkil etmemesi gereğidir. Zira idari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarından birine veya birkaçına aykırı olan idari işlemler 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre menfaati ihlal edilenlerce iptal davasına

konu edilebilecektir. Örneğin, BTK Başkanının, bir sosyal medya platformu üzerinde idari işlemlerin nihai amacı ve unsuru olan kamu yararı saiki dışında hareket ederek içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı vermesi durumunda bu karar idari yargıda iptal davasına ve/veya şartlar oluşmuşsa tam yargı davasına konu olabilecektir.

Gerek 7253 sayılı Kanun’la 5651 sayılı Kanun’da yapılarak yürürlükte olan bugünkü düzenlemeler gerekse yarınlarımızda sosyal medya alanında yapılması düşünülen düzenlemeler için geçerli olmak üzere çalışmamızı yine cevabı içinde gizli birkaç soruyla sonlandıralım:

İyi uygulayıcıların elinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması; kötü uygulayıcıların elinde ise kişilerin temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gerçeği karşısında, devletin erklerinin ve hukuk uygulayıcılarının madalyonun hangi tarafına yüzünü döndüğü esas önemli olandır. Bu bakımdan, temel hak ve özgürlüklerin genişlemesinden yana mıyız yoksa sınırlandırmasından yana mıyız?

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ve Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlükleri uygulamaktan yana mıyız yoksa meydanı idarenin keyfi uygulamalarına bırakmaktan yana mıyız?

Kamu güvenliği, suçların önlenmesi, kişilik haklarının korunması gibi beklentileri haklı olarak dile getirerek sosyal medya düzenlemeleri birer birer yapılırken ve Almanya, Fransa, İngiltere gibi ülkelerde yapılan düzenlemelere öykünürken, aynı öykünmeyi demokratik kurumların işlerliği, yargı bağımsızlığı, -sosyal- medya kuruluşlarının basın özgürlüğü gibi konularda da yapıyor muyuz?

KAYNAKÇA

Akdeniz Yaman/Güven Ozan, 2020 Engelli Web Raporu (Fahrenheit 5651–Sansürün Yakıcı Etkisi), İfade Özgürlüğü Derneği Yayını, İstanbul, 2021.

<http://www.gazetevatan.com/sosyal-medya-duzenlemesi-nedir-ne-zaman-cikacak-yeni-sosyal-med-1410809-gundem/>

<http://www.kazanci.com.tr/>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://tr.wikipedia.org/wiki/YouTuber>

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-53494816>

<https://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-58406316>

<https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/diyaret-isleri-baskani-erbastan-sosyal-medya-duzenlemesi-cagrisi-1866321>

<https://www.cumhuriyet.com.tr/turkiye/son-dakika-akpnin-yeni-ekonomi-paketinin-ayrintilari-belli-oldu-1869427>

<https://www.dw.com/tr/akpden-sosyal-medyaya-yeni-ayar/a-59081707>

<https://www.dw.com/tr/sosyal-medyaya-yeni-d%C3%BCzenleme-ne-anlama-geliyor/a-58674536>

<https://www.dw.com/tr/5-soruda-sosyal-medya-d%C3%BCzenlemesi/a-54361748>

<https://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargitay-baskani-mehmet-akarca-sosyal-medya-duzenlemesi-sart-41881772>

<https://www.indyturk.com/node/416121/haber/vergi-reformu-paketi-meclise-geliyor-sanal-ortamda-para-kazanan-herkese-y%C3%BCzde-15>

<https://www.mynet.com/cumhurbaskani-erdogan-dan-afganistan-aciklamasi-istihbaratimiz-taliban-la-gorusuyor-110106847882>

<https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-3050.pdf>

Uzaktan Çalışan İşçi Avukatlar

Tarık Buğra KAYA*

I. GENEL OLARAK

Avukatlık hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde, doğacak uyuşmazlıkların yetkili merciler huzurunda çözülmesinde, hukuki konularda görüş ve mütalaa bildirilmesinde, adli sürecin takip edilmesinde etkin rolü bulunan bir meslektir. Özetle, avukatlığın hak arama özgürlüğünün ve adaletin sağlanmasında büyük önem taşıdığını söylememiz mümkündür.

Avukatlık mesleği serbest olarak yerine getirilebileceği gibi bir avukata bağımlı (işçi avukat) olarak da yerine getirilebilmektedir. Tarihsel süreç içerisinde avukatlığın işçileşmesini ele aldığımızda karşımıza ilk olarak dünyadaki kapitalist yapılaşma hareketi çıkacaktır. İşçi avukatlığın ortaya çıkmasında ve gelişmesinde en temel şey kuşkusuz ekonomidir. Ülkemizde ve dünyada hukuk fakültelerinin sayısı her geçen gün artmaktadır. Doğal olarak avukat sayısında da yüksek artışlar görülmektedir. Bu artışların ilk yansıması ise kuşkusuz mesleğin metalaşmasıdır. Kamu hizmeti sunan bir meslek grubundan piyasa ekonomisinin bir sınıfı haline gelen bir

* Avukat / Ankara Barosu.

<https://orcid.org/0000-0001-7608-806X>

meslek grubu oluşmuştur. Hukuk artık bir sektör haline gelmiş ve avukatlık da yukarıda belirtilen muazzam artışlar sebebiyle rekabetin en üst seviyede olduğu bir meslek grubu olmuştur. Dolayısıyla avukatlar arasındaki bu ekonomik rekabet, mesleği bir pazara çevirmiş ve klasik dönemdeki bireyselliğin tam aksine meslekte bir tekelleşme ve işçileşme süreci başlatmıştır. Bu durum avukatların sorumluluklarının ve yükümlülüklerinin özel olarak ele alınması ihtiyacını doğurmuştur.

Serbest olarak çalışan avukatlar, yapmış oldukları her türlü faaliyetlerinden kişisel olarak sorumludurlar ve almış oldukları işleri dikkat ve özen ilkesi uyarınca gereği gibi ifa etmekle yükümlüdürler.

İşçi avukatların sorumlulukları ve yükümlülükleri serbest çalışan avukata nazaran bir takım farklılıklar göstermektedir. “İşçi avukat hak ve adalet tecellisinden ziyade işveren avukatın ya da ortaklığın müvekkilinin çıkarına hizmet eden kişidir. Bir avukatlık bürosunda bir ya da daha çok işçi avukatın çalışması şeklinde başlayan işçileşme süreci, giderek çok sayıda avukat çalıştıran daha büyük bürolar yahut avukatlık ortaklıklarına doğru evrilmektedir.”^[1]

Teknolojide yaşanan büyük gelişim, sosyal ve ekonomik hayatı değiştirmiş ve çalışma hayatında büyük etki yaratmıştır. Bu kapsamda avukatlık mesleği de en çok etkilenen sektörlerden biri olmuştur. Teknoloji sayesinde artık elektronik ortamda dosyalama uygulamasına geçilmiş ve yer-zaman-mekân sınırı olmaksızın dosyanın takip edilmesi imkânı sağlanmıştır. Yine tebligatların elektronik ortamda yapılması, uzaktan duruşma ve ifade alma imkânları da bu gelişmelerin bir sonucu olarak doğmuştur.

Çalışma ilişkisinin uzaktan yerine getirilmesi, iş ilişkisinin zorunlu unsurlarından olan bağımlılık unsurunun ortadan kalktığı anlamına gelmemektedir. Klasik çalışma ilişkisine nazaran bağımlılık unsurunun daha zayıf bir şekilde varlığını koruduğunu söylememiz mümkündür. Uzaktan çalışan işçi avukat yine çalışmalarını işveren avukatın emir ve talimatlarına göre ifa edecektir. Ancak işverenin her an denetim ve gözetiminin sağlanamaması nedeniyle her an denetleme ve gözetim durumu söz konusu olmayacaktır.

[1] ŞAHİNKAYA, Nilgün; İşçi Avukatlık, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, 2019 (yüksek lisans tezi), s. 1.

Teknolojik gelişmeler avukatlık mesleğinin yürütülmesinde olduğu gibi çalışma ilişkilerinde de büyük fark yaratmıştır. Yer-zaman-mekân sınırı olmaksızın birçok işin takip edilmesi imkânı ve işveren-işçi avukatın adeta yan yanaymışçasına iletişim kurabilmesi imkânının doğması bu meslekte uzaktan çalışmanın etkin bir şekilde uygulanabilmesini mümkün kılmıştır. Bu durum uzaktan çalışma ilişkisinde zayıflayan bağımlılık unsurunun daha etkin bir şekilde sürdürülmesine olanak sağlamaktadır.

Çalışmamızda öncelikle avukatlık mesleğinde dijitalleşme kavramı açıklanacak ve 4857 sayılı İş Kanunu ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu çerçevesinde avukatlık mesleğinde uzaktan çalışmaya ilişkin önem arz eden hususlar izah edilecektir. Ardından avukatlık mesleğinde uzaktan çalışmanın geleceği tartışılacak, stajyer avukatların durumuna ilişkin bir takım görüş ve önerilere yer verilecektir. Çalışmamızda son olarak bu çalışma modelinin işçi avukat, işveren avukat ve kamu menfaati açısından avantaj ve dezavantajları ele alınacaktır.

II. AVUKATLIK MESLEĞİNDE DİJİTALLEŞME

A. UYAP SİSTEMİ

Teknolojide yaşanan büyük gelişmeler günlük hayatı olduğu gibi çalışma hayatını da temelden etkilemiştir. Hatta yaşanan büyük değişim kendini devlet yönetiminde de hissettirmiş ve artık günümüzde teknoloji bir tercih olmaktan çıkmış, zorunluluk haline dönüşmüştür. Bu kapsamda yargı alanında çalışmalar yapılmış ve hatta Bakanlık düzeyinde projeler yürütülmüştür.

Adalet Bakanlığı bünyesinde 1999'da oluşturulan Bilgi İşlem Daire Başkanlığının, 2992 sayılı Kanun md. 22/A maddesine 15.05.2001 tarihinde eklenen madde ile görev ve yetkileri ortaya konulmuştur. Bu maddeye göre Başkanlığın temel görev ve faaliyet alanlarını; bilgi işlem sisteminin kurulması, onarımı, kontrolü, onarım / tamir / güncelleme işleri, ar-ge çalışmaları, sistemsel koordinasyonun sağlanması, personele eğitim verilerek bu alanda yetkin hale gelmelerinin sağlanması ve mevzuat çalışması yapılması olarak özetlememiz mümkündür.

“Ülkemizde e-devlet projesi, elli sekizinci hükümet döneminde hazırlanan “Acil Eylem Planı” kapsamındaki “e-dönüşüm Türkiye” projesinde yer almıştır. 27.02.2003 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 2003/12 sayılı Başbakanlık Genelgesi ile e-dönüşüm Türkiye projesinin amaçları, uygulama

esasları ve kurumsal yapısı ortaya konulmuştur.”^[2] E-devlet sistemi sayesinde vergi, sigorta, eğitim, nüfus işleri başta olmak üzere birçok alan tek bir çatı altında toplanmıştır.

Adalet Bakanlığının, dijitalleşme çalışmaları kapsamında ele aldığı hizmetlerin başında e-adalet sistemi gelmekteydi. Bu kapsamda Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) sistemi büyük önem arz etmektedir. 1998 yılında ilk kez ortaya atılan ve gerekli altyapı ve yazılım işlemlerinin tamamlanmasının ardından 2004 yılından itibaren uygulanmaya başlayan UYAP sistemi, yargı alanında dijitalleşmenin en büyük adımı olarak karşımıza çıkmaktadır.

UYAP sistemine geçiş ile artık dava açma, dosya takibi (Yargıtay, Danıştay, alt mahkemeler, savcılık vs.), icra işlemleri (satış, haciz, sorgu vs), evrak gönderme gibi pek çok faaliyet dijital ortama aktarılmış ve gerek yargılama süreci gerekse iş yükü büyük ölçüde azaltılmıştır. UYAP sisteminin bu etkisini göz önünde bulundurduğumuzda Anayasa 141/4 maddesi hükmü uyarınca bu sistemin anayasal zorunluluk olduğu görülecektir.

UYAP sistemi sayesinde “avukatlar kendilerine verilen özel şifreler sayesinde^[3] sisteme ofislerindeki bilgisayarlardan bağlanabilecek, dava dilekçelerini doğrudan doğruya bu bilgisayar sisteminden gönderebileceklerdir.”^[4] UYAP sisteminin bu fonksiyonu, avukatların artık adliyeye gitmeleri zorunluluğunu ortadan kaldırmış ve artık ofiste, evde, yolda ve hatta tatilde dahi faaliyetlerini yürütme olanağı tanımıştır.

B. SEGBİS SİSTEMİ

Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS), 03.04.2012 tarih ve 28253 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yönetmeliği'nin 4/1-1 maddesinde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı ses ve görüntü bilişim sistemi olarak tanımlanmıştır. Gerek AİHS md. 5/3 ve 6. maddeler gerekse

[2] KARAKİMSELİ, Ayşe; “İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (Uyap) Kullanımı”, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, (2018), s. 320.

[3] Bu kapsamda e-imza ve mobil imza altyapısı kullanılmakta ve ilgilerce belirlenen şifre sayesinde üçüncü kişilerin kullanımının önüne geçilmesi sağlanmaktadır.

[4] AYCI, Emrullah; “Yargı Etiği Açısından Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)”, Adalet Dergisi, 2005, S. 22.

AY 141/4. madde uyarınca yargılama maliyetlerinin azaltılması ve süratle sonuçlandırılması gerekliliği kapsamında SEGBİS sistemi 2005 yılından itibaren ülkemizde kullanılmaya başlanmıştır.

Adalet Bakanlığınca adliyelerde ve ceza infaz kurumlarında teknik altyapı kurularak ülke genelinde uygulanmaya başlanan SEGBİS sistemi ile ilgililerin ifade ve sorgu gibi işlemler için mahkemeye gitmeleri zorunluluğu ortadan kalmıştır. Artık hem ilgililer hem de devlet açısından mali giderlerde tasarruf sağlandığı gibi yolda geçecek zaman kaybı da bertaraf edilmektedir.

SEGBİS sistemi, ilgililerin il dışında olduklarında dahi adeta çağrıldığı ortamda bulunuyormuşçasına kendini ifade etme, kendisine yöneltilen sorulara cevap verme gibi imkânlar sunmaktadır. Konuyu avukatlar açısından ele aldığımızda ofis merkezli ve faaliyetlerini yürüten avukatlar; tatil, gezi yahut iş gereği farklı bir ilde yahut yargı çevresinde buldukları esnada bu sistem ile duruşma, ifade alma gibi faaliyetlere katılabilmektedirler.

C. E-TEBLİGAT SİSTEMİ

“Tebliğ, Arapça kökenli bir kelimedir ve “*bildirme, haber verme, bildiri*” anlamlarına gelir. Tebligat ise tebliğ kelimesinin çoğuludur. Hukuki anlamda tebligat, *hukuki işlemlerin, kanunun öngördüğü esas ve usullere uygun olarak yetkili makam tarafından muhataba bildirilmesi ve bu bildirim belgelendirilmesi* işlemidir.”^[5]

“Hukuki anlamda tebligat, iddia ve savunma hakkının önemli bir unsuru ve adil yargılanma hakkının da bir gereği olarak karışımıza çıkmaktadır.”^[6] Teknolojide yaşanan büyük gelişmeler ve küresel çaptaki kaynak sorunu, posta yoluyla gerçekleştirilen tebligatın devamlılığını imkânsız kılmıştır. 7201 sayılı Kanunun 7/a maddesinde 2018 yılında yapılan değişiklikle artık Türk yargı sisteminde e-tebligat sistemine geçilmiştir.

E-tebligat sistemi, yargıda dijitalleşme ve e-yargı projeleri kapsamında daha önce posta yoluyla gerçekleştirilen tebligat işlemlerinin artık dijital

[5] <https://www.muaccel.com/blog/post/tebligat-hukuku-ders-notlari---birinci-bolum-genel-bilgiler/5f68e785b5eac3001736c6af>

[6] ÖZBAY, İbrahim; 6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler, EÜHFD, C. XVI, S. 1–2 (2012), s. 115.

ortamda gerçekleşmesini mümkün kılan sistemdir. Bu sayede artık tebligatı çıkaracak makam, elektronik ortamda bahse konu belgeyi hazırlamakta ve muhatabın elektronik posta adresine göndermektedir. Muhataba ulaşan tebligata dair sistem üzerinde belge oluşturulmaktadır. Bu sayede artık hem ciddi bir tasarruf sağlanmakta hem de avukatlar açısından çağın gereklerine cevap veren bir sistem yaratılmış olmaktadır.

Avukatların ofise bağımlı olarak çalışmalarına sebebiyet veren en büyük etmenlerden biri, resmi kurum ve kuruluşlardan gelecek tebligatların ofise yapılması ve yapılan tebligatlar için zamanaşımı yahut hak düşürücü süreler öngörülmüş olmasıdır. Avukatlığın kamu hizmeti olması fonksiyonu, gelen tebligatların süresinden sonra fark edilmesi gibi olası hak kayıplarına karşı ofislerin etkin bir şekilde kullanımını zorunlu kılmaktaydı. Buna karşın e-tebligat sistemine geçilmesi ile en azından artık mahkemeler aracılığıyla çıkarılan tebligatların elektronik ortamda iletilmesi mümkün hale geldi. Böylece avukatlar yer-zaman ve mekân unsurlarından bağımsız bir şekilde bu tebligatları okuma ve öğrenme imkânına kavuşmuşlardır.

E-tebligat sistemi ile artık avukatlık mesleğinin ofis dışı yerlerde çok daha kolay ve etkin bir şekilde yerine getirilmesi imkânı tesis edilmiştir.

D. E-DURUŞMA SİSTEMİ

E-duruşma, avukatların istedikleri herhangi bir yerden duruşmaya katılmalarına olanak tanıyan sistemdir.^[7] İlk kez 2020 yılında uygulanmaya başlayan ve pilot olarak sınırlı sayıda il ve mahkemede kullanılan bu sistem sayesinde avukatlar, mahkemeye gitmelerine gerek kalmaksızın buldukları ortamdaki video konferans yöntemi ile adeta duruşmaya fiziksel katılmışçasına yargılamayı takip edebilme imkânını elde etmişlerdir.

“Telekonferans yöntemi ile duruşmalara katılma, birçok ülkede ve özellikle tahkim alanında uygulama bulmaktadır. Örneğin CAS (Court of Arbitration of Sport) tarafların çoğu zaman farklı ülkelerde olması sebebiyle duruşmalarını telekonferans yöntemi ile yapmaktadır. Bunun yanında 2005 yılında İtalya Adalet Bakanlığı'nın girişimleriyle uygulanmaya başlayan TOL (Italian Trial Online) ve 2012 yılından itibaren Kanada'da uygulanmaya başlayan

[7] Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/e-durusma-nedir>

CIMS (Court Information Management System) de uzaktan erişim ile duruşma yapılan diğer örnekleri oluşturmaktadır.”^[8]

E-duruşma sistemi için duruşma saatinden en az 24 saat önce ilgili mahkemeye talepte bulunulması gerekmektedir. Talepler, duruşma hâkimince değerlendirilecek ve karar avukata bildirilecektir.^[9] Duruşma düzenine ilişkin öngörülen kurallar e-duruşma sisteminde de geçerli olacaktır. Bu kapsamda duruşma esnasında avukatların görüntü ve video kaydı almalarına ilişkin kuralları, duruşmaya cübbeyle katılma yükümlülüğünü, duruşma düzenine ilişkin kuralları örnek olarak sayabiliriz. Bununla birlikte hukuk sistemimizde henüz yeni bir uygulama olması sebebiyle izahı gerektirir durumlar olduğu da açıktır. Örneğin avukatın duruşmaya katıldığı esnada yargılamanın aleniliği ilkesi uyarınca duruşmayı izlemek isteyen üçüncü kişilerin durumunun ve kararın açıklanması esnasında avukatın ayağa kalkması yükümlülüğü karşısında ne yapması gerektiğinin (kameranın açısına göre avukatın ayağa kalkması halinde yüz bölgesinin görünmemesi riski) ve buna benzer hallerin izahı gerekmektedir. Bununla birlikte avukatların duruşmalara fiziken katılmaları halinde ulaşmak istedikleri menfaate e-duruşma sayesinde katılımları ile ulaşabilmeleri imkânı, zamandan ve muhtemel giderlerden yapılan tasarruf, yargılamanın gereksiz uzamasının önüne geçilmesi gibi faydaları da belirtmemiz gerekir.

III. UZAKTAN ÇALIŞMANIN AVUKALIK MESLEĞİNDE UYGULANABİLİRLİĞİ

A. İŞÇİ AVUKATLAR AÇISINDAN

a. Genel Olarak

Yukarıda yargıda dijitalleşme yönünde atılan adımlardan görüleceği üzere avukatların artık bir takım faaliyetlerini evde, tatilde yahut seyahat halindeyken yerine getirebilmeleri mümkün hale gelmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle uzaktan çalışma modeline ilişkin genel bilgiler verilecek, iş hukukunun konusunu oluşturan işçi avukatlar açısından uzaktan

[8] PARMAKSIZ/BAYRAK/İŞİK, Yargıda e-Duruşma dönemi <https://www.moral.av.tr/tr/bizden-haberler/yargıda-edurusma-donemi-195>

[9] Adalet Bakanlığınca hazırlanan kullanım klavuzu için bkz. <https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/468/dosya/e-durusma-avukat-kullanim-klavuzu05-11-202014-11.pdf>

çalışma ilişkisi ele alınacak ve ardından konuya ilişkin bir takım görüş ve önerilere yer verilecektir.

Uzaktan çalışma, İş Kanununun 14. maddesi ile; “Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisi” olarak tanımlanmıştır. “Görüldüğü gibi, İK 14/4’e göre uzaktan çalışma hem evden çalışmaya hem de teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yapılan çalışmalara diğer deyişle tele çalışmalara dayanan iş ilişkilerini kapsayan geniş bir kavramdır.”^[10] “Uzaktan çalışmada işçinin iş sözleşmesinden doğan borçları farklılık göstermez.”^[11] “İşçinin iş görme borcu, işin bizzat ve özenle görülmesi borcu, işçinin sadakat borcu, bu kapsamda rekabet etmeme ve sır saklama borcu ile işverenin ücret ödeme ve işçiyi gözetme borcu konularında uzaktan çalışan işçi ile işyerindeki emsal işçi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.”^[12]

Avukatlık Kanununun 12/1-c maddesi uyarınca avukatların bağımsız olarak faaliyetlerini yürütebilecekleri gibi bir avukat yanında ücret karşılığı çalışmaları da mümkündür. Kanunun 85/4 maddesine göre bu kapsamda yapılan çalışmalarda İş Kanununu hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca işçi olarak istihdam edilen avukatların hangi hükümlere tabi olacaklarını açık bir şekilde ortaya koymak adına çıkarılan 03.11.2013 tarihli Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatlar Yönergesi konumuz açısından önem arz etmektedir. 10.03.2021 tarih ve 31419 sayılı Resmi Gazetete yayımlanan Uzaktan Çalışma Yönetmeliği uzaktan çalışma modelinde malzeme ve iş araçlarının temini ve kullanımı, üretim maliyetlerinin karşılanması, iletişim, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, verilerin korunması gibi çalışma ilişkisinde önem arz eden hususlar ayrıntılı olarak ele alınmıştır.

İşçi avukatlar, iş sözleşmesi ile işveren avukata bağımlı olarak faaliyetlerini yürütmektedirler. Bu iş ilişkisinin türü ve muhtevası, İş Kanunu ve Avukatlık

[10] SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, 2018, s. 275.

[11] ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU Nurşen/CANPOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, 2019, s. 221.

[12] MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Lykeion Ankara, 3. baskı, 2019, s. 135.

Kanunundaki emredici hükümlere aykırı olmamak koşuluyla, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca belirlenebilmektedir. Dolayısıyla işçi avukatın uzaktan çalışma sözleşmesi ile işveren avukata bağlı olarak çalışabilmeleri mümkündür.^[13]

E-yargı projesi kapsamında günümüz teknolojisinin etkin bir şekilde kullanıldığı bir yargı reformu hareketi içerisine giren ülkemiz, bilişim sistemlerinde yaşanan gelişmeler sayesinde avukatlık mesleğinin büyük ölçüde dijital platformda ifa edilebilmesini mümkün kılmıştır. Bu kapsamda UYAP sistemi, e-yargı projesinin en önemli argümanlarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. UYAP sistemi sayesinde mekâna bağımlılık unsuru büyük ölçüde ortadan kalkmış ve esnek çalışma modellerinin avukatlarca daha etkin ve yoğun bir şekilde kullanabilmelerinin önü açılmıştır. Zira UYAP sisteminin kullanılabilmesi için yalnızca e-imza ve internet bağlantısı gerekmekte; bu imkânlar ise günümüz Türkiye'sinde hemen her yerden temin edilebilir haldedir.

E-yargı projesi kapsamında hayata geçirilen ve avukatların ofislere bağımlılıklarını azaltan bir diğer uygulama e-tebligat sistemidir. Bugüne değin avukatların ofise bağımlı olarak çalışmalarını zorunlu kılan en büyük etken, ne zaman geleceği belli olmayan ve hukuk sistemimizde büyük önem taşıyan sürelerin başlamasına sebebiyet veren tebligatlardır. E-tebligat sistemine geçilmesi ile birlikte e-imza sayesinde sisteme giriş yapılmakta ve gelen tebligatlar kontrol edilebilmekte ve hatta arşivlenebilmektedir. İşçi avukatlar açısından uzaktan çalışma sözleşmesinin etkin bir şekilde uygulanabilir olmasını sağlayan en büyük faktörlerden birinin e-tebligat sistemi olduğunu söylememiz mümkündür.

E-yargı projesi kapsamında yakın zamanda hayata geçirilen ve uzun vadede avukatların adliyeye gitmelerini tamamen gereksiz kılacak son proje ise e-duruşma sistemidir. E-duruşma sayesinde işçi avukatlar artık sükûneti sağlayabildikleri herhangi bir yerden kilometrelerce ötedeki duruşmalara katılma imkânına kavuşmuşlardır. Projenin kısmen hayata geçmesi nedeniyle tüm mahkemelerde uygulanmamasına karşın bugüne değin yapılan testler

[13] Ücret Karşılığı Birlikte Çalışan Avukatlar Yönergesinin 4. maddesi ile işçi avukatların belirli yahut belirsiz süreli ve tam yahut kısmi zamanlı olarak çalışabileceklerine yer verilmiştir. Bu düzenlemede yer verilen sözleşme türleri tahdidi değil tadadi olarak zikredilmiştir. Bu halde diğer çalışma modellerinin uygulanmasında herhangi bir kısıtlamanın olmadığını söylememiz mümkündür.

oldukça başarılı geçmiştir. Sistemi ilk kullanan avukat Onur Cıvgın, sistemin hukuk ekonomisi açısından çok başarılı bulunduğunu ve sistemi devrim niteliğinde bir uygulama olduğunu dile getirmiştir.^[14]

İş Kanununda iş sözleşmesine ve esnek çalışma modellerine ilişkin yer verilen hususlar işçi avukatlar açısından da geçerlidir. Konumuz açısından Avukatlık Kanununda ve İş Kanununda yer verilen ve özellik arz eden bir takım düzenlemeleri, işçi avukatların uzaktan çalışma modeli ile çalışmalarını çerçevesinde ele alacağız.

b. Uzaktan çalışan işçi avukat açısından özellik arz eden bir takım hükümler

Uzaktan çalışma ilişkisinde çalışma süresinin tespiti, yerine getirilen çalışmanın işverene yahut belirlenen yer yahut kişiye bırakılması, işçinin çalışma ortamında işin gereği için alınacak tedbirler kapsamında temel hak ve hürriyetlerin korunması sorunu, işin görülmesi için işçiye tevdi edilen araç ve gereçlere ilişkin bilgilendirme ve muhafazası için gerekli tedbirleri alma, işçi-işveren irtibatının sağlanması, ulaşılır olmama hakkı ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü gibi hususlarda uygulanacak genel hükümler, uzaktan çalışan işçi avukatlar açısından da uygulanabilecektir. Bununla birlikte aşağıda yer verdiğimiz bir takım hükümler açısından uzaktan çalışan işçi avukatın hukuki durumunun özel olarak ele alınması gerekmektedir.

1. Şube Açma Yasağı ve İkamet Sorunu

Avukatlık Kanunu m. 6 ile avukatların ikametgâhlarının bulunduğu yerdeki baro levhasına yazılmaları gerektiği kuralı getirilmiş ve işçi avukatlar yönüyle herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. Bu halde tüm avukatların bu kural kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve uzaktan çalışma sözleşmesi çerçevesinde iş sözleşmesinin varlığı halinde dahi bu yükümlülüğün devam ettiğini söylememiz mümkündür.

Avukatlık Kanunu madde 43/1'e göre avukatlar levhaya yazılmalarından 3 ay içinde baro bölgesinde bir büro kurmak zorundadırlar. Ancak işçi avukatlar açısından bu zorunluluk söz konusu değildir. Kanunun 43/2 maddesi ise avukatların şube açma yasağını düzenlemektedir. Bu hükümleri bir arada

[14] Röportaj için bkz: <https://www.dailymotion.com/video/x7wberi>

değerlendirdiğimizde işçi avukatların ikametgahlarının bulunduğu yerdeki baro levhasına yazılmaları gerektiğini, yanında çalıştıkları işveren avukatın barosuyla aynı baroya kayıtlı olma zorunluluğunun bulunmadığını söyleyebiliriz. Ancak bu halde kanunun 43/2 maddesinde yer verilen şube açma yasağının ihlali gündeme gelebilecektir.

Şubeden bahsedebilmemiz için merkeze bağlı olma, bağımsız olma, ayrı muhasebeye sahip olma ve muayyen bir yerin varlığı gerekmektedir. Uzaktan çalışan işçi avukatların muayyen yerleri olsun ya da olmasın, işveren avukata bağlı oldukları, üçüncü kişilerle ilişkilerinde bağımsız oldukları ve giderler yönüyle ayrı muhasebeye sahip oldukları açıktır. Ancak muayyen yer kıstası konusunda ikili ayrıma gitmek gerekmektedir.

Uydu büro, komşu büro tele çalışma gibi uzaktan çalışma türlerinde şubenin varlığından söz etmemiz mümkün olacaktır. Zira uydu ve komşu büro tele çalışmalarda işveren çalışanlar için bir çalışma yeri ayarlamakta ve işçiler iş görme edimlerini bu belirlenen yerde yerine getirmektedirler. Dolayısıyla bu tür uzaktan çalışma ilişkilerinin muayyen yer ölçütü açısından şube yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

İşçi ve işveren avukat arasındaki sözleşmesinin evden çalışma, evden tele çalışma, gezici tele çalışma gibi uzaktan çalışma türleri çerçevesinde akdedilmesi halinde; şubeden söz edebilmemiz için aranan muayyen yer ölçütünün gerçekleşmeyeceği gerekçesiyle birden fazla ofis ve şube açma yasağının ihlal edilmeyeceğini söylememiz mümkündür.

Buna karşın işçi ve işveren avukat arasında anılan şartlarda kurulan uzaktan çalışma sözleşmesinde asıl amaç işçi avukatın hizmetinden faydalanmak değil, işçi avukatın bulunduğu bölgede faaliyetlerde bulunmak ise bu halde Avukatlık Kanunu 43/2 maddesinin dolanılması söz konusu olacaktır. Zira bu sayede işveren avukat şube açma yasağına takılmaksızın uzaktan çalışma modeli altında istediği bölgede faaliyetlerde bulunma amacını gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu durumda TMK m. 2/2 maddesinde yer verildiği üzere hakkın açıkça kötüye kullanılması söz konusu olacaktır ve Avukatlık Kanunu'nun m. 134 vd. hükümleri tatbik edilecektir.

Avukatlık Kanunu m. 43 gerekçesinde şube açma yasağının nedenlerine ve amacına yer verilmemiş olup doktrinde, bu düzenlemeyle büroda yaşanabilecek muhtemel olumsuzlukların avukatın denetim ve gözetimi sayesinde önüne geçmek ve faaliyetlerin mesleğin gereklerine uygun bir

şekilde yürütülmesini sağlamak olduğu ileri sürülmüştür.^[15] Ayrıca bu yasa ile rekabet ortamının sağlanmasının ve tekelleşmenin önüne geçilmesinin amaçlandığı da ileri sürülmektedir.^{[16] [17]}

AK'nin 19.03.1969 tarihli olması karşısında m. 43/2 hükmünü tarihsel yorumla ele aldığımızda; anılan dönemde bilişim teknolojisi alanında kayda değer bir gelişme olmadığı, aynı ortamın paylaşıldığı yerlerde dahi koordinasyonun etkin bir şekilde tesis edilemediği, avukatın kişisel sorumluluğunun bulunması ve yaptığı işlerin kamu hizmeti niteliğinde olması gibi haklı gerekçelerle bu hükmün kabul edildiğini söylememiz mümkündür. Ancak UYAP, e-duruşma gibi imkânlar sayesinde birçok mesleki faaliyet mekândan bağımsız olarak kolaylıkla yerine getirilebilmektedir. Hatta günümüzde teknolojik gelişmeler sayesinde artık bireyler farklı yerlerde olsalar dahi adeta yan yanaymışçasına iletişim kurma imkânına sahiptirler. Bu kapsamda konuyu ele aldığımız takdirde Kanunun 43/2 maddesiyle getirilen kısıtlamanın artık gerekli ve ölçülü olmadığını söyleyebiliriz. Konuyu

[15] ÖZEN, Atilla; Avukatlık Hukuku, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2. Baskı, 2017, s. 194; Filiz Berberoğlu Yenipınar, Avukatlık Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 402.

[16] SARIKAYA/AKYOL, Avukatlığı Törpülemek, 12. YAYLA, Yeni Anayasa ve Meslek Kuruluşlarının Statüsü 216 vd. ÇAHA, Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları ve Sivil Toplum, 106 vd. III. Genç Avukatlar Kurultayı Sonuç Bildirgesi, 12.

[17] Kanımca Avukatlık Kanunu m. 43/2'de yer verilen birden fazla büro veya şube açma yasağı, denetim ve gözetimin zayıflayacağı gerekçesiyle getirilmiş bir düzenleme değildir. Zira madde devamında yurtdışında şube açılabileceğine dair hükme yer verilmiştir. Avukatlar mesleki faaliyetlerini yurtdışında da gerçekleştirdiklerinde kişisel sorumlulukları devam etmektedir ve ayrıca yapılan işler yine kamu hizmeti niteliğini devam ettirmektedir. Yurtdışında şube açma izni tanınmışken ulaşım ve iletişimin daha kolay olduğu yurtdışında bu iznin tanınmaması hususunun, rekabetin korunması ve tekelleşmenin önün geçilmesi gerekçeleriyle getirildiği kanaatindeyim. Yine aynı gerekçeyle şube yasağının, meslekte rekabet ortamının sağlanması ve tekelleşmenin önüne geçilmesi amacıyla getirilmediği görülmektedir. Zira rekabet ortamı ve tekelleşme gerekçeleri, yurtdışında gerçekleştirecek avukatlık faaliyetleri açısından da korunması gereken değerler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu halde şube yasağı ile amaçlanan şeyin, tekelleşme yahut rekabet ortamının sağlanması değil; asıl avukatın denetim ve gözetiminde kamu hizmetinin etkin bir şekilde sağlanması olduğu görülmektedir.

bu bakımdan ele aldığımız takdirde Avukatlık Kanunu 43/2 açık hükmü karşısında işçi avukatın bulunduğu ilde mesleki faaliyet yürütmek amacıyla yapılan uzaktan çalışma sözleşmesinin, mahiyeti itibariyle şube benzeri bir yapılanma kapsamında değerlendirileceğini ancak yine de bu değerlendirmenin hakkaniyetli olmadığını ve mevzuatta yeni bir düzenleme yapılması gerektiği söyleyebiliriz.^[18]

2. Sistemsel Sorunlar

Avukatlık Kanunu madde 51’de avukatların danışma yapılmasının uygun olmadığı yerler belirtilmiştir. Buna göre avukatların, baroya bildirmiş oldukları ofisler dışında danışmanlık hizmeti sunmaları yahut vekâlet ilişkisi için anlaşmaları yasaktır. Maddenin ikinci fıkrasında ise avukatın davet edildiği yerler hariç denilerek bir istisnaya yer verilmiştir.

51. madde gerekçesini incelendiğinde “mesleki haysiyet” kavramına yer verildiği görülmektedir. Buna göre avukatlık mesleğinin saygınlığının kaybolmaması için bir takım kısıtlamalar yapılması gerekmektedir. Avukatlar tüccar değillerdir ve yargının kurucu unsurlarından biri olarak ulu orta yerlerde ücret pazarlığı veya dosyaya ilişkin istişarede bulunmaları meslek onurunu zedeleyecektir.

Madde gerekçesi ele alındığında getirilen kısıtlama ile asıl amaçlanan şeyin, avukatların kamu hizmeti gibi kutsal bir görev yerine getirmeleri sebebiyle mesleki saygınlığın korunması olduğu görülecektir. Maddenin ikinci fıkrasında yer verilen istisna da esasında bu amaca hizmet etmektedir. Buna göre avukatın özel olarak çağrıldığı hallerde bu kural uygulanmayacaktır.

Günümüz teknolojisinde artık bireylerin adeta aynı ortamı paylaşıyormuşçasına konuşmaları, fikir teatisinde bulunmaları, dosya incelemeleri mümkün hale gelmiştir. Bunun bir yansıması olarak avukatların müvekkiller ile yapmış oldukları görüşmeleri bilişim teknolojileri vasıtasıyla yerine getirebilmeleri mümkün hale gelmiştir. Uzaktan çalışan işçi avukat açısından da durum böyledir. İşçi avukatların WhatsApp, Zoom, Skype gibi uygulamalar aracılığıyla herhangi bir yer ve zamanda müvekkillerle görüşmeleri mümkündür.

[18] 2014 yılında hazırlanan Avukatlık Kanunu taslağının 62. maddesinde avukatlık şirketinin kurulmasına ve bu kapsamda şubeler açılabilmesine yer verilmiştir. Buna karşın henüz yapılmış bir değişiklik bulunmamaktadır. Avukatlık Kanunu Taslak metni için bkz. <https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/adaletbakanligiavukatlikyasasi.pdf>

Zira burada asıl amaçlanan şey üçüncü kişiler nezdinde meslek onurunun zedelenmesinin önüne geçmektir. Bu halde 51/2 maddesinde yer verilen istisnanın dahi bilişim teknolojileri sayesinde bir önemi kalmadığı açıktır. Zira telefonda yahut benzer araçlarla gerçekleştirilen ve dışarıya ses gitmeyen konuşmalarda üçüncü kişilerin yalnızca avukatın konuştuklarını duyma ihtimalleri vardır. Bu ise üçüncü kişiler nezdinde eksik ve muhtevasına göre kısmen veya tamamen anlaşılabilir bir diyalog olarak anlaşılacaktır. Yazışma yoluyla kurulan iletişimde ise üçüncü kişilerin özel çabası olmadığı sürece gerçekleşen diyalogun öğrenilmesi imkânı bulunmamaktadır.

Hâsılı 1969 yılında kabul edilen Avukatlık Kanununun artık çağımızın gereklerine cevap vermekten uzak olduğu açıktır. Teknolojide yaşanan büyük değişimle uyumlu ve pratiklik değeri bulunan hükümler hukuk ekonomisinin tesisinde hayati rol oynayacaktır. Bu kapsamda 51. maddenin özel olarak yeniden ele alınması ve yer, mekân gibi kıstasların ortadan kaldırılarak salt üçüncü kişiler endeksli bir düzenleme yapılması daha hakkaniyetli olacaktır. Ayrıca bu düzenleme ile amaçlanan asıl şeyin mesleğin onurunu ve saygınlığını korumak olduğundan uzaktan çalışan işçi avukatın, işveren avukat ile olan iletişimde de dikkatli davranmaya sevk edilmesi ve bu madde kapsamına alınması gerekmektedir.

Avukatlık Kanunu madde 53 uyarınca avukatların, iş ilişkisi çerçevesinde yapmış oldukları görüşmeleri tutanağa bağlama yükümlülükleri bulunmaktadır.

Avukatların tutanak tutma yükümlülükleri gerek anlaşmazlık halinde taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespit edilmesi gerekse avukatın görev alanının kesin olarak belirlenmesi için önem arz etmektedir. Ünlü deyişlerimiz arasında yer verilen “En silik not en kuvvetli hafızadan iyidir”, “Söz uçar yazı kalır” gibi sözler de yazılılığın önemini ortaya koymaktadır.

Günümüz teknolojisinde artık yazılılık şartı, kâğıt üzerine yazılı metinlerden çok daha geniş bir anlam taşımaktadır. Taraflar arasında gönderilen sesli mesajlar dahi yazılılık şartı ile ulaşılmak istenen menfaatin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Bununla birlikte kanun ile aranan tutanak tutma yükümlülüğünün çağımızın teknolojik imkânları göz önünde bulundurularak UYAP,

SEGİBS, e-duruşma gibi sistemler yoluyla ele alınması ve yeni düzenlemeler yapılması daha isabetli olacaktır.^[19]

Avukatlık Kanunu madde 35 hükmü ile yalnızca avukatların yapabilecekleri işler düzenlenmiştir. Maddenin 2. fıkrası ile avukatların resmi dairelerdeki bütün işler de takip edebilecekleri ortaya konulmuştur. Bununla birlikte aynı Kanununun 27/2 maddesi ile vekaletnamenin sunulduğu kurumlar, baro pulunun eksik olması halinde dilekçeleri işleme koymayacaklarına yer verilmiştir.

UYAP sistemi üzerinden yürütülen faaliyetlerde artık e-vekalet pulu sistemi^[20] ile avukatlar, fiziki pul alma ve yapıştırma külfetinden kurtulmuşlardır. Bunun hem kağıt israfı olarak kamusal bir faydası hem de uzaktan bu eksikliğin tamamlanabilmesi sayesinde zaman tasarrufu gibi avantajları bulunmaktadır. Ancak kurumlarla gerçekleştirilecek yazışmalarda e-vekalet pulu sistemi henüz uygulanmamaktadır.

Uzaktan çalışan işçi avukat açısından konuyu ele aldığımızda; işçi avukatların artık ofiste yahut adliye binalarında bulunmalarına gerek kalmaksızın resmi dairelerdeki birçok işi takip etme imkânına sahip olduklarını görmekteyiz. Özellikle e-vekâlet pulu sistemi sayesinde resmi dairelere vekâletname sunma yükümlülüğünün giderilebilmesi, avukatların uzaktan

[19] Büyük bir hızla gelişen teknolojinin bireyler üzerinde yarattığı en büyük soru işareti güvenlik sorunudur. Gerek hacker saldırıları gerekse sistem açıkları bireylerin teknolojiye mesafeli yaklaşmasına neden olmaktadır. Bu kapsamda UYAP, SEGİBS, e-duruşma gibi yöntemlerin devlet eliyle yürütülmesi ve rizikonun devlet üzerinde bırakılmış olması yargı camiasında dijitalleşme yolunda atılan adımların çabucak benimsenmesine neden olmuştur.

Danışma yapılmasının uygun olduğu yerler kavramı kapsamına artık sohbet odaları, yüz yüze görüşme imkânı sağlayan WhatsApp, Skype, Zoom gibi platformlar da dâhildir. Ancak yukarıda yer verdiğimiz gerekçelerle devlet kontrolü ve teminatı altında temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alındığı e-görüşme, e-platform, e-danışmanlık gibi isimler altında yapılacak dijital görüşme odaları tüm ilgililer açısından daha sağlıklı sonuçlar doğuracaktır. Bu sayede hem taraflar haberleşmenin gizliliği, özel hayatın gizliliği başta olmak üzere temel hak ve hürriyetlerinin güvence altında olduğunu bilecek ve aleyhe kullanılmayacağı konusunda devlet güvencesinden yararlanacak hem de avukatlar açısından danışma ücretlerinin daha objektif (süre) bir şekilde tespiti ve tahsili gerçekleşecektir.

[20] E-vekalet pulu sistemi sayesinde avukatların UYAP sistemi üzerinden dosyalara vekaletname gönderebilmeleri mümkün hale gelmiştir. www.barobirlik.org.tr

çalışabilmelerini mümkün kılmıştır. Buna karşın bir takım sistemsel eksiklikler halen devam etmektedir.

Uzaktan çalışan işçi avukatların, resmi kurumlara (UYAP sisteminin entegre olduğu kurumlar hariç) göndermiş oldukları dilekçelere baro pulu yapıştırma yükümlülüğü henüz dijital platforma yansıtılmamıştır. Gerek uzaktan çalışan işçi avukatlar gerekse işveren avukatlar, UYAP sistemi ile entegre olmayan kurum ve kuruluşlarla yapmış oldukları yazışmaları fiziken yapmak ve pul yapıştırmaya devam etmek zorundadır. E-vekalet pulu sistemi ile amaçlanan gayeyi göz önünde bulundurduğumuzda devletin her resmi kurumunun bu sisteme entegre hale getirilmesi gerekmektedir. Bu sayede uzaktan çalışan işçi avukatların iş görme edimlerini daha etkin bir şekilde yerine getirebilmeleri ve bu sayede yukarıda izah edilen avantajların tesis edilmesini sağlayacaktır.

3. Sır Saklama Yükümlülüğü

Avukatlık Kanunu madde 36'da yer verildiği üzere avukatların sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğü uyarınca “müvekkilden duymasa veya edinmese bile dosyasına hazırlık yapan avukatın araştırmaları ve çalışmaları sırasında edinmiş olduğu bilgi ve belgeler de müvekkil sırrı kapsamındadır.”^[21] Madde 39'da yer verilen dosya saklama yükümlülüğü^[22] ise avukatın, kendisine tevdi edilen evrakı muayyen bir süre için saklaması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Avukatların sır saklama ve dosya saklama yükümlülüğü, dosya kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin hem üçüncü kişilerle paylaşılması hem de bu bilgilerin muhafazası ve işlenmesi noktasında kendini göstermektedir. Bu kapsamda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü avukatın üzerine bırakılmıştır.

[21] ÇETİN/ATEŞ, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 110.

[22] Günergök'e göre avukatın saklamakla yükümlü olduğu evrak kavramı kapsamına müvekkil tarafında avukata verilen belgeler, kurum ve kuruluşlardan avukata gönderilen cevaplar, mahkemece gönderilen tebligatlar girmektedir. GÜNERGÖK, Avukatlık Sözleşmesi, 102.

2019 yılından itibaren uygulanmaya başlayan e-tebligat sistemi ile artık avukatlara mektup yolu ile tebligat yapılması usulünden dönülmüş ve bu faaliyetlerin sistem üzerinden e-izmalı olarak gönderilmesi yöntemine geçiş yapılmıştır. E-tebligat sistemi üzerinden gerçekleştirilen her gönderi sistemde kayıtlı olacağı için avukatların dosya saklama yükümlülüğünün önemli ölçüde azaldığını söyleyebiliriz.

Uzaktan çalışma sözleşmesi kapsamında işçi avukat, işveren avukatın kendisine tevdi ettiği işleri yaparken sır saklama ve dosya saklama yükümlülüğüne uymakla yükümlü olacaktır. Bu kapsamda işveren ve işçi avukatın hangi şekillerde iletişim kurdukları, veri aktarımının nasıl gerçekleştiği gibi hususlar önem kazanmaktadır.

Özellikle teknolojinin kullanımının bir zorunluluk haline geldiği günümüz dünyasında virüs ve hacker tehditleri önemli birer sorun haline gelmiştir. İşçi ve işveren avukatların veri paylaşımı, depolaması gibi faaliyetlerinde gerekli tüm özeni gösterme zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kapsamda son sürüm güvenlik duvarı, anti virüs programları ayrıca depolama alanlarının fiziki güvenliğinin sağlanması gibi gereklilikler karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda uzaktan çalışma ilişkisindeki sır saklama ve dosya saklama yükümlülüğünün kapsamının daha da genişlediğini söyleyebiliriz.

B. STAJYER AVUKATLAR AÇISINDAN

Stajyer avukatlığın şartlarına, usulüne, hak ve yükümlülüklerle ilişkin genel düzenlemeler Avukatlık Kanunu 15 vd. maddelerinde yer verilmiştir. Bununla birlikte Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliği^[23] (TBBASY) de konumuz açısından önem taşımaktadır.

Avukatlık stajı mahkeme stajı ve avukat yanında staj olmak üzere iki parçadan oluşmaktadır. Mahkeme stajı, TBBASY m. 12'de açıkça düzenlendiği üzere toplam 6 ay sürmektedir. Stajyer avukatlar bu süre zarfında ilgili mahkeme, savcılık yahut dairede mesleki eğitimlerini hâkim veya savcı nezaretinde tamamlamaktadırlar.

Avukat yanı staj ise, mahkeme stajını tamamlayan stajyer avukatın 6 ay süre ile mesleğinde 5 yılını doldurmuş avukatın yanında yerine getirilmektedir. Konumuz gereği avukat yanı staj yapmakta olan stajyer avukatların durumu ele alınacak ve uzaktan çalışma modeli ile çalışan avukat yanında gerçekleştirilen stajın geçerliliği ve yeterliliği tartışılacaktır. Daha sonra konuya ilişkin yargıda dijitalleşme kapsamında bir takım görüş ve önerilere yer verilecektir.

Avukatlık Kanunu m. 23 ve TBBASY md. 18 uyarınca avukat yanı staj, stajyer avukatın; dava dosyalarını hazırlamak, hukuki konularda gerekli inceleme ve araştırma yetisini kazanmak, resmi kurum ve kuruluşlarla

[23] <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/avstaj-yon.pdf>

yazışmaları takip etmek, takip hukukunun aşamalarına eylemli biçimde katılmak gibi mesleki deneyimlerini edinmesini ve avukatlık mesleğini icra edebilecek donanımı kazanmasını amaçlamaktadır. Tüm bu amaçlar, avukatlar üzerinde bir yük olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla burada avukatların bir takım yükümlülüklerinin olduğunu söyleyebiliriz.

TBBASY m. 17'ye göre avukatlar, stajyerler avukatları yukarıda yer verilen mesleki donanımı kazanmaları ve hukukun üstünlüğü ve meslek ilke ve kurallarına bağlı bir avukat olarak yetiştirmekle mükelleftirler. Ayrıca Avukatlık Kanunu m. 23'te yer verilen duruşmalara ve cezaevine birlikte girmek gibi eğitimler de bu eğitimin bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır.

Teknolojide yaşanan gelişmeler ve bu gelişmelerin yargıda kullanılması ile işçi ve işveren avukatların ofise bağımlılıklarının gittikçe azaldığını söylememiz mümkündür. Ofise bağımlılığın azaldığı bir ofiste icra edilen mesleki faaliyetler, avukat yanı staj ile elde edilmek istenen hukuki menfaatin istenen seviyede sağlanamama sorununu gündeme getirmektedir.

UYAP, e-tebligat gibi e-yargı projesi altında yapılan çalışmalar avukatların evde, tatilde, yolda, kısacası ofis dışı her yerde avukatlık faaliyetlerinin yerine getirilmesi imkânını sağlamıştır. Ancak e-yargı projesi kapsamında düzenlemeler yapılırken stajyer avukatlar göz ardı edilmiş ve bu kapsamda düzenlemeler henüz yapılmamıştır. Sonuç olarak uzaktan çalışma modelinin yaygınlaşması, avukatlık faaliyetlerinin ofis dışında yerine getirilmesi oranını artırdığı için hem stajyerler mesleki donanımı haiz olmaksızın mesleğe atılma gerçeği ile karşı karşıya kalmaktadırlar hem de avukatların stajyerlere duyduğu ihtiyaçlar büyük ölçüde azalmaktadır. Dolayısıyla yanında staj yapacak avukat bulma sorunu da günden güne artmaktadır.

Çağın gerekleri ve teknolojinin geldiği nokta göz önünde bulundurularak stajyer avukatların, avukat yanı stajını uzaktan yerine getirilebilmesi yolunda adımların atılması gerekmektedir. Bu noktada avukat ile stajyer avukat arasında gerçekleşecek iletişimin kapsamı, yöntemi ve zamanı büyük önem arz etmektedir. Bu kapsamda uzaktan çalışan işçi avukat-işveren avukat arasında uygulanacak sistemin stajyer avukatlar için de tatbik edilebileceği açıktır. Ancak sistemsel yetersizlikler ve mevzuatta henüz stajyer avukatların uzaktan çalışabileceğine ilişkin düzenlemelerin yapılmaması büyük bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avukatlar, e-imza yahut mobil imza yöntemi ile giriş yaptıkları ve kullandıkları UYAP sistemini kural olarak üçüncü kişilerle paylaşmamakla yükümlüdürler. Zira avukatların kişisel sorumlulukları ve yürütülen faaliyetlerin kamu hizmeti niteliğinde olması sebebiyle telafisi mümkün olmayan zararların doğması ihtimali bulunmaktadır. Bununla birlikte yukarıda yer verdiğimiz üzere stajyer avukat yetiştirmekle yükümlü olan avukatın UYAP sistemine giriş yetkisini bir şekilde stajyere öğretme ve sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüğün yalnızca UYAP^[24] sistemi için değil, e-tebligat ve diğer sistemler için de söz konusu olduğunu belirtmemiz gerekir.

Ülkemizde avukatların uzaktan faaliyetlerini yerine getirmesi bugüne değin yoğun bir şekilde uygulanmadığı için uzaktan yapılan çalışmalarda stajyer avukatların ne şekilde mesleki eğitim alacakları ve UYAP sistemine erişebilecekleri gibi hususlar irdelenmemiş, bu kapsamda çözüm arayışına girilmemiştir. Ancak 2019 yılında Çin'de ortaya çıkan ve kısa süre sonra küresel salgın ilan edilen Covid-19 virüsü ile bu geçiş hızlanmıştır. Artık stajyer avukatların, avukat yanı stajını uzaktan yerine getirebilmesi yolunda temel çerçevenin ortaya konulması ve bir takım yeni sistemlerin uygulanması gerekmektedir.

Avukatlık stajını uzaktan yerine getiren stajyer için an itibariyle tek çalışma yöntemi, avukatın yapılması istenen iş ile ilgili genel bilgileri yahut konuya ilişkin belgelerin örneğini stajyer avukata vermesi suretiyle gerçekleştirilmektedir. Ancak avukatlık stajını yalnızca bunun gibi dilekçe faaliyeti ve araştırmalardan ibaret görmek, stajyerlerin ihtiyaç duyulduğu anlarda kullanılacağı bir sistem anlamına gelecektir. Bu sebeple stajyer avukatların bu tür mesleki faaliyetlere katılımlarının sağlanması gerekmektedir.

Kanımca; stajyer avukatların, yanlarında çalıştıkları avukatların UYAP sistemleriyle entegre olacak şekilde kullanabilecekleri bir sistem kurulması sayesinde avukatın yetki alanını bizatihi görme ve inceleme imkanı doğacaktır. Yine stajyer avukatlara “bu sistem üzerinde dilekçe gönderme, dava açma gibi yetkiler tanınması, stajyer tarafından gerçekleştirilen işlemlerin iş sahibi avukatın sistemine düşmesi ve onun onayıyla bahse konu işlemin tamamlanması” şeklinde bir sistem kurulması ile stajyer avukatların

[24] Günümüzde mahkemelerin UYAP sistemi esaslı çalışması ve bu sistem üzerinden hemen hemen tüm avukatlık faaliyetlerinin yürütülebilir olması, stajyer avukatların da bu sisteme dâhil edilmesi gerekliliğini doğurmuştur.

avukatlık faaliyetlerine uzaktan çalışma modelinde daha etkin katılımları sağlanabilecektir.

IV. UZAKTAN ÇALIŞMANIN AVUKATLAR İÇİN AVANTAJLARI VE DEZAVANTAJLARI

Uzaktan çalışma modelinin doğuşunu ekonomik gerekçeler ve çağın ihtiyaçları başlıkları altında özetlememiz mümkündür. Bu gerekçeler sözleşmenin tarafları için avantajlar sağladığı gibi bir takım dezavantajların da doğmasına sebebiyet vermiştir. Çalışmamızda bu avantaj ve dezavantajlar, sözleşmenin tarafları açısından ele alınacaktır.

A. İŞÇİ AVUKATLAR AÇISINDAN

Uzaktan çalışmanın işçi avukatlar açısından birçok avantaj ve dezavantajı bulunmaktadır:

Uzaktan Çalışma Sözleşmesinin Çalışanlar Açısından	
Avantajları	Dezavantajları
Özerklik ve esneklik	Sosyal izolasyon
Yolda geçen zamandan tasarruf	Çalışanlar arası bilgi paylaşımının azalması
Stresin daha az olduğu bir hayat	Terfiye ilişkin problemler
Motivasyonunu ve verimliliğini artırması	Psikolojik riskler
Engellilerin ve kadınların çalışma hayatına katılımlarının daha fazla sağlanması	Ekip ruhunun azalması
Uluslararası şirketlerle çalışma imkânı	Aile bireylerinin olumsuz etkilenmesi riski
İKMH ve salgın hastalıklara yakalanma riskinin azalması	Çalışanın işkolik olması riski
Birden çok işverenle çalışma imkânı	Acil durumlarda işverene ulaşılamama riski
Masrafların azalması	Çalışma hayatı-özel hayat dengesinin bozulması
Taciz, kavga gibi olumsuz durumların yaşanması riskinin azalması	Çalışma ilişkisinde profesyonelliğin ön planda olması sebebiyle işverenin daha az toleranslı davranması
Sosyal ortama girilmemesi sebebiyle bir takım kişisel bakım kalemlerinde tasarrufun sağlanması (Örneğin parfüm)	Çalışanlar arası örgütlenme sorunu

Tablo-1: Uzaktan çalışma sözleşmesinin çalışanlar açısından avantaj ve dezavantajları

Belirtmemiz gerekir ki uzaktan çalışma ilişkisinde marjinal faydanın sağlanabilmesi için işçi avukata büyük sorumluluk düşmektedir. İşçinin sadakat borcu ve dikkat ve özeni gösterme borcunun gereklerine uygun olarak işi yerine getirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde hukuki sorumluluğu doğacaktır.

B. İŞVEREN AVUKATLAR AÇISINDAN

Uzaktan çalışmanın işveren avukatlar açısından birçok avantaj ve dezavantajı bulunmaktadır:

Uzaktan Çalışma Sözleşmesinin İşverenler Açısından	
Avantajları	Dezavantajları
Verimliliğin artması	Yeni maliyetlerin ortaya çıkması
Maliyetlerin azalması	İletişim kopuklukları
Nitelikli işgücüne daha kolay ulaşma imkânı	Yapılan hatalara anında müdahale imkânının kısıtlı olması
İşe devamsızlığın ve geç kalmaların azalması	İş paylaşımına ve iş organizasyonuna ilişkin problemler
Faaliyetlerin daha hızlı ve etkin yürütülmesi	İşverenin bu konudaki tecrübesizliği
Salgın, savaş gibi olağanüstü hallerde faaliyetlere devam etme imkânı	Çalışanların motivasyonlarının düşmesi riski
Daha kolay işgücü bulma imkânı	Çalışanların işverene ihanet etmesi riski
Personel sayısının azaltılması (Temizlikçi, güvenlik vs.)	Yaşanan teknik sorunlara anında müdahale edilememesi ve işin aksaması
Taciz, kavgı gibi olumsuzlukların önüne geçilmesi	Üçüncü kişilerin iş ilişkisine müdahale etmeleri riski
Çalışma ilişkisinin profesyonellik üzerine kurulu olması	Çalışma ilişkisinin işçi merkezli yürütülmesi
İşveren açısından daha esnek çalışma imkanı	Çalışanların işyerine bağlılıklarının azalması ve daha iyi koşullarda çalışma istekleri

Tablo-2: Uzaktan çalışma sözleşmesinin işverenler açısından avantaj ve dezavantajları

Belirtmemiz gerekir ki uzaktan çalışma ilişkisinde marjinal faydanın sağlanabilmesi için işverene büyük sorumluluk düşmektedir. İşçiyi koruma ve gözetme kaynağı olan bu sorumluluğun gereği olarak işveren gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Aksi takdirde hukuki sorumluluğu doğacaktır.

C. Kamu Menfaati Açısından

Uzaktan çalışma sözleşmesinin kamu menfaati açısından birçok avantaj ve dezavantajı bulunmaktadır;

Uzaktan Çalışma Sözleşmesinin Kamu Menfaati Açısından	
Avantajları	Dezavantajları
Yeni istihdam alanlarının yaratılması	Kayıt dışı istihdamda artış
İşsizliğin azaltılması	
Çevre kirliliğinin azaltılması	İKMH türlerinin ve etkilerinin yeniden ele alınması zorunluluğu
Gürültü kirliliğinin azaltılması	Çalışanların sömürülmesi riski
Kadınların ve engellilerin çalışma hayatına daha aktif katılımlarının sağlanması	
Kaynak israfının önüne geçilmesi	Örgütlenme hakkının kısıtlanması
Çalışma barışının tesis edilmesi	Örgütlenme hakkının kısıtlanması
Daha üretken bir toplum	
Masrafların azalması	Sosyal hayatın ve toplumsal ilişkilerin zayıflaması
Vergi kayıp ve kaçakları ile mücadele	

Tablo-3: Uzaktan çalışma sözleşmesinin kamu menfaati açısından avantaj ve dezavantajları

Uzaktan çalışma sözleşmelerinin çalışanlar, işverenler ve kamu açısından avantajlarına ve dezavantajlarına yukarıda maddeler halinde yer verilmiştir. Tablolarda görüldüğü üzere uzaktan çalışma sözleşmelerinin çalışma hayatında uygulanabilirliğinin artırılması ile çok çeşitli faydalara ulaşılabilecektir. Buna karşın tabloda yer verilen dezavantajlar ise uzaktan çalışma ilişkilerinde önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine de meydana gelebilecek risklerin kısmen veya tamamen önlenebilecek nitelikte olduğunu ve çalışan, işveren ve kamu menfaatinin tesisi için uzaktan çalışma sözleşmelerine çalışma hayatında daha çok yer verilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

IV. SONUÇ

Teknolojide yaşanan büyük değişim ve ekonomik gerekçeler, çalışma hayatını derinden etkilemiş ve esnek çalışma modellerine geçiş sürecini hızlandırmıştır. Son olarak 2019 yılında Çin'de ortaya çıkan ve ardından tüm dünyaya yayılarak pandemi ilan edilen Covid-19 virüsü, bu geçiş sürecinde bir katalizör etkisi yaratmıştır. Sosyal mesafenin büyük önem arz ettiği bu süreçte uzaktan çalışma modeli ön plana çıkmış ve sağladığı ekonomik avantajlar nedeniyle sıklıkla uygulanmıştır.

E-yargı projesi kapsamında uygulanan sistemler sayesinde birçok avukatlık faaliyetinin zaman ve mekan şartı olmaksızın ifa edilebilmesi olanağı doğmuştur. Özellikle UYAP, e-tebligat, e-duruşma gibi sistemlerin etkinliğinin artırılması ile gelecekte avukatlık mesleğinde ofislerin öneminin kalmayacağı öngörüsünde bulunmamız mümkündür. Zira dosya tutma, iş takibi gibi işlemler artık her an ve her yerde yapılabilir hale gelmiştir.

Bu çalışmamızda uzaktan çalışan işçi avukatların mesleki faaliyetlerini daha etkin bir şekilde yerine getirebilmeleri adına; ücrete ilişkin sorunlar, şube açma yasağı ve ikamet sorunu, sistemsiz yetersizlikler, sır saklama yükümlülüğü, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğü ve ulaşılır olmama hakkı özel olarak ele alınmış ve bir takım görüş ve önerilere yer verilmiştir. Bu kapsamda yapılacak düzenlemeler ile sözleşmenin taraflarını daha koruyucu ve iş ilişkisinin daha etkin yürütüleceği bir sistem inşa edileceği düşünülmektedir.

Uzaktan çalışan işçi avukat ile işveren avukat arasında bir iş sözleşmesi bulunduğunu ve iş sözleşmesinin zorunlu unsurlarından “bağımlılık” unsurunun klasik iş ilişkisine nazaran daha zayıf olsa da devam ettiğini belirtmemiz gerekir. İşveren avukat, bağımlılık unsurunu bilişim teknolojileri sayesinde denetleme ve gerekli gördüğü yerde müdahale etme imkanına sahiptir. İşverenin gerekli gördüğü müdahaleleri yapma yöntemi ve zamanı, işçinin temel hak ve hürriyetlerinin ihlali sorununu gündeme getirmektedir. Bu kapsamda uzaktan çalışan işçi avukatın kamera ile gözetlenmesi, çalışma ortamına ilişkin getirilen kısıtlamalar, işin görülmesi için tevdi edilen materyallerin özel programlarla izlenmesi, uygun olmayan saatlerde iş ilişkisi kapsamında gerçekleştirilen görüşmeler gibi uygulamalarla işçi avukatın başta özel hayatının gizliliği, haberleşme hürriyeti ve konut dokunulmazlığı hakları olmak üzere birçok hak ihlalleri yaşanabilmektedir. Anayasa ile güvence altına alınan

bu hakların ihlallerinin tamamen önüne geçebilmek adına barolarca bilgi notlarının paylaşılması isabetli olacaktır.

Avukatlık mesleğine giden yolda ilk adım olarak karşımıza çıkan stajyer avukatlık dönemi için uzaktan çalışma modeli kapsamında henüz hiçbir çalışmanın yapılmamış olması da bir eksiklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda stajyer avukatlar için, yanında çalıştıkları avukatların UYAP sistemi ile entegre kullanabilecekleri bir sistem kurulması büyük önem arz etmektedir. Daha sonra kurulacak sistemde stajyer avukatların dosya inceleme, dilekçe sunma gibi faaliyetlere ne ölçüde katılabileceklerine ilişkin yasal düzenlemelerin yapılması isabetli olacaktır.

Covid-19 salgınının etkisiyle mecburi olarak uzaktan çalışma modelini denemek zorunda kalan birçok işçi ve işveren avukat, uzaktan çalışma modeline geçişte en büyük engel olarak karşımıza çıkan önyargı ve bilinmezlik engelinin yıkılmasını sağlamıştır. Artık önyargılar ve bilinmezliklerin yerini tecrübe, daha etkin zaman kullanımı, maliyetlerin düşmesi gibi avantajlar almıştır. Bu durum gelecekte uzaktan çalışma modelinin çalışma hayatında daha yaygın bir şekilde uygulanacağını göstermektedir.

KAYNAKÇA

AYCI Emrullah, Yargı Etiği Açısından Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP), Adalet Dergisi, 2005

BERBEROĞLU YENİPİNAR Filiz, Avukatlık Hukuku, Ocak-2016

<https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/e-durusma-nedir>

ÇAHA, Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları ve Sivil Toplum, Türkiye’de Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, Sivil Toplum ve Demokrasi LDT Ankara 2011

ÇELİK Nuri/CANİKLİOĞLU Nurşen/CANPOLAT Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı Ekim-2019

ÇETİN Süleyman/ATEŞ Derya, Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Ekim-2018 Ankara Seçkin Yayıncılık

GÜNERGÖK Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık 2009

III. Genç Avukatlar Kurultayı Sonuç Bildirgesi, Barobirlik 17.11.2013

KARAKİMSELİ Ayşe, İcra Takiplerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (Uyap) Kullanımı, ERÜHFD, C. XIII, S. 1, (2018)

MOLLAMAHMUTOĞLU Hamdi/ASTARLI Muhittin/BAYSAL Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı Ankara-2019 Lykeion Yayıncılık

ÖZBAY İbrahim, 6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler, EÜHFD, C. XVI, S. 1–2 (2012)

ÖZEN Atilla, Avukatlık Hukuku, Legal Yayıncılık 2. Baskı

PARMAKSIZ Yiğit/BAYRAK Mert/IŞIK Işıl, Yargıda e-Duruşma dönemi, <https://www.moral.av.tr/tr/bizden-haberler/yargida-edurusma-donemi-195>

<https://rayp.adalet.gov.tr/resimler/468/dosya/e-durusma-avukat-kullanim-klavuzu05-11-202014-11.pdf>

SARIKAYA Fatih/AKYOL Utku Can, Avukatlığı Törpülemek, Duvardibi Mayıs 2020 S. 48

SÜZEK Sarper, İş Hukuku, 16. Baskı İstanbul 2018

ŞAHİNKAYA Nilgün, İşçi Avukatlık, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı, 2019 (yüksek lisans tezi), s. 1.

<https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/adaletbakanligiavukatlikyasasi.pdf>

<http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/avstaj-yon.pdf>

<https://www.dailymotion.com/video/x7wberi>

www.muaccel.com

YAYLA Atilla, Yeni Anayasa ve Meslek Kuruluşlarının Statüsü, Türkiye’de Kamu Kurumu Niteliğindeki Meslek Kuruluşları, Sivil Toplum ve Demokrasi LDT Ankara 2011.

Yargıtay'ın Hükmen Tutukluluk İçtihadına Eleştirel Bir Yaklaşım

Kevser KARALI*

GİRİŞ

5271 sayılı Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenen azami tutukluluk süreleri, suç şüphesinin öğrenilmesi ile başlayan ve sanık hakkında verilen kararın kesinleşmesiyle sona eren ceza muhakemesi sürecinin tamamı için geçerlidir. Yine, CMK'nın 2. maddesi uyarınca kişi, hakkında verilen kararın kesinleşmesine kadar kovuşturma süreci içerisinde yer almakta olup, bu süre boyunca hukuki statüsü, "sanık"tır. Fakat, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından AİHM içtihatlarına dayanılarak yaratılan ve Anayasa Mahkemesi tarafından da desteklenen "hükmen tutukluluk" kavramı uyarınca henüz "tutuklu" statüsünde olan sanığın, mevzuatın herhangi bir yerinde düzenlenmeyen bir statüye, "hükmen tutuklu" statüsüne dahil olduğu kabul edilmiş olup, azami tutukluluk sürelerinin hesaplanmasında dikkate alınması gereken zaman dilimi, CMK'nın 102. maddesine aykırı olarak sınırlandırılmıştır.

* Avukat / Ankara Barosu. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku) Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.
<https://orcid.org/0000-0003-4740-7302>

Söz konusu bu kavram, başta kanuni bir temele sahip bulunmaması olmak üzere pek çok yönden eleştiriye açık olmakla birlikte kararlarına dayanak olarak AİHM içtihatlarını gösteren Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin, özellikle AİHM'in *Stollenwerk/Almanya* kararı sonrasında kavramın Türk hukukuna uygunluğunu gözden geçirmeleri mecburidir.

I. KAVRAMLAR

A. Genel Olarak Tutuklama Kavramı

Ceza Muhakemesindeki en önemli koruma tedbirlerinden olan tutuklama, bir suç işlediği konusunda kuvvetli şüphe bulunan şüpheli veya sanığın kişi hürriyetinin, hakkında henüz kesin hüküm verilmeden önce hakim veya mahkeme kararıyla kısıtlanmasıdır^[1]. Bir başka deyişle, suçlu olduğu konusunda hakkında henüz kesin hüküm bulunmama ile birlikte suç işlediği konusunda kuvvetli şüphe bulunan kişinin, özgürlüğünün hakim veya mahkeme kararı ile geçici bir süreliğine kaldırılmasına tutuklama denir^[2]. Bu tanımlardan hareketle, tutuklama, kişi özgürlüğünü kesin hükümden önce sınırlandıran bir ceza muhakemesi hukuku koruma tedbiridir^[3].

Başta Anayasa olmak üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve uluslararası belgelerde tutuklama kavramının genel bir tanımı yapılmamış olup bu husus öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır. Bu bağlamda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre tutuklama “*ceza yargılamasının güvenli yürütmesini ve amaca erişmesini sağlamaya yönelik, yargılama hukuku açısından zorunlu hallerde hâkimin verdiği karara dayanan bir önlem*” olarak ifade edilmiştir^[4]. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ise tutuklama, “*bir kimsenin suçluluğu hakkında kesin karar verilmesinden önce fiziksel hareket*

[1] İnci, Zekiye Özen: “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 25, Y. 2014, s.104.

[2] İnci, a.g.m., s.105.

[3] Çubuklu, Nazlı: “Ceza Yargılaması Hukukunda Tutuklama”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2015, s.21.

[4] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 31.01.2006 tarih, 2006/1-4 Esas ve 2006/7 Karar Sayılı Kararı.

özgürlüğünün geçici olarak kaldırılması” şeklinde tanımlanmıştır^[5]. Buna ek olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendi uyarınca “*Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması*” denilmekle dolaylı da olsa tutuklama koruma tedbiri tanımlanmıştır.

Şüpheli veya sanığın kişi hürriyetinin geçici bir süreliğine kaldırılması ile başlayan ve bu kişilerin salıverilmesine ya da cezanın infazı aşamasının başlamasına kadar devam eden özgürlükten mahrumiyet durumuna “tutukluluk”; hakkında tutuklama kararı verilen kişiye ise “tutuklu” denilmektedir.

B. “Suç İsnadına Bağlı Tutma” ve “Mahkumiyete Bağlı Tutma” Ayrımı

“Mahkumiyete bağlı tutma”, başka bir ifadeyle, “hükmen tutukluluk” kavramı hukukumuzda ilk olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 2011 yılında verdiği kararıyla^[6] girmiştir. Söz konusu bu kararla Yargıtay Ceza Genel Kurulu, tutukluluk süresinin hesabında ilk derece mahkemesi tarafından hükmün verilmesine kadar geçen sürenin dikkate alınacağını, hükmün verilmesinden sonra ise tutuklu sanık, “hükmen tutuklu” hale geleceğinden temyizde geçen sürenin tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmayacağını ifade etmiştir^[7]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu sonuca varırken, hakkında mahkumiyet hükmü kurulmakla sanığın isnat olunan suçu işlediğinin ilk derece mahkemesi tarafından sabit görüldüğünü ve bu aşamadan sonra tutuklamanın niteliğinin değiştiğini ileri sürmektedir^[8]. Bir başka deyişle, Ceza Genel Kurulu, ilk derece mahkemesi tarafından hüküm verildikten sonra tutuklamanın niteliğinin değiştiğini ve artık tutukluluğun isnada bağlı olarak değil, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu hükme

[5] Mehmet Baransu (2), Başvuru No: 2015/7231, 17.05.2016, Karşı Oy Gerekçesi, §48.

[6] Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.02.2011 tarih, 2011/1-51 Esas ve 2011/42 Karar Sayılı Kararı.

[7] Balcı, Murat: “Tutukluluk Süreleri ve Temyiz Aşaması (Karar İncelemesi)”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 85, S. 6, Y. 2011, s.35.

[8] Balcı, a.g.m. s.35.

bağlı olarak devam etmekte olduğunu^[9] belirtmiş, tutukluluk halinin “suç isnadına bağlı tutukluluk” ve “hükme bağlı tutukluluk” olmak üzere iki ayrı görünümünün olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na ek olarak Anayasa Mahkemesi de konuya ilişkin kararlarında mahkumiyete karar verilmiş olmakla isnat olunan suçun işlendiği, failin bu suçtan sorumlu olduğunun sabit olduğu kabul edilmekte olup; bu aşamadan sonra kişinin bir suç isnadına bağlı olarak değil, mahkumiyete bağlı olarak tutulduğunu ifade etmekte ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ayrımını benimsemektedir^[10]. Özetlemek gerekirse, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından tutukluluk hali, ilk derece mahkemesi tarafından mahkumiyet hükmünün verilmiş olup olmamasına göre “suç isnadına bağlı tutukluluk” ve “hükme bağlı tutukluluk” olmak üzere iki ayrı başlık altında incelenmekte olup; söz konusu bu ayırım, Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmektedir.

Çalışmanın geri kalanında Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilen bu ayırmadan daha detaylı bahsedilecek olup, buna ek olarak, AİHM'in de bu konudaki içtihadına yer verildikten sonra söz konusu bu ayırımın yarattığı sorunlar ele alınacaktır.

II. AZAMI TUTUKLULUK SÜRESİ İLE HÜKMEN TUTUKLULUK KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenleme

Tutuklama, hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı olmaksızın kişinin özgürlüğünü kısıtladığı için en ağır koruma tedbiridir. Dolayısıyla, tutuklama tedbirinin herhangi bir süreye bağlı olmaksızın, bir başka ifadeyle,

[9] Baytaç, Abdullah Batuhan: “Hükme Bağlı Tutukluluk”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 6, S. 2, Y. 2018, s.135.

[10] *Korcan Pulatsü*, Başvuru No: 2012/726, 02.07.2013, §33; *Ramazan Aras*, Başvuru No: 2012/239, 02.07.2013, §67; *Mehmet Emin Kılıç*, Başvuru No: 2013/5267, 07.03.2014, §26; *Hasan Elçi*, Başvuru No: 2013/6398, 03.04.2014, §32; *Ali Demir*, Başvuru No: 2013/1912, 17.09.2014, §24; *Kemal Kerinçsiz*, Başvuru No: 2014/1035, 10.06.2015 §22; *Şükrü Aydın*, Başvuru No: 2015/10260, 11.12.2018, §41; *Hasan Tüney/Mehmet Yazıcıoğlu*, Başvuru No: 2016/3958, 01.07.2020, §66; *Abdullah Kılıç*, Başvuru No: 2016/25356, 08.01.2020, §98; *Kadri Enis Berberoğlu*, Başvuru No: 2017/27793, 18.07.2018, §50; *Ahmet Hüseyin Altan*, Başvuru No: 2019/38086, 21.10.2020, §53; *Mehmet Şimşek*, Başvuru No: 2018/10953, 22.07.2020, §52; *Mehmet İlker Başbuğ*, Başvuru No: 2014/912, 06.03.2014, §49.

sınırsız bir süreyle uygulanması Anayasa'nın 19. maddesinde koruma altına alınan, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlalini gündeme getirmektedir. Bu bağlamda, CMK'nın 102. maddesinde tutuklamaya ilişkin azami süreler düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen suçlarda tutukluluk süresi en çok bir yıl olarak belirlenmiş olup, bu sürenin zorunlu hallerde altı ay daha uzatılabileceği hükme bağlanmıştır. O halde, ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen suçlar bakımından azami tutukluluk süresi, bir yıl altı aydır. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda ise tutukluluk süresi en çok iki yıl olarak belirlenmiş ve yine zorunlu hallerde bu sürenin üç yıl daha uzatılabileceği belirtilmiştir. Ancak, bazı suçlar bakımından özel bir düzenleme yapılarak uzatma süresinin beş yıl olduğu ifade edilmiştir. O halde, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlar bakımından azami tutukluluk süresi, beş yıl; aynı maddede özel olarak düzenlenen suçlar bakımından ise azami tutukluluk süresi yedi yıldır. Söz konusu bu süreler, “azami” tutukluluk süresi olduğundan bu sürelerin sonunda tahliye kararı verilmesi zorunludur. İşte bu noktada azami tutukluluk süresinin nasıl hesaplanacağı, CMK m.102'de hükme bağlanan sürelerin sadece ilk derece mahkemesi yargılamasında mı, yoksa ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamaya ek olarak istinaf ve temyiz aşamalarında da geçerli olup olmadığı meselesi gündeme gelmektedir^[11]. Bu bağlamda, 102. maddede kanun koyucu, “ilk derece yargılaması”, “istinaf ve temyiz aşaması” şeklinde bir ayırım yapmadığı gibi “soruşturma evresi”, “kovuşturma evresi” şeklinde de bir ayırım yapmadığından belirtilen azami süreler sadece ilk derece mahkemesinde yapılan yargılama boyunca değil, ceza muhakemesi sürecinin tamamı için geçerli olup^[12], istinaf ve temyiz aşamasını da kapsayacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

B. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Anayasa Mahkemesi'nin Konuya İlişkin İçtihatları

“Suç İsnadına Bağlı Tutma” ve “Mahkumiyete Bağlı Tutma” Ayırımı başlığı altında ifade edildiği gibi hükmen tutukluluk kavramı, Türk hukukuna Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.04.2011 tarihli kararıyla girmiştir. Söz konusu bu kararında Ceza Genel Kurulu, “*maddede belirtilen tutukluluk sürelerinin hesabında yerel mahkeme tarafından hüküm verilmeye kadar*

[11] Baytaz, a.g.m., s.141,142.

[12] Baytaz, a.g.m., s.143.

geçen süre dikkate alınmalı, buna karşın yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesinden sonra tutuklu sanığın hükmen tutuklu hale gelmesi nedeniyle temyizde geçen süre hesaba katılmamalıdır. Zira hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmakla sanığın atılı suçu işlediği yerel mahkeme tarafından sabit görülmekte ve bu aşamadan sonra tutukluluğun dayanağı mahkûmiyet hükmü olmaktadır^[13] demekle olayda azami tutukluluk süresinin aşılp aşılmadığını tespit ederken yerel mahkeme tarafından hükmün verilmesine kadar geçen süreyi dikkate almış, temyiz aşamasında geçen sürenin ise bu hesaplamada göz önünde bulundurulmayacağını belirtmiştir. Ceza Genel Kurulu, buna ek olarak, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS'nin 5. maddesinin uygulamasına ilişkin olarak verdiği kararlarda tutuklulukla ilgili makul sürenin hesabında, ilk derece mahkemesinin mahkumiyet hükmünden sonra geçen süreyi dikkate almamaktadır*”^[14] diyerek kararına dayanak olarak AİHM içtihatlarını göstererek CMK'nın 102. maddesinde yer alan düzenlemeye açıkça aykırı olan kararını bu şekilde haklı göstermeye çalışmıştır.

Anayasa Mahkemesi ise 2012/726 başvuru numaralı *Korcan Pulatsü* başvurusuna ilişkin kararında, her ne kadar azami tutukluluk süresinin hesaplanmasına ilişkin açık bir değerlendirme yapmamış olsa da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yarattığı hükmen tutukluluk kavramını benimsemiştir. Şöyle ki, anılan kararın 33.paragrafı uyarınca Anayasa Mahkemesi, “*Kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona erer. Çünkü bu durumda kişinin hukuki durumu “bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu” olma kapsamından çıkmaktadır. ... Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte*”^[15]dir diyerek Ceza Genel Kurulu'nun hükmen tutukluluk kavramını benimsediğini ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesinin azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında dikkate alınacak süreye ilişkin olarak açıkça bir değerlendirme yaptığı

[13] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.02.2011 tarih, 2011/1-51 Esas ve 2011/42 Karar Sayılı Kararı.

[14] Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.02.2011 tarih, 2011/1-51 Esas ve 2011/42 Karar Sayılı Kararı.

[15] *Korcan Pulatsü*, §33.

kararlarından^[16] bir tanesi ise 2012/1303 başvuru numaralı *Savaş Çetinkaya* başvurusudur. Mahkeme anılan kararında, “*tutukluluk süresinin hesabında ilk derece mahkemesi önünde yargılama aşamasında geçen sürelerin dikkate alınması gerekir. ... Temyiz aşamasında geçen süreler tutukluluk süresinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmaz*”^[17] diyerek, tıpkı Yargıtay Ceza Genel Kurulu gibi, yasa koyucu tarafından CMK’nın 102. maddesinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın, ceza muhakemesi sürecinin tamamı bakımından geçerli olacak şekilde öngörülen azami tutukluluk sürelerinin, yasa koyucunun söz konusu bu iradesine aykırı olarak, yalnızca ilk derece mahkemesinin yargılaması sırasında geçerli olduğunu kabul etmiştir. Buna ek olarak, Anayasa Mahkemesi anılan kararında, yine tıpkı Ceza Genel Kurulu gibi, “*nitekim AİHM, mahkûmiyet kararı sonrası tutulma halini tutukluluk olarak nitelendirmemekte ve temyiz aşamasında geçen süreyi tutukluluk süresinin hesabında dikkate almamaktadır*”^[18] demekle bir anlamda AİHM içtihadının arkasına sığınmıştır. Özetlemek gerekirse, her iki yüksek mahkeme de tutukluluk halini “*isnada bağlı tutukluluk*” ve “*hükme bağlı tutukluluk*” olmak üzere ikiye ayırmış olup; CMK’nın 102. maddesinde düzenlenen azami tutukluluk sürelerinin yalnızca ilk derece mahkemesinde yapılan yargılama süresince geçerli olduğunu, ilk derece mahkemesi tarafından hükmün verilmesinden sonra istinaf ve temyiz aşamalarında ise bu sürelerin dikkate alınmayacağını kabul etmişlerdir. O halde, her iki yüksek mahkemenin de benimsediği bu anlayıştan çıkarılacak sonuç, ilk derece mahkemesinin hükmünü vermesinden sonra tutuklulukta geçen sürenin, tutukluluk sürelerinden sayılmayacağı olup; tutuklamanın verilen hükmün kesinleşmesine kadar herhangi bir süreye tabi olmaksızın, süresiz olarak uygulanabileceğidir^[19]. Şüphesiz ki bu anlayış, hüküm kesinleşmeden infazın başlatılması anlamına gelecek olup, bir koruma tedbiri olan tutuklama, sanık hakkında adeta bir infaz müessesiymiş gibi uygulama

[16] *Hamit Kaya*, Başvuru No: 2012/338, 02.07.2013, §41; *Murat Aksu*, Başvuru No: 2013/9771, 10.06.2015, §25.

[17] *Savaş Çetinkaya*, Başvuru No: 2012/1303, 21.11.2013, §42.

[18] *Savaş Çetinkaya*, §42.

[19] Baytaz, a.g.m., s.145.

alanı bulacak^[20] ve sanığın en temel haklarından birisi olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali gündeme gelecektir.

C. AİHM'in Konuya İlişkin İçtihatları

Yukarıda da bahsedildiği gibi, gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu gerekse Anayasa Mahkemesi, istinaf ve temyiz aşamasında geçen sürenin tutukluluk süresinden sayılmayacağına dair kararlarına dayanak olarak başta *Wemhoff v. Almanya* kararı olmak üzere AİHM'in bu konudaki içtihatlarını^[21] göstermişlerdir.

AİHM'in 1968 tarihli *Wemhoff v. Almanya* kararı, bu konunun Mahkeme tarafından ilk kez ele alındığı dava olduğu için özellikle önemlidir. Anılan kararın 9. paragrafı uyarınca Mahkeme, AİHS m.5(3) kapsamında tutukluluk süresinin sonunun mahkumiyet kararının kesinleştiği gün değil, ilk derece mahkemesi tarafından suçlamanın karara bağlandığı gün olduğunu kabul etmiştir^[22]. Mahkemeye göre ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilen bir kişi, bu aşamaya kadar tutuklu olup olmadığı fark etmeksizin, bu aşamadan itibaren AİHS m.5(1)(a) uyarınca “mahkumiyet kararının verilmesinden sonra” özgürlüğünden yoksun bırakılan kişi olup, bunun için mahkumiyet kararının kesinleşmesine gerek yoktur^[23]. Görüldüğü üzere, AİHM de Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun “isnada bağlı tutma” ve “hükme bağlı tutma” ayırımına benzer bir şekilde “mahkumiyet kararının verilmesinden önce tutma” ve “mahkumiyet kararının verilmesinden sonra tutma” şeklinde tutulma halini ikiye ayırmış, tutuklamada makul sürenin değerlendirilmesinde dikkate alınacak zaman dilimini, tutuklama anının başlangıcından ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararına kadar olan

[20] İnci, a.g.m., s.110, 111.

[21] *Wemhoff/Almanya*, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968, §9; *Kalashnikov/Rusya*, Başvuru No: 47095/99, 15.07.2007, §110; *B. /Avusturya*, Başvuru No: 11968/86, 28.03.1990, §39; *Solmaz/Türkiye*, Başvuru No: 27561/02, 16.01.2007, §24; *Şahap Doğan/Türkiye*, Başvuru No: 29361/07, 27.05.2010, §26; *Cahit Demirel/Türkiye*, Başvuru No: 18623/03, 07.07.2009, §23.

[22] Doğru, Osman/Nalbant, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar (İHAS m. 2, 3, 4, 5, 6 ve 7), C.1, 1.Baskı, Ankara, 2012, s. 498, 499.

[23] Doğru/Nalbant, a.g.e., s. 499.

dönem ile sınırlı olarak tespit etmiştir^[24]. Mahkemenin, *Wemhoff* kararında ortaya koyduğu bu genel ilke, *B. v. Avusturya* kararında teyit edilmiştir. Şöyle ki Mahkeme, AİHS m.5(3) ile m.5(1)(c) arasında önemli bir bağlantının bulunduğunu ileri sürerek, ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilen ve temyiz aşamasının sonuçlanmasına kadar tutuklu kalan bir kişinin, bu aşamada, bir suç isnadına bağlı olarak tutulmakta olan bir kişi olarak görülemeyeceğini belirtmiştir^[25]. Buna ek olarak, Mahkeme, anılan kararında ilk derece mahkemesi tarafından mahkum edilen bir kişinin, hakkındaki temyiz başvurusu henüz sonuçlanmadan hapis cezasını çekmeye başlamış olup olmadığı konusunda her ne kadar sözleşmeye üye devletler arasında önemli farklılıkların bulunduğunu tespit etmişse de AİHS m5(3)'ün sağladığı teminatların ulusal mevzuatlara bağlı olmadığını belirterek, bir üye devletin iç hukuku, cezanın ancak tüm üst başvuru yollarının tüketilmesinden sonra kesinleşeceğini öngörse bile Sözleşme bakımından tutukluluğun, ilk derece mahkemesi tarafından cezanın verilmesi ile sona ereceğini kabul etmiştir^[26]. Görüldüğü üzere AİHM içtihatlarına göre, istinaf ve temyiz gibi üst başvuru yolları tutuklamada makul sürenin hesaplanmasında dikkate alınacak zaman dilimine dahil değildir.

Ancak, 2017 yılında verdiği bir kararla^[27] Mahkeme, söz konusu bu içtihadından dönme eğiliminde olduğunu göstermiştir. Şöyle ki, anılan kararın 35. paragrafı uyarınca Mahkeme, koşullu bir ifadeyle, yerel mahkemenin başvurusunun tutukluluğuna gerekçe olabilecek bir kaçma riskinin bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmesinin iç hukukta öngörülen, bir kimsenin temyiz gibi üst başvuru yolları da dahil olmak üzere, mahkumiyet sonrası değil, mahkumiyet kesinleşinceye kadar “tutuklu” olarak alıkonulması prensibine dayanmış olduğunu, her ne kadar Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre temyiz süresince başvurusunun tutukluluk hali AİHS m.5(1)(a)'ya tabi olduğundan, bu türden bir değerlendirme gerekli olmasa da, Sözleşmeye taraf olan devletin kendi iç hukukunun, Sözleşmenin sağladığı güvencelerden daha fazlasını sağlaması durumunda, iç hukuktaki düzenlemeye saygı

[24] Doğru/Nalbant, a.g.e., s. 499.

[25] Doğru/Nalbant, a.g.e., s.546.

[26] Doğru/Nalbant, a.g.e., s.546.

[27] *Stollenwerk/Almanya*, Başvuru No: 8844/12, 07.09.2017.

gösterilmesi gerektiğini belirtmektedir^[28]. Bir başka deyişle, AİHM, bu kararında her ne kadar kendi içtihadı bakımından böyle bir değerlendirmeye gerek olmasa da iç hukuk bakımından yerel mahkemenin yapmış olduğu değerlendirmeyi doğru bulmakla iç hukukun, Sözleşmeden daha ileri bir koruma sağlaması halinde üye devletin, kendi iç hukuku ile bağlı olacağını ifade etmiştir. Böylelikle Mahkeme, *Stollenwerk v. Almanya* kararı ile artık yalnızca Sözleşmeyi değil, üye devletin iç hukukunu da dikkate alacağı, somut olay bakımından iç hukukun Sözleşmeden daha ileri bir koruma sağlaması halinde, Sözleşme bakımından bir aykırılığın olup olmadığına bakmaksızın, iç hukuka aykırı bir durumun varlığını saptadığında ihlal kararı verebileceği yönünde bir mesaj vermiştir. Dolayısıyla, AİHM'in *Stollenwerk* kararı, 1968 yılından bu yana uygulanmakta olan *Wemhoff* kararında ortaya koyduğu içtihadından dönme niyetinde olduğunu gösterdiğinden özellikle Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Anayasa Mahkemesi gibi kararlarının doğruluğunu AİHM içtihatlarına dayandıran mahkemeler bakımından özel bir önem taşımaktadır.

III. HÜKMEN TUTUKLULUK KAVRAMININ YARATTIĞI SORUNLAR

Yukarıda da değinildiği gibi, CMK m.102'de düzenlenen azami tutukluluk süreleri, ceza muhakemesi sürecinin tümü bakımından geçerli olup yasa koyucu, bu sürelerin sadece ilk derece mahkemesi yargılaması sırasında geçerli olacağı yönünde açık bir düzenleme yapmamıştır. Bunun da ötesinde, Türk Ceza Hukuku mevzuatı biraz daha derinlemesine incelediğinde görülecektir ki sadece CMK m.102'de değil, mevzuatın hiçbir yerinde “hükmen tutukluluk” kavramına yer verilmemiştir. Dolayısıyla, Türkiye'deki yüksek mahkemelerimiz tarafından uygulamada “hükmen tutukluluk” adı altında azami tutukluluk sürelerinin kanunun öngördüğünden başka şekilde yorumlanması, sanığın kişi özgürlüğü başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesine yol açmasının yanında, açıkça kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Şöyle ki, CMK'nın *Tanımlar* başlıklı 2. maddesine göre *şüpheli*, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi; *sanık*, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiyi; *soruşturma*, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi; ve nihayet *kovuşturma*, iddianamenin kabulüyle başlayıp

[28] Baytaz, a.g.m., s.148.

hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Söz konusu bu dört kavrama, tutuklamanın şüpheli veya sanık hakkında uygulama alanı bulan bir koruma tedbiri olduğu bilgisi de eklendiğinde ortaya çıkan sonuç çok açıktır: tutuklama tedbiri, sadece şüpheli veya sanık hakkında uygulanabilen bir tedbir olduğundan ve kişi, hükmün verilmesine kadar değil, hükmün kesinleşmesine kadar sanık sıfatına sahip olduğundan ilk derece mahkemesinin hükmünü vermesinden sonra, istinaf ve temyiz aşamasında da kişinin hukuki statüsü, “hükmen tutuklu” değil, salt “tutuklu”dur. Bir başka deyişle, sanık, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade eden kovuşturma süreci boyunca suç şüphesi altında bulunan kişi olduğundan ilk derece mahkemesi tarafından mahkumiyete hükmedilmiş olması, hüküm henüz kesinleşmediği için, kişinin “sanık” sıfatını sona erdirmemektedir^[29]. Dolayısıyla, kişinin sanık sıfatı sona ermeden, başka bir deyişle, kovuşturma aşaması sona ermeden sanık hakkında verilen mahkumiyet hükmünün infazına başlanması kanunen mümkün değildir^[30]. Nitekim, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 4. maddesinde “mahkumiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz” demekle yasa koyucu, bir anlamda “hükmen tutukluluk” türünden bir uygulamayı açıkça yasaklamıştır. Dolayısıyla, gerek CMK’nın *Tanımlar* başlıklı 2. maddesi gerekse 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun’un 4. maddesinin netliği karşısında Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi’nin henüz “hükümlü” sıfatına sahip olmayan bir kişinin tutukluluğunu, kanunda yer almayan bir kavram yaratarak, “hükme” dayandırması kanuna açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yaratılan ve mevzuatta yeri olmayan hükmen tutukluluk kavramının neden olduğu bir diğer önemli sorun, denetimli serbestlik ve koşullu salıverilme müesseselerinde kendini göstermektedir. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 105/A maddesinde hükümlülerin, koşullu salıverilme süresinden önce, denetimli serbestlik kurumundan faydalanarak cezalarının infazına

[29] Özen, Muharrem/Güngör, Devrim/Ergün Okuyucu, Güneş: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/4, s.185.

[30] Özen/Güngör/Ergün Okuyucu, a.g.m., s.185.

cezaevi dışında devam etmeleri imkanı düzenlenmiştir^[31]. Bilindiği üzere, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik kurumları sadece “hükümlüler” hakkında uygulanabilen kurumlardır. İşte hükmen tutukluluk adı altında istinaf ve temyiz aşamasında geçen sürelerin azami tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmaması, söz konusu bu kanun yolu yargılamalarının uzun sürmesine ve çoğunlukla, bu aşamada tutuklu olarak geçirilen sürelerin, karar kesinleşmiş olsa idi ceza infaz kurumunda fiilen infaz edilecek olan süreyi aşmasına yol açtığından sanık üzerinde bir baskı oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, böyle bir durumda sanık, sadece hükümlü sıfatını alan kişiler için geçerli olan bu kurumlardan faydalanabilmek için, hakkında verilen hükmün kesinleşmesi gerektiğinden, istinaf veya temyiz kanun yollarına başvurma hakkından vazgeçmek durumunda kalabilmektedir^[32]. Şüphesiz ki böyle bir sonuç, dolaylı olarak da olsa, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyeti ile yine aynı maddede düzenlenen ve adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlalini gündeme getirmektedir.

Hükmen tutukluluk kavramı bakımından uygulamada ortaya çıkan bir diğer sorun, TCK m.63'te düzenlenen mahsup kurumu ile ilgilidir. Şöyle ki, mahsup, hüküm kesinleşmeden önce kişi özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilen sürelerin, mahkum olunan cezadan indirilmesi olup, bu indirimin yapılabilmesi için kişinin bir suç nedeniyle kişi özgürlüğünden mahrum edilmiş olması gerekmektedir^[33]. Tutuklama koruma tedbiri, kişi özgürlüğünden mahrumiyete yol açan bir işlem olduğundan hüküm kesinleşmeden önce tutuklulukta geçirilen sürenin, mahkum olunan cezadan indirilmesi gerekecektir. Bu noktada, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yaratılan ve Anayasa Mahkemesi tarafından da desteklenen istinaf ve temyiz aşamasında geçirilen sürelerin, azami tutukluluk süresinden sayılmayacağı prensibi esas alınacak olursa bu sürelerin, tutukluluk süresi olarak sayılmadıkları için, mahkum olunan

[31] Ersan Şen / Beyza Başer Berkün, “Tutukluluğun Değerlendirilmesinde Fiili İnfaz Süresi Kriteri”, <<https://sen.av.tr/tr/makale/fiili-infaz-suresi>>, (Erişim Tarihi: 11.04.2021)

[32] Ersan Şen / Beyza Başer Berkün, “Tutukluluğun Değerlendirilmesinde Fiili İnfaz Süresi Kriteri”, <<https://sen.av.tr/tr/makale/fiili-infaz-suresi>>, (Erişim Tarihi: 11.04.2021)

[33] Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk: Ceza Hukuk Genel Kısım, 22. Baskı, Ankara, 2016, s.437.

cezadan indirilmemesi gerekir. Fakat, uygulamaya bakıldığında durum tam tersi olup, istinaf ve temyiz aşamasında geçirilen süreler de mahsup aşamasında dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla, burada haklı olarak şu soru gündeme gelmektedir: yüksek mahkemelerimiz azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında dikkate almadığı bir zaman dilimini neden mahkum olunan hapis cezasından indirmektedir?

Hükmen tutukluluk kavramını savunanlar, kendilerine dayanak olarak 45/1 numaralı, Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler başlığını taşıyan genelgeyi göstermektedirler. Şöyle ki, savunuculara göre anılan genelgede “tutuklu”, “hükümözlü” ve “hükümlü” olmak üzere üç ayrı hukuki statüden bahsedilmiş olduğundan, hakkında ilk derece mahkemesince mahkumiyet hükmü kurulan ve fakat cezası henüz kesinleşmeyen sanıkların hukuki statüsünün “hükümözlü” olduğu ve bu kavramın genelgede açıkça ifade edilmiş olması dolayısıyla Türk Ceza Hukuku mevzuatında yer almayan bir kavram olmadığı ileri sürülmektedir^[34]. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Şöyle ki, normlar hiyerarşisi prensibine göre hukuk normları yukarıdan aşağıya doğru olmak üzere; Anayasa, Kanunlar ve Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri, Yönetmelikler ve nihayet, en altta Genelge, Tebliğ, Yönerge gibi adsız düzenleyici işlemler olmak üzere sıralanmakta olup, alt kademedede yer alan bir normun üst kademedeki bir norma aykırı olması veya onun kapsamını aşan düzenlemeler içermesi mümkün değildir. O halde, Anayasa’da ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5271 sayılı Türk Ceza Muhakemesi Kanunu başta olmak üzere diğer kanunlarda hiçbir şekilde yer almayan bir kavramın, normlar hiyerarşisinin en alt kademesinde bulunan normlardan birisi olan genelgede yer alması gerekçe gösterilerek kişinin en temel haklarından birisi olan kişi özgürlüğü hakkı hukuken sınırlandırılabilir mi?^[35] Şüphesiz böyle bir uygulama, anılan genelgeyi Türk Ceza Kanunu ve Türk Ceza Muhakemesi Kanunu ile aynı seviyeye getirmek sonucunu doğurur ki bu, normlar hiyerarşisi prensibi uyarınca mümkün değildir.

[34] Dönmez, Halit: “CMK 102’deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2010, S.4, s.195.

[35] Korkut, Levent: “Türkiye’de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2014, s.103.

IV. ANAYASA M.90/SON VE AİHS M.53'ÜN KONUYA İLİŞKİN ÖNEMİ

İlk olarak, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*” denilmekle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşme hükümleri ile iç hukukun çatışması halinde, sözleşmeye üstünlük tanınacağı Anayasa'da güvence altına alınmıştır. Ancak burada önemli bir ayrıntı vardır: Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşme hükümleri ile iç hukukun çatışması halinde sözleşmeye üstünlük tanınırken, iç hukukun “aleyhe” olması hali dikkate alınmıştır^[36]. Gerçekten söz konusu bu cümlenin Anayasa'ya eklenmesi düşüncesinin arka planında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerin iç hukukta yürürlüğe konulmuş kanunlara kıyasla “daha lehe” hükümler getirmekte olduğu varsayımı yatmaktadır^[37]. Dolayısıyla, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası ile kast edilen, milletlerarası sözleşme hükümleri ile iç hukukun çatışması ve sözleşme hükümlerinin daha lehe olması halinde ancak iç hukukun uygulanmayacağıdır^[38]. Bu bağlamda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Anayasa Mahkemesi'nin, Türk Ceza Hukuku mevzuatının herhangi bir yerinde düzenlenmeyen hükmen tutukluluk kavramını yaratırken, AİHS m.5(1)(a) ve AİHM içtihatlarına, özellikle *Wemhoff* içtihadına, üstünlük tanınması Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına aykırıdır çünkü, AİHM, ilk derece mahkemesinin kararını vermesinden sonra temyiz aşamasını AİHS m.5(1)(a) kapsamında “hükümlülük” olarak değerlendirirken; ulusal mevzuatımız, istinaf ve temyiz aşamasında tutuklu olan kişiyi, “hükümlü” olarak değil, halen “sanık” olarak kabul etmektedir^[39]. Bir başka ifadeyle,

[36] Balcı, a.g.m., s.36.

[37] Aktan, Hamdi Yaver: “Uluslararası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza Dairelerince Uygulanması”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, m.90/son), TBB Yayınları, Ankara, 2004, s.142.

[38] Gülmez, Mesut: “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md.90/son) Konulu Panelin İkinci Oturumuna Sunulan Önbildiri”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md.90/son), TBB Yayınları, Ankara, 2004, s.142. s.72.

[39] Özen/Güngör/ Okuyucu Ergün, a.g.m., s.181.

AİHM, tutuklulukta geçirilen sürelerin makul olup olmadığını incelerken sadece ilk derece yargılaması sırasında tutuklu olarak geçirilen süreyi dikkate almakta olup, temyiz aşamasında tutuklu olarak geçirilen süreyi bu kapsamda değerlendirmemektedir^[40]. Oysa, Türk Ceza Hukuku bakımından azami tutukluluk süresinin hesaplanmasında dikkate alınacak olan zaman dilimi, ilk derece yargılaması ile sınırlı olmayıp, istinaf ve temyiz aşamasını da içermektedir. Dolayısıyla, iç hukukumuzun bu kapsayıcı düzenlemesi karşısında AİHS ve AİHM içtihadına üstünlük verilmesi, iç hukukta daha lehe bir düzenleme bulunmasına rağmen, bunun görmezden gelinerek, daha aleyhe olan bir düzenlemenin uygulanması anlamına geleceğinden Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının düzenlenme gerekçesine açıkça aykırıdır.

Hükmen tutukluluk kavramı, sadece Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına değil, aynı zamanda AİHS m.53'e de aykırıdır. Şöyle ki, anılan madde uyarınca *"bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlandıracak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz"* denilmekle AİHS'in insan haklarını ve temel özgürlükleri asgari ölçüde koruyan bir sözleşme olduğu, dolayısıyla, iç hukukta bu konuda daha ileri koruma sağlayan düzenlemelerin bulunması halinde AİHS'in, söz konusu bu iç hukuk düzenlemelerini sınırlayıcı veya ihlal edici şekilde yorumlanamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bir başka ifadeyle, AİHS m.53, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi asgari koruma sağlayan bir sözleşme olduğundan, bu Sözleşmeye taraf olan devletlerin, Sözleşme ile sağlanan güvencelerden daha ileri güvenceleri kabul edebilmesine imkan tanımaktadır^[41]. Burada göz ardı edilmemesi gereken husus, Sözleşmenin sağladığı güvencelerin gerisine düşülmemesidir^[42], yoksa Sözleşmeden daha ileri koruma sağlayan düzenlemelerin öngörülmesi her zaman için mümkündür. Bu doğrultuda, yukarıda açıklandığı gibi, gerek CMK m.102'de düzenlenen azami tutukluluk sürelerinin, sadece ilk derece mahkemesi önündeki yargılamayı değil, istinaf ve temyiz aşaması da dahil

[40] Özen/Güngör/Okuyucu Ergün, a.g.m., s.183.

[41] Katoğlu, Tuğrul., "Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, Y. 2011, S. 4, s.25.

[42] Katoğlu, a.g.m., s.25.

olmak üzere tüm ceza muhakemesi sürecini kapsamı gerekse, CMK m.2'de düzenlenen kavramlar uyarınca kovuşturma evresinin, istinaf ve temyiz sürecini de kapsayan bir evre olması ve kişinin kovuşturma evresi boyunca yasal statüsünün "sanık" olması karşısında bu süreci, AİHS m.5(1) (a) kapsamında "hükümlülük" olarak değerlendiren AİHM uygulamasından iç hukukumuzun sanık bakımından daha lehe olduğu ve dolayısıyla lehe olan düzenlemeye üstünlük tanınması gerektiği açıktır. Dolayısıyla, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin kendi iç hukuklarındaki daha lehe olan düzenlemeleri ihmal ederek, AİHS ve AİHM içtihatlarına üstünlük vermesi, Sözleşmeye uygun karar vermek değil; tam aksine, Sözleşmeyi ihlal etmek demektir. Bu bağlamda, nihai amaç, Sözleşmeye uygun davranmak ise, yüksek mahkemelerimizin istinaf ve temyiz aşamasında geçirilen süreleri de azami tutukluluk süresinin hesabında dikkate alması gerekmektedir.

SONUÇ

CMK'nın 102. maddesinde düzenlenen azami tutukluluk süreleri, yasa koyucu tarafından aksi yönde bir düzenleme yapılmadığı için, suç şüphesinin öğrenilmesi ile başlayan ve kişi hakkında verilen kararın kesinleşmesiyle sona eren ceza muhakemesi sürecinin tamamı için geçerlidir. Yine, CMK'nın 2. maddesi uyarınca kişi, hakkında verilen kararın kesinleşmesine kadar kovuşturma süreci içerisinde yer almakta olup, bu süre boyunca hukuki statüsü, "sanık"tır. Dolayısıyla, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından AİHM içtihatlarının sadece birkaç paragrafına dayanılarak yaratılan ve Anayasa Mahkemesi tarafından da desteklenen istinaf ve temyiz aşamasında geçirilen sürelerin, azami tutukluluk süresinin hesabında dikkate alınmayacağı, kısa ifadesiyle, hükmen tutukluluk prensibi, Türk Ceza Hukuku mevzuatına açıkça aykırıdır. Buna ek olarak, hükmen tutukluluk kavramı, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası ile AİHS'in 53. maddesine de açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Söz konusu bu maddelerin ortak noktası, her iki maddede de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak asgari bir koruma getirdiği, Sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukukunda bu asgari korumanın üzerinde bir korumanın mevcut olması halinde ise iç hukuktaki düzenlemeye itibar edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, CMK'nın yukarıda belirtilen maddeleri dikkate alındığında iç hukukumuzun, temyiz aşamasını, AİHS m.5(1)(a) kapsamında "hükümlülük" olarak değerlendiren ve dolayısıyla bu aşamada tutuklu olarak geçirilen süreyi, makul sürenin hesaplanmasında dikkate almayan AİHM içtihatlarından daha ileri bir koruma sağladığı konusunda hiç şüphe yoktur. Dolayısıyla, yüksek mahkemelerimizin bu maddeleri ihmal ederek hükmen tutukluluk kavramına dayanarak karar vermeleri gerek Anayasayı gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal niteliği taşımaktadır. Kaldı ki AİHM, 2017 yılında verdiği *Stollenwerk* kararı ile bizzat kendisi, kararını verirken artık yalnızca Sözleşmeyi dikkate almayacağını, üye devletlerin iç hukukunu da göz önünde bulunduracağını ifade ederek, 1968 yılında verdiği *Wemhoff* kararından bu yana yerleşik hale gelmiş olan içtihadından vazgeçme eğiliminde olduğunu göstermiştir. Dolayısıyla, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi artık bu konuda karar verirken kendilerine dayanak olarak AİHM içtihatlarını göstermeden önce bir kez daha düşünmeli, iç hukukumuz hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde Sözleşmeden çok daha ileri bir koruma sağladığından ve AİHM de artık daha ileri koruma sağlayan iç hukuku dikkate alma eğiliminde olduğundan olası bir başvuruda,

Mahkemenin ihlal kararı verebileceğini göz önünde bulundurmalarıdır. Sonuç olarak, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin başta Anayasa'ya ve yasa koyucunun yapmış olduğu düzenlemelere aykırı olarak benimsedikleri bu prensipten vazgeçmeleri, uzun süren yargılamaların faturasını sanığa, en temel haklarından birisi olan kişi özgürlüğü ve güvenliğini ihlal edecek şekilde çıkarmamaları gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar / Makaleler / Tezler

Aktan, Hamdi Yaver: “Uluslararası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza Dairelerince Uygulanması”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, m.90/son), TBB Yayınları, Ankara, 2004.

Balcı, Murat: “Tutukluluk Süreleri ve Temyiz Aşaması”, İstanbul Barosu Dergisi, C.85, S.6, 2011.

Baytaç, Abdullah Batuhan: “Hükme Bağlı Tutukluluk”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, S.2, 2018.

Çubuklu, Nazlı: “Ceza Yargılaması Hukukunda Tutuklama”,

https://dSPACE.anKara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/33714/Nazl%25C4%25B1_Cubuklu.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Doğru, Osman/Atilla Nalbant: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Şen Matbaası, Ankara, 2012.

Dönmez, Halit: “CMK 102'deki Tutukluluk Süresiyle İlgili Değerlendirme”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/4.

Gülmez, Mesut: “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, M.90/Son) Konulu Panelin İkinci Oturumuna Sunulan Önbildiri”, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, m.90/son), TBB Yayınları, Ankara, 2004.

İnci, Zekiye Özen: “Tutukluluk ve Hükümlülük Arasındaki Araf: Hükmen Tutukluluk ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 9, S. 25, Y. 2014.

Katoğlu, Tuğrul: “Tutuklama Tedbirine İlişkin Sorunlar”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 69, S. 2011/4.

Korkut, Levent: “Türkiye’de Tutukluluk Sürelerinin İnsan Hakları Boyutu: Hukuki Çerçeve ve Uygulama Üzerine Bir Değerlendirme”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2014.

Özen, Muharrem/**Güngör**, Devrim/**Okuyucu Ergün**, Güneş: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler”, Ankara Barosu Dergisi, Y.68, S. 2010/4.

Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk: Ceza Hukuk Genel Kısım, 22. Baskı, Ankara, 2016.

İnternet Kaynakları

Ersan **şen**/Beyza **Başer Berkün**, “Tutukluluğun Değerlendirilmesinde Fiili İnfaz Süresi Kriteri”, <<https://sen.av.tr/tr/makale/fiili-infaz-suresi>>.

Yargıtay Kararları

1. YCGK, 31.01.2006 tarih, 2006/1-4 Esas ve 2006/7 Karar Sayılı Kararı.
2. YCGK, 11.04.2011 tarih, 2011/1-51 Esas ve 2011/42 Karar Sayılı Kararı.

AYM ve AİHM Kararları

1. *Abdullah Kılıç*, Başvuru No: 2016/25356, 08.01.2020.
2. *Ahmet Hüsrev Altan*, Başvuru No: 2019/38086, 21.10.2020.
3. *Ali Demir*, Başvuru No: 2013/1912, 17.09.2014.
4. *B. /Avusturya*, Başvuru No: 11968/86, 28.03.1990.
5. *Cahit Demirel/Türkiye*, Başvuru No: 18623/03, 07.07.2009.
6. *Hasan Elçi*, Başvuru No: 2013/6398, 03.04.2014.
7. *Hasan Tüney/Mehmet Yazıcıoğlu*, Başvuru No: 2016/3958, 01.07.2020.
8. *Hamit Kaya*, Başvuru No: 2012/338, 02.07.2013.

9. *Kadri Enis Berberoğlu*, Başvuru No: 2017/27793, 18.07.2018.
10. *Kalashnikov /Rusya*, Başvuru No: 47095/99, 15.07.2007.
11. *Kemal Kerinçsiz*, Başvuru No: 2014/1035, 10.06.2015.
12. *Korcan Pulatsü*, Başvuru No: 2012/726, 02.07.2013.
13. *Mehmet Emin Kılıç*, Başvuru No: 2013/5267, 07.03.2014.
14. *Mehmet İlker Başbuğ*, Başvuru No: 2014/912, 06.03.2014.
15. *Mehmet Baransu (2)*, Başvuru No: 2015/7231, 17.05.2016.
16. *Mehmet Şimşek*, Başvuru No: 2018/10953, 22.07.2020.
17. *Murat Aksu*, Başvuru No: 2013/9771, 10.06.2015.
18. *Ramazan Aras*, Başvuru No: 2012/239, 02.07.2013.
19. *Savaş Çetinkaya*, Başvuru No: 2012/1303, 21.11.2013.
20. *Solmaz/Türkiye*, Başvuru No: 27561/02, 16.01.2007.
21. *Stollenwerk/Almanya*, Başvuru No: 8844/12, 07.09.2017.
22. *Şahap Doğan/Türkiye*, Başvuru No: 29361/07, 27.05.2010.
23. *Şükrü Aydın*, Başvuru No: 2015/10260, 11.12.2018.
24. *Wemhoff/Almanya*, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968.