



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • Yıl 7 • Sayı 2022/1

ISSN: 2149-5831
E-ISSN: 2791-8971



YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.



HUKUK FAKÜLTESİ

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi

Yıldırım Beyazıt Law Review

YBHD • 2022/1

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi (YBHD)

Yıldırım Beyazıt Law Review

Adına Yayın Sahibi / Owner on Behalf

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Managing Editör

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

EDİTÖRLER KURULU

Baş Editör

Doç. Dr. F. Ebru GÜNDÜZ

Editörler

Dr. Öğr. Üyesi Belkıs VURAL ÇELENK

Dr. Öğr. Üyesi Murat EKİNCİ

Yabancı Dil Editörleri

Öğr. Gör. Dr. Ebru DEMİR (*İngilizce Dil Editörü*)

Öğr. Gör. Dr. Tuğrul ÇAKIR (*Fransızca Dil Editörü*)

Arş. Gör. Köroğlu KAYA (*Almanca Dil Editörü*)

Editör Yardımcıları

Arş. Gör. Emre İkbal AÇIKGÖZ - Arş. Gör. Ömer Vehip ÖNEN

Arş. Gör. Dilara KARLI - Arş. Gör. Hilal Büşra OSMANLI

Arş. Gör. Hatice ATALAY - Arş. Gör. Aybeniz AKLAN

Arş. Gör. Mehmet Zahid YENER - Arş. Gör. Sıdıka BULUŞ

Arş. Gör. Muhammed Emin YILDIZ

Mizanpaj Editörü

M. Yusuf KARATOSUN

ISSN: 2149-5831

E-ISSN: 2791-8971

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD) 6 aylık yaygın süreli hakemli bir dergidir.

"Dergide yayınlanan yazılardaki görüşler yazarlarına aittir."

Bu çalışma Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Bilimsel Araştırma Projeleri (BAP) kapsamında desteklenmektedir.

Basım Tarihi / Date of Publication: Ocak 2022 / January 2022

Yayın Türü / Publication Type: Uluslararası Süreli Yayın / International Periodical Publication

Yönetim Yeri Adresi / Place of Management: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

15 Temmuz Şehitleri Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Etik / ANKARA

Tel. / Phone: (+90) 312 906 21 02 • **Belge Geçer / Fax:** (+90) 312 906 29 62

Elektronik Ağ / Website: www.ybhukukdersisi.com • **E-posta / E-mail:** ybhukukdersisi@ybu.edu.tr

Basım Yeri / Printinghouse: Tam Pozitif Reklamcılık ve Matbaacılık Ltd. Şti., Çamlıca Mah. 145. Sk.

No:10/11, 06200 Yenimahalle/ANKARA, www.pozitifmatbaa.com

YAYIN KURULU

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Neslihan KARATAŞ DURMUŞ

Brüksel Büyükelçiliği Eğitim Müşavirliği

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DANIŞMANLAR KURULU

Prof. Dr. Yücel ACER

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Talat CANBOLAT

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Assoc. Prof. Dr. Pablo FERNANDEZ

Carballo-Calero Univeristy of Vigo Faculty of Law

EDİTÖRLER KURULUNDAN

Kıymetli Okuyucular,

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nin (YBHD) 13. sayısını (2022/1), sizlerle buluşturmanın heyecanını ve sevincini yaşıyoruz. Tr Dizin, EBSCO, Heinonline ve Asos indekslerinde taranan Dergimiz, sizlerin de katkısı ile yayına çıktığı ilk günden bugüne kadar istikrarlı bir şekilde yayın hayatına devam etmektedir.

Bu sayımızda, hukukun farklı konularına ilişkin olarak hazırlanmış birbirinden değerli dört kamu hukuku alanına, dört özel hukuk alanına ilişkin toplam sekiz makale yer almaktadır.

Dergimize değerli çalışmalarını gönderen tüm yazarlarımıza ve Dergimizde yer alan çalışmalara hiçbir karşılık beklemezsiniz yaptıkları özverili değerlendirmeleri ile desteklerini esirgemeyen saygıdeğer hakemlerimize şükranlarımızı sunarız.

Son olarak, Dergimizin yayına hazırlanmasında emeği geçen tüm çalışma arkadaşlarımıza teşekkür eder ve Dergimizin siz okuyucularımız için faydalı olmasını dileriz.

YBHD Editörler Kurulu

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ (YBHD)
Yıldırım Beyazıt Law Review (YBLR)

İÇİNDEKİLER / CONTENTS*

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Devletlerarası Zararlara Yönelik Tazminatın Belirlenmesi

Determination of Compensation for Inter-State Damages in the Law on State Responsibility

Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER

Arş. Gör. Muhammed Halid KAVAK 1

Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Ultra Vires Kararlarının Sınırları ve Yargısal Denetimi

Limits and Judicial Review of the United Nations Security Council's Ultra Vires Decisions

Dr. Öğr. Üyesi Şahin Eray KIRDIM 31

* Makaleler yazarların unvanına göre, aynı unvandaki yazarların makaleleri ise soyadlarına göre sıralanmıştır.

İdare Hukukunda Cumhurbaşkanlığı Yardımcılığı Modeli ve Bu Modelin Kökenleri Bağlamında Sadrazamlık Örneği

The Vice Presidency Model in Administrative Law and the Example of the Vizier-I Azam in the Context of the Origins of this Model

Arş. Gör. Melikşah ÇIRAKOĞLU 73

Analyse Eines Klassischen Urteils des Bverfg Zum Thema Meinungsfreiheit und Ehrenschtutz: „Soldatenurteil“

Alman Anayasa Mahkemesinin İfade Özgürlüğü ve Kişilerin Onurunun Korunması Hakkında Klasikleşmiş "Asker Kararı" Üzerine Bir İnceleme

Arş. Gör. Can Eralp ELİBOL 125

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Vakıf Yükseköğretim Kurumları ile Akademik Personel Arasında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu

The Question of which Labour Contract can be made between Foundation Higher Education Institutions and Academic Staff

Dr. Seracettin GÖKTAŞ 145

Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması

Revocation or Restriction of the Powers of the Marital Representation of the Spouses

Arş. Gör. Dr. Aziz Erman BAYRAM 189

Network Marketing Sözleşmesi

Network Marketing Contract

Arş. Gör. Elif AVCI 229

Türk İş Hukukunda Evden Çalışma

Work From Home in Turkish Labor Law

Arş. Gör. Rabia Büşra ERAFŞAR 279

**KAMU
HUKUKU**

ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA DEVLETLERARASI ZARARLARA YÖNELİK TAZMİNATIN BELİRLENMESİ*

Doç. Dr. Hakkı Hakan ERKİNER**

Arş. Gör. Muhammed Halid KAVAK***

ÖZET

Bu çalışma uluslararası sorumluluk esasları çerçevesinde onarım yöntemlerinden biri olan tazminatın devletlerarası zararlar açısından incelemesini yapmaktadır. Çalışma bu bağlamda devletlerin uluslararası haksız fiilleri neticesinde meydana gelen zararlardan yalnızca devletlerin maruz kaldığı zararlar kapsamında bir incelemedir. Bu kapsamda, öncelikle uluslararası sorumluluk hukuku rejiminde zararın onarımı, onarım yükümlülüğü ve onarım yöntemleri incelenmiştir. Onarım yükümlülüğünün mahiyeti, kapsamı ve sonuçlarından bahsedildikten sonra tazminata tabi zararın kapsamı ve zarar türleri belirtilmiştir. Anılan hususlar, tazminatın hesaplanmasını, tazminat miktarını ve hatta tazminatın şeklini doğrudan etkilemektedir. Ayrıca tazminat ile onarılacak zararın mahiyetinin ve miktarının belirlenmesi tazminatın hesaplanması aşamasının ön sürecidir. Bunun devamında eldeki çalışmada tazminatın uluslararası hukuka özgü niteliği ve tazminat miktarının hesaplanmasında başvuru ilke ve esaslar belirtilip incelenmiştir. Vurgulamak gerekir ki bu çalışmanın kapsamına devletlerin uluslararası haksız fiillerinden kaynaklanan ve yalnızca başka devlet ve devletlere yönelik zararlar girmektedir. Dolayısıyla uluslararası örgütlere, gerçek veya hükmî şahıslara yönelik zararlar ile uluslararası hukuka uygun birtakım faaliyetlerden kaynaklanan zararların onarılması bu incelemenin kapsamı dışındadır.

Anahtar kelimeler: Uluslararası Hukukta Tazminat, Uluslararası Hukukta Zarar, Uluslararası Sorumluluk Hukuku, Uluslararası Hukukta Zararın Onarımı, Devletlerarası Zarar, Devletlerarası Tazminat.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1004117– Geliş Tarihi: 03.10.2021 – Kabul Tarihi: 29.11.2021

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, herkiner@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0779-6414.

*** İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, halid.kavak@bakircay.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7757-1555.

DETERMINATION OF COMPENSATION FOR INTER-STATE DAMAGES IN THE LAW ON STATE RESPONSIBILITY

ABSTRACT

This study examines compensation for inter-state damages in the context of the law on international responsibility. In this context, this study examines only inter-state damages from all harmful consequences caused by the internationally wrongful act of the State. First of all, the concept of reparation, state's obligation to reparation and method of reparation in the international responsibility law regime will be examined. Then, the obligation to reparation and its legal consequences will be expressed. Types of damage falling within the scope of the obligation to reparation will be explained. This determination directly affects the calculation of compensation, the amount of it and even the form of it. In addition, determining the feature and amount of the damage to be repaired with compensation is the preliminary process of the calculation of compensation. Besides, the unique form of compensation in international law and the principles applied in the calculation of compensation will be specified and examined. It should be noted that the scope of this study is the inter-state damages arising from the internationally wrongful act of the states. Therefore, the reparation of damages to international organizations and natural/legal persons; also, damages resulting from certain activities not prohibited by international law are out of the scope of this study.

Keywords: Compensation in International Law, Damage in International law, Law on International Responsibility, Reparation in International law, Inter-state damage, Interstate Compensation.

GİRİŞ

Devletler kural olarak, uluslararası hukuka aykırı fiillerinden sâdır olan zararı onarmakla yükümlüdür. Onarım yükümlülüğü hukukun yerleşik ilkelerindedir. Devletlerin uluslararası haksız fiillerinden sorumluluğuna ilişkin en kapsamlı çalışma BM Genel Kurulu tarafından 12 Aralık 2001 tarihinde A/RES/56/83 sayılı kararı ile kabul edilen Uluslararası Hukuk Komisyonunun (UHK) Devletin *Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler 2001 Nihai Metnidir*. Bu metin devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğmasını, sonuçlarını, uygulanmasını ve sorumluluğu etkileyen esasları düzenleyen teamül hukuku normlarının belirtilmesinden ibarettir.

Bu çalışma, devletlerin uluslararası haksız fiil sorumluluğu kapsamında zararın onarımının aldığı görünümleden biri olan “tazminat onarım yöntemi”ni incelemiştir. Bu sebeple öncelikle kısaca sorumluluk hukuku kurallarından bahsedilmiş (I), sonrasında sorumluluk hukuku kapsamında oluşan zararın giderilmesine ilişkin temel ilke olan onarım yükümlülüğü ve onarım yöntemlerinden bahsedilmiştir (II). Devamında, zarar konusu incelenmiştir (III). Her türlü zarar tazminat ile onarılamamaktadır. Zarar başlıklı III. Bölümde özellikle uluslararası sorumluluk hukukunda zarar kavramı ve zararın kapsamı incelenmiş. Devletlerarası zarar kalemleri açısından hangi zararların tazminata tabi zararlar olduğu belirlenmiştir. Tazminata tabi zararların çerçevesinin belirlenmesi devletlerarası tazminata hangi zararlar açısından başvurulabildiğinin tespiti açısından önemlidir. IV. Bölümde ise uluslararası sorumluluk mekanizmasında tazminat kavramı (A), tazminatın niteliği ve tazminat belirlenirken dikkate alınan temel ilkeler (B) ve son olarak da hem maddi hem manevi tazminatın belirlenmesi (C) konuları incelenmiştir.

I. ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKU KURALLARI

Devletlerin uluslararası sorumluluğunun temel esaslarını belirleyen kurallar, “uluslararası sorumluluk hukuku” veya “devletlerin uluslararası haksız fiil sorumluluğu” olarak ifade edilmektedir. Uluslararası sorumluluk hukuku

kuralları teamül hukuku kaynaklıdır. BM (Birleşmiş Milletler) Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) 1949'da Devlet sorumluluğuna ilişkin teamül hukuku kurallarının tespit edilip kodifiye edilmesi amacıyla konuyu gündemine almıştır. Yarım asrı aşan çalışma sonucunda *Devletin Uluslararası Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler*¹ 2001 nihai metni ortaya konmuştur². Taslak metin devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğmasını, kapsamını ve sorumluluğun maddi ve usuli sonuçlarını düzenlemektedir. Uluslararası sorumluluğun temel çerçevesini çizmesi ve daha ileride yapılacak daha kapsamlı çalışmalar için uluslararası sorumluluğun genel mekanizmasının tespitini yapması açısından önemlidir. Bu metne ve metinde düzenlenen esaslara, özellikle öğreti ve uluslararası içtihat tarafından devletin uluslararası sorumluluğunu ilgilendiren konularda çokça başvurulmuştur³.

¹ Taslak maddeler ve maddelere ilişkin UHK şerhi için bakınız: International Law Commission (ILC), "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001", Yearbook of the International Law Commission, Vol. 2, Part II, 2001 <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> s.e.t. 03.10.2021. Taslak maddelerin İngilizce orijinal metni için bakınız: UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021; Söz konusu Genel Kurul kararına eklenen *Devletin Uluslararası Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Maddeler Metni*'nin Türkçe tercümesi için bakınız: **Erkiner, Hakkı Hakan** (2010) *Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.307-327.

² Birinci okuma sonucunda 1996'da Devlet Sorumluluğuna ilişkin Taslak metin ortaya konmuştur: ILC. "Draft articles on State responsibility". Yearbook of the International Law Commission, Vol. 2, Part II, 1996, ss. 57-72. <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1996_v2_p2.pdf> s.e.t. 03.10.2021. Bundan sonraki ikinci okuma evresi sonucunda 2001 yılında nihâi metin ortaya çıkmıştır.

³ Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı (UAD), *Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin uygulanması davasında, Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninde yer alan uluslararası haksız fiilin devlete isnat edilebilirliğine ilişkin hükümlerin birer uluslararası teamül hukuku normu olduğunu ikrar etmektedir. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), International Court of Justice (ICJ) Reports, 2007, Judgment, s.209.

Uluslararası sorumluluk hukuku mekanizması dâhilinde tazminatın gündeme gelebilmesi için öncelikle devletin bir uluslararası haksız fiilin varlığı gereklidir. Uluslararası haksız bir fiilin varlığı ile sorumluluk doğar⁴. Ancak tazminat açısından sorumluluğun doğmasının yanında bir diğer ön koşul olarak uluslararası haksız fiil neticesinde bir zarar da meydana gelmelidir⁵. Zararın meydana gelmesi ile sorumlu devlet nezdinde onarım yükümlülüğü doğar. Onarım yükümlülüğü kapsamında ihlâlin sonuçları açısından hangi onarım yönteminin veya yöntemlerinin kullanılacağı belirlenecektir. Tazminat onarım yöntemi ise bu yöntemlerin en çok başvurulanıdır.

II. ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKU KAPSAMINDA ONARIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Her uluslararası haksız fiil devletin sorumluluğunu doğurur. Sorumluluğun doğması ile sorumlu devlet ile mağdur devlet arasında yeni bir hukuki ilişki oluşur. Bu hukuki ilişki uluslararası haksız fiilden sorumluluğun

⁴ UN Doc. A/Res/56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 1; **Erkiner**, s.307. *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metnine göre uluslararası haksız fiilin (*internationally wrongful act*) varlığı devletin uluslararası sorumluluğunu doğurur. Uluslararası haksız fiilin yapısı ve unsurları ise 2. maddede belirtilmiştir. Maddeye göre bir davranış veya tutumun uluslararası haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için iki unsur barındırması gerekir: Devletin herhangi bir meşru uluslararası hukuk kuralından doğan yükümlülüğünün ihlâli ve fiilin devlete isnâdiyeti. Devletin ihlâl esnasında geçerli ve devam eden bir uluslararası yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi ihlâli doğurur. Bunun yanında ihlâl niteliğindeki bu fiilin devletin bir fiili olarak sadır olduğunun tespiti yâni fiilin devlete isnâdiyeti/özgülenmesi de gerekmektedir. İhlâl ve isnâdiyet unsurları devletin uluslararası haksız fiilini meydana getirir. Ayrıca devletin uluslararası haksız fiili icraî olabileceği gibi ihmali nitelikte de olabilir.

⁵ Zarar, *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninde sorumluluğu doğuran unsurlardan biri olarak düzenlenmemiştir. Zarar devletin uluslararası sorumluluğunun sonuçları ve onarım yükümlülüğü açısından önem arz etmektedir. Buna karşın zararı, uluslararası sorumluluğu meydana getiren zorunlu unsurlardan biri olarak gören görüş de mevcuttur. Bu görüş için bakınız: **Uzun, Elif** (2021) *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.52.

kapsamını ve sonuçlarını düzenler. Ayrıca bu hukuki ilişki sorumlu devlete birtakım ikincil yükümlülükler yükler⁶. Bu kapsamda sorumluluğu doğuran uluslararası haksız fiil devam ediyorsa sorumlu devlet bu fiile son vermek ile yükümlüdür⁷. Bunun yanında sorumlu devlet şartlar gerektiriyorsa ihlâlin devam etmemesini sağlamak için makul önlemleri almalı ve ihlâlin tekrarlanmayacağına dair güvence vermelidir⁸. *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninde Devletin uluslararası sorumluluk hukuku kurallarından doğan en önemli ikincil yükümlülük onarım yükümlülüğüdür. UAD *Gabcikovo-Nagymaros Projesi* davasında “Zarar gören devletin, uluslararası haksız fiili ile zarara sebep olan sorumlu devletten tazminat/onarım talep etme hakkının uluslararası hukukun yerleşik/köklü ilkelerinden” olduğunu belirtmiştir⁹. *Uluslararası Daimi Adalet Divanı* (UDAD)1929 tarihli *Factory at Chorzów* davasında uluslararası hukuk normunun ihlâli sonucu meydana gelen zararın onarımının oluşan tüm olumsuz sonuçları mümkün olan en iyi şekilde gidermeye yönelmesi gerektiğini belirtmiştir. Zarara sebebiyet veren devlete yüklenen bu yükümlülük “uluslararası hukukun temel bir ilkesi” olarak ifade

⁶ Uluslararası sorumluluk hukuku rejimi nezdinde devlete yükümlülük yükleyen birincil nitelikli kurallar ile devletin bu yükümlülüklerle aykırı davranması durumunda devreye giren ve sorumluluğu düzenleyen maddî ve usulî kurallar arasında ayırım yapılmıştır. Uluslararası hukukun herhangi bir meşru kaynağından sadır olan her norm “*Birincil norm*”dur. Birincil normlar, uluslararası hukuk sùjeleri tarafından uyulması gereken kuralları tanımlayan ve yükümlülükleri içeren kurallardır. Bu normlardan doğan yükümlülükler ise “*Birincil Yükümlülükler*”dir. Uluslararası sorumluluk hukuku kuralları ise “*İkincil normlar*”ı ihtiva eder. Herhangi bir birincil normun uluslararası haksız bir fiil ile ihlâli durumunda meydana gelen hukuki durumun tespitini ve sonuçlarını düzenleyen kurallar ikincil normlardır. Yani bir devletin birincil yükümlülüklerine aykırı davranmasının sonuçlarını düzenleyen hukuki rejim uluslararası sorumluluk hukuku kurallarıdır. Bu kuralların tümü ikincil normlardır. Bu ikincil normlardan kaynaklanan yükümlülüklerle de “ikincil yükümlülükler” denilmektedir. ILC, “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001*”, s.31.

⁷ UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 30/a.

⁸ UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 30/b.

⁹ Gabcikovo-Nagymaros Project Davası, ICJ Reports, 1997, Judgement, s.81, parag. 152.

edilmiştir¹⁰. Bu ilkeye göre, kural olarak sorumlu devlet uluslararası haksız fiilin sebep olduğu tüm olumsuz sonuçları gidermek ile mükelleftir. Çoğunlukla, ihlâl sebep olduğu tüm olumsuz sonuçlar giderilemez. Bu sebeple ihlâlden önceki hâlin mümkün olan en iyi şekilde yeniden tesisi edilmesi amaçlanır.

Sorumlu devletin onarım yükümlülüğü zarar ile birlikte kendiliğinden doğar¹¹. Genellikle zararın meydana geldiği tarih ile tespit edildiği tarih arasında belirli bir süre geçmiş olmaktadır. Sorumlu devletin neden olduğu zararın tespiti ile onarım yükümlülüğü de tespit edilir. Ancak devletin onarım yükümlülüğü zararın varlığının tespit edildiği ya da ispat edildiği andan itibaren değil zararın gerçekleştiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Sorumlu devletin onarım yükümlülüğünün doğmasından ve yükümlülüğün kapsamından bahsettik. Devletin onarım yükümlülüğünü nasıl ve hangi yöntemle ifa edeceği ise ayrı bir meseledir. Uluslararası öğretide ve uygulamada zararın giderilmesi için üç onarım yöntemi/şekli kabul edilmektedir. Bunlar “*Eski Hale İade/Aynen Tazmin (Restitution)*”, “*Tazminat/Nakden Tazmin (Compensation / Indemnification)*” ve “*Tatmin (Satisfaction)*”dir. UHK’nın *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninde de zararın onarımı kapsamında bu üç onarım yöntemi düzenlenmiştir¹². Zararın tam ve gereği gibi onarılması gereğine göre eski hale iade, tazminat ve tatmin yöntemlerinden birinin veya birkaçının kullanılması suretiyle gerçekleştirilir¹³. Bazı zarar durumlarında haksız fiilin tüm olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırılması ancak birden fazla onarım yönteminin birlikte uygulanması suretiyle gerçekleştirilebilmektedir. Bu sebeple onarım yöntemleri arasında

¹⁰ Factory at Chorzów, Publications Of The Permanent Court Of International Justice (PCIJ), 1928, Serie A, No. 17, Merits, s.27; **Eagleton, Clyde**(1929) “Measure of Damages in International Law”, Yale Law Journal, C:39, S:1, s.52.

¹¹ **Shelton, Dinah** (2012) “Remedies and Reparation”, Langford, Malcolm/Vandenhoe, Wouter/Scheinin, Martin ve van Genugten, Willem (Editörler), Global Justice, State Duties, Cambridge, Cambridge University Press, s.373.

¹² UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 34; Erkiner, s.325.

¹³ ILC, “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, s.95.

esnek bir ilişki oluşturulmuştur. Buna göre eski hale iade teorik olarak öncelikle gözetilen onarım yöntemidir. Çünkü zarar açısından ilk tercih edilen durum, zarar hiç gerçekleşmemiş gibi eski maddi ve hukuki durumun tesis edilmesidir. Buna karşın eski hale iadenin “*imkânsız*” olduğu hâllerde veya “*orantılılık ilkesi gözetildiğinde tazminat nazaran tercih edilmeye değer bir fayda*” getirmedığı hâllerde tazminat onarım yöntemi uygulanacaktır¹⁴. Eski hale iade veya tazminatın uygulanmadığı hâllerde ve ölçüde tatmin yöntemine başvurulur. Tatmin yöntemi, uluslararası haksız fiilin ve ihlâlin ikrar edilmesi, resmi olarak özür beyan edilmesi ve uygun nitelikteki her türlü beyan ve uygulamayı kapsar¹⁵. Bu bağlamda tatmin onarım yöntemi, eski hale iade ve tazminattan sonra gelen tali/ikincil onarım yöntemidir.

III. ZARAR

Meydana gelen zararın giderilmesi devletin uluslararası sorumluluğunun en aslî sonucudur. Zarar, sorumlu devlet nezdinde doğan onarım yükümlülüğünün de ön şartıdır. Uluslararası haksız fiil neticesinde zarar doğmamışsa devletin onarım yükümlülüğü ve dolayısıyla onarım yöntemleri de gündeme gelmeyecektir. Bu sebeple zarar sorumluluğu somut ve belirgin hale getirmekte, mağdur devletin tespitini kolaylaştırmaktadır. Böylece zarar meydana gelmesi uluslararası sorumluluğun tespiti ve uygulanması açısından da kolaylıklar sağlamaktadır¹⁶.

Zarar, bir hukuk süjesinin hukuken korunan bir menfaatinin¹⁷ zedelenmesi sonucu malvarlığında veya şahıs varlığında meydana gelen her türlü kayıp, hasar veya kötüleşmeyi ifade eder. Uluslararası sorumluluk hukuku açısından bakıldığında, zararın doğması için uluslararası haksız bir fiil ile mağdur devletin uluslararası hukukça korunan bir menfaatinin zedelenmesi gerekir. Ayrıca bu menfaat ihlâlinin mağdur devlet indinde kayıp ve hasara

¹⁴ UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 35; Erkiner, s.325-326.

¹³ UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 37; Erkiner, s.326.

¹⁶ Erkiner, s.111.

¹⁷ Pazarıcı, Hüseyin (2014) Uluslararası Hukuk, 13. Baskı, Ankara, Turhan, s.413.

sebepe olması gerekir. Bu tanıma göre öncelikle devlet açısından bir zarardan söz edilebilmesi için devletin uluslararası hukukça korunan bir menfaatinin zedelenmiş olması gerekmektedir. Devletlerin uluslararası hukuk tarafından korunmayan ekonomik ve siyasi menfaatleri de söz konusudur. Bu nedenle devletlerin genel, soyut veya salt politik nitelikli menfaatlerine aykırılıklar uluslararası sorumluluk hukuku bağlamında zarar olarak nitelendirilemeyecektir¹⁸. İkinci olarak bir uluslararası haksız fiilin varlığı gereklidir. Uluslararası hukuka uygun fiillerden kaynaklanan zararlar uluslararası sorumluluk hukuku bağlamında tazminata tabi değildir¹⁹. Uluslararası sorumluluk hukuku bağlamında tazminatın gündeme gelebilmesi için söz konusu zarar bir uluslararası haksız fiilden meydana gelmelidir.

Zarar açısından belirtilmesi gereken bir diğer husus da zararın tam belirlenebilir nitelikte olmadığı hallerdir. Zararın varlığının tespiti ile zararın miktarının tespiti ayrı hususlardır. Bazı hallerde zararın somut olarak var olduğu tespit edilebilir ancak zararın miktarı/değeri kesin ve belirli olarak ifade edilemeyebilir. Örneğin, bir bölgede sanayi tesisinin taraflarca yapılan bir uluslararası anlaşma ile belirlenen miktardan fazla atık ve çevreye zararlı madde salınımı yapması durumunda diğer taraflar açısından bir zarar oluştuğu aşıkardır. Ancak bu zararın miktarı belirsizdir. Bu tür durumlar zarar miktarının kat'i olarak belirlenemiyor oluşu zararın var olmadığı şeklinde yorumlanamaz²⁰. Zararın mahiyetine ve miktarına ilişkin belirsizlikler tazminat hesaplanırken dikkate alınıp çözüme kavuşturulacaktır.

¹⁸ ILC, “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, s.91, parag. 5.

¹⁹ Devletlerin uluslararası hukuka uygun bazı tehlikeli veya zarar riski taşıyan faaliyetleri açısından “Risk Sorumluluğu” esasına dayanan uluslararası sorumluluk rejimi için bakınız: **Boyle, Alan** (2010), “Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), *The Law of International Responsibility*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, , s.95; ILC, “Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities”, *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, Vol. 2, Part II, s.144. <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf> s.e.t. 03.10.2021.

²⁰ ILC, “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, s.92.

A. TAZMİNATA TABİ ZARAR

Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler metninin 31. maddesine göre onarım yükümlülüğünün kapsamına maddi ve manevi zararlar girer. Öğretide maddi ve manevi zararların onarıma tabi olduğu hususunda bir ihtilâf yoktur. Ancak hukuki zarar kavramı tartışmalıdır. Aynı metnin “Tazminat” başlıklı 36. maddesinin 2. fıkrasında tazminatın, “*mâlî/parasal olarak hesaplanabilen her türlü zararın (financially assessable damage)*” tazminata tabi olduğu düzenlenmiştir. Taslak maddeler metnine ilişkin UHK şerhine göre parasal olarak hesaplanabilen zarar ifadesinden kasıt kazanç kaybı da dahil olmak üzere parasal değeri belirlenebilen her türlü zarardır. Parasal olarak belirlenemeyen zararlar tazminat onarım yöntemi ile giderilemeyecektir. Şerhe göre devlete yönelik doğrudan manevi zararlar parasal açıdan hesaplanabilir olmadığından tazminatın kapsamı dışında bırakılmıştır²¹. Ancak belirtmek gerekir ki “*financially assessable damage*” ifadesi manevi zararları dışarıda bırakacak ölçüde açık bir ifade değildir. Uluslararası hukukta özellikle gerçek kişilere yönelik manevi zararlar da parasal olarak ifade edilebilir olmamasına karşın tazminata tabi olarak kabul edilmektedir²². Yâni, manevi zararlar da parasal olarak belirlenebilir olmamasına karşın parasal bir değerle tazmin edilebilmektedirler.

Öğretide maddi ve manevi zararın yanında hukuki zarar kavramının zarar türlerinden biri olarak zikredilmektedir. Bir uluslararası birincil normun salt ihlâli hukuki zarar meydana getirir. Yâni her uluslararası haksız fiil ihlâl edilen norm açısından hukuki menfaati zedelenen her devlet indinde hukuki bir zarar doğurur²³. Başka bir görüşe göre ise sadece uluslararası çok taraflı

²¹ ILC, “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, s.99.

²² **Pirim, Ceren Zeynep** (2016) “Uluslararası Hukukta Mânevî Zarar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:127, Kasım-Aralık, s.369; **Wittich, Stephan** (2004) “Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law”, Klabbers, Jan (Editör), Finnish Yearbook Of International Law Volume XV, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, s.367.

²³ **Stern, Brigitte** (2010) “The Elements of An Internationally Wrongful Act”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.198.

antlaşmalardan veya emredici normlardan kaynaklanan yükümlülüklerle aykırılık durumunda oluşan ihlâl hukuki zarar oluşturur. Buna göre uluslararası antlaşmanın diğer taraflarının ihlâl konusu norma uygun hareket edilmesinde hukuki menfaati vardır. Bu menfaatin ihlâli doğrudan hukuki zarar olarak ifade edilmektedir²⁴. Bu tanımlara bakıldığında hukuki zararın uluslararası haksız fiilin unsurlarından biri olan “bir uluslararası yükümlülüğün ihlâli” anlamına geldiği görülmektedir. Kanaatimizce uluslararası hukuk normu ihlâlini ayrıca hukuki zarar olarak ifade etmek kavram karışıklığına sebep olacaktır. Çünkü sorumluluk hukuku mekanizmasına bakıldığında “bir uluslararası yükümlülüğün salt ihlâli” ve “zarar” işlevleri farklı olarak belirlemiş iki farklı unsurdur²⁵. *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninin³¹. maddesi onarımın kapsamı bakımından yalnızca maddi ve manevi zarar kavramlarına işaret etmektedir. Hukuki zararın, maddi ve manevi zarara göre konumu da belirsizdir²⁶. Bu gerekçelerle hukuki zarar tazminata tâbi zarar kapsamında görülmemektedir.

Tazminatın kapsamına dahil olan zararlar belirlenirken dikkat edilen tek husus zararın türü değildir. Tazminat açısından doğan zararın uluslararası haksız fiille bağlantısı da önem taşımaktadır. Uluslararası haksız fiilden kaynaklanan tüm zararlar tazminata tabi değildir. Diğer bir ifadeyle uluslararası haksız fiilin tüm olumsuz neticeleri tazminat ile giderilecek nitelikte değildir. Devletin bir zarardan sorumlu tutulabilmesi için devletin uluslararası haksız fiili ile söz konusu zarar arasından hukuken kabul edilen bir illiyet bağının

²⁴ **Wyler, Eric/Papaux, Allain** (2010) “The Different Forms of Reparation: Satisfaction”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), *The Law of International Responsibility*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.627.

²⁵ **Crawford, James** (2014) *State Responsibility: The General Part*, 2. Edition, Cambridge, Cambridge University Press, s.488.

²⁶ **Crawford, James** “Third Report On State Responsibility”, ILC Document A/CN.4/507 and Add. 1-4, 2000, s.52, <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_507.pdf> s.e.t. 03.10.2021.

varlığı gereklidir²⁷. Meydana gelen zararlar açısından belirli bir dereceden sonra uluslararası haksız fiil ile illiyet bağı kesilecektir. Bu sebeple zarar ile uluslararası haksız fiil arasındaki bu illiyet bağının hangi derecede ve aşamada kesildiği önemlidir. Zira sorumlu devletin tazminat yükümlülüğü illiyet açısından hukuken kabul edilen aşamaya kadarki zararlar için geçerlidir. Bunun dışındaki zarar sonuçları tazminata tabi olmayacaktır. Uluslararası haksız fiil açısından illiyet bağının tespiti için iki ölçüt belirlenmiştir: “doğrudan/yakın nedensellik (*proximate cause*)” ve “öngörülebilirlik (*foreseeability*)”²⁸. Uluslararası haksız fiilden meydana gelen yakın ve doğrudan zararlar devletin uluslararası haksız fiiline özgülenebilir. Ancak dolaylı ve uzak zarar sonuçları açısından illiyet bağı oluşmayacak ve devletin bu zararlar açısından tazminat yükümlülüğü gündeme gelmeyecektir. Uygun illiyet bağının varlığı açısından yakın ve doğrudan nedenselliğin tespitini destekleyici nitelikteki diğer ölçüt öngörülebilirliktir. Uluslararası haksız fiil ve oluşan ihlalin mahiyeti dikkate alındığında söz konusu zararın doğması öngörülebiliyor ise illiyet bağı kurulmuş demektir. Yakınlık-uzaklık, doğrudanlık ve öngörülebilirlik ölçütleri her vakıya özelinde değişkenlik gösteren ve her ihlâl açısından ayrıca değerlendirilmesi gereken ölçütlerdir. Genel ve soyut nitelikte olduğundan bu ölçütler illiyet bağının doğru bir şekilde değerlendirilmesi açısından yeterli görülmemektedir²⁹. Ancak bunlar tazminat mekanizması kapsamında hukuken kabul gören, gerekli kriterlerdir.

Tazminata tabi zararlara ilişkin uluslararası sorumluluk hukuku kapsamındaki özellikli hususları ifade ettik. Vurgulamak gerekir ki uluslararası sorumluluk hukuku normları birincil normların ihlâl edilmesinin sonuçlarını düzenleyen ikincil normlardır. Ancak bazı durumlarda hangi zararın tazminata tabi olduğunu ilgili birincil normda düzenleyebilir. Örneğin, bir anlaşma

²⁷ Verzijl, J.H.W. (1973) *International Law in Historical Perspective* (Vol. 6): *Juridical Facts as Sources of International Rights and Obligations*, 1. Edition, Leiden, Sitjhoff Publication, s.735.

²⁸ ILC, “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, s.92, parag. 9-10.

²⁹ Wittich, Stephan, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Compensation, parag. 17. <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e424?prd=EPIL>> s.e.t. 03.10.2021.

kapsamında anlaşmadan doğan yalnızca maddi zararların tazminata veya onarımına tabi kılınacağı kabul edilebilir³⁰.

1. Maddi Zarar

Devlete yönelik maddi zarar, devletin malvarlığına veya herhangi bir maddi menfaatine yönelik “*parasal olarak belirlenebilen*”³¹ her türlü hasar ve ziyanı ifade eder³². En sık görülen maddi zararlar, devletin uçağına ve gemisine yönelik saldırı ve zararlar; kamuya ait bina, altyapı, üstyapı ve üretim tesislerine yönelik zararlar; diplomatik misyon binalarına, diplomatik personeline yönelik zararlar şeklinde sayılabilir³³. Bunun yanında zarar gören malvarlığının işletilememesi sebebiyle oluşan kazanç kaybı, kamu personeli ve mürettebatın yaralanması sonucu oluşan tedavi ve hastane giderleri, ölüm gerçekleşmişse cenaze masrafları da maddi zarar kapsamındadır³⁴.

2. Manevi Zarar

Uluslararası hukukta 20. yüzyıla kadar devletlerin tazminat yükümlülüğününün maddi zararları kapsamaktaydı. 20. yüzyıl itibariyle maddi zararların yanında özellikle gerçek kişilerin uğradığı manevi zararların da tazminata tabi olması gerektiği düşüncesi hem öğretilerde hem de uluslararası

³⁰ Buna örnek olarak *Uzay Cisimlerinin Verdiği Zarardan Dolayı Uluslararası Sorumluluk Hakkında Sözleşme'nin* 1. maddesinde bu sözleşme çerçevesinde zararın kapsamına hangi hususların girdiği belirtilmiştir. Bu sözleşmeye göre “*zarar terimi insan hayatı kaybı, yaralanmalar ve insan sağlığına verilen diğer zararları veya devlet malları ile hükmi şahıslar ve hükümetlerarası kuruluşların mallarının kaybı ile bu mallara verilen zararları*” ifade eder. *Convention on the International Liability for Damage Caused by Space Objects*, UN Treaty Series, Vol. 961, No. 13810, s.189. (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20961/volume-961-I-13810-English.pdf>) s.e.t. 03.10.2021.

³¹ UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 36/2.

³² **Crawford** (2014), *State Responsibility*, s.486; **Graefrath, Bernhard** (1984) *Responsibility and Damages Caused : Relationship between Responsibility and Damages*, 1. Edition, Hague, In *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Vol. 185), s.20; ILC, “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, s. 92.

³³ **Crawford** (2014), s.486; **Wittich**, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, *Compensation*, 2021, parag. 25. <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e424?prd=EPIL>>s.e.t. 03.10.2021.

³⁴ **Erkiner**, s.223.

içtihatla yerleşmiştir. Öğretide gerçek kişilere yönelik manevi zararın tanımı ekseriyetle, zarar kapsamına giren hususlar sayılmak suretiyle ifade edilmiştir. Kişinin hakaret, tahkir ve aşağılama şeklindeki söz veya davranışlara maruz kalması³⁵, kişinin hayattan aldığı mutlak hazzın yok olması, zihinsel acı ve ıstırap çekmesi³⁶, kişide kişilik bozukluğu, anksiyete, korku ve kaygı bozukluğu gibi kalıcı veya geçici psikolojik bozuklukların meydana gelmesi manevi zarar olarak ifade edilir. Bunun yanında maddi zarardan hareket ederek manevi zarar tanımı da yapılmıştır. Buna göre maddi zarar kapsamında olmayan her türlü zararın manevi zarardır. Yani somut olmayan ve mâlî bir değer ile miktarı tespit edilemeyen her türlü zarar manevi zarardır³⁷. Burada manevi zararın sınırı ve mahiyeti belirsiz kaldığından maddi zarar üzerinden manevi zararın tanımlanması isabetli değildir.

Devlete yönelik manevi zararlar öğretide ikiye ayrılarak ifade edilmektedir. Devletin vatandaşına yönelik zararlar neticesinde uğradığı dolaylı manevi zararlar ile devlete yönelik doğrudan manevi zararlar ayrı incelenmektedir. İhlal edilen birincil norm gerçek kişilere yönelik bir hukuki yarar sağlıyorsa bu normun ihlâlinden gerçek kişiler zarar görür. Zarar gören gerçek kişinin vatandaşı olan devlet açısından ise bu durum *dolaylı manevi zarar (mediate/indirect damage)* oluşturur. Doğrudan bir devlete yönelik bir hak doğuran birincil yükümlülüğün ihlali neticesinde doğan zarar ise doğrudan zarar olarak ifade edilir. Bu kapsamda devlete yönelik meydana gelen manevi zararlar ise *doğrudan manevi zarar (immediate/direct moral damage)* olarak ifade edilir³⁸.

Devlete yönelik dolaylı manevi zarar anlayışının arkasında diplomatik himaye kurumu yatmaktadır. Diplomatik himaye kurumunun yapısı gereği bir gerçek veya tüzel kişiye başka bir devletin uluslararası haksız bir fiili ile verilen zarar aynı zamanda kişinin vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devlet nezdinde de

³⁵ ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, s.92.

³⁶ Wittich(2004), s.330.

³⁷ Graefrath, s.20; Wittich (2004), s.329.

³⁸ Wittich (2004), s.327; Pazarcı, s.415.

dolaylı bir zarara sebep olur³⁹. Bu kurum gereği dolaylı olarak zarar gören devlet doğrudan zarar gören vatandaşının maruz kaldığı zararın giderilmesi için hukuki ve diplomatik yollara başvurur⁴⁰.

Devlete yönelik doğrudan manevi zararlar ise devlete yönelik doğrudan hakaret, tahkir ve aşağılama içeren fiillerdir. Devletin egemenliğini ve ülkesel bütünlüğünü ihlâl, bayrağına ve sembollerine yönelik aşağılama ve hakaret anlamı taşıyan fiil ve tutumlar, devlet başkanı, misyon şefi ve diğer devlet temsilcileri nezdinde devlete yönelik hakaret ve aşağılamalar doğrudan manevi zarara ilişkin bazı örneklerdir. Bunun yanında devlet temsilcisi, diplomatik ve konsolosluk personeline yönelik kötü muamele ve saldırılar, diplomatik misyon binasının dokunulmazlığının ihlali ya da diplomatik haberleşmenin gizliliğinin ihlali gibi durumlar da doğrudan manevi zarar oluşturur⁴¹.

UHK *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* çalışmasında manevi zararların da parasal bir değer ile onarılabileceğini kabul etmektedir. Ancak UHK'nın kastettiği manevi zarar gerçek kişilere yönelik manevi zararlardır. Doğrudan devlete yönelik manevi zararları tazminata tabi zararlar olarak görmemektedir. UHK, *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler metni* serhinde devlete yönelik doğrudan manevi zararların *Tatmin (Satisfaction)* onarım yöntemi ile giderileceği belirtmiştir. Öğretide ise devlete yönelik doğrudan manevi zararların tazminat onarım yöntemi ile giderilip giderilemeyeceği tartışmalıdır⁴².

³⁹ **Pirim**, s.345.

⁴⁰ ILC, "Draft Articles on Diplomatic Protection", Yearbook of the International Law Commission, 2006, Vol. II, Part Two, s.26. <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf>s.e.t. 03.10.2021.

⁴¹ **Crawford** (2014), s. 487; **Pirim**, *Uluslararası Hukukta Mânevi Zarar*, s.347; **Wittich** (2004), s.338.

⁴² **Pirim**, s.343.

IV. ULUSLARARASI SORUMLULUK HUKUKUNDA TAZMİNAT

A. TAZMİNAT KAVRAMI

Uluslararası haksız fiil neticesinde oluşan zararın onarılması kapsamında en aslı onarım yöntemi *eski hale iade (restitution)*dir. Söz konusu zarar eski hale iade ile onarılmadığı hâl ve ölçüde *tazminat (compensation/indemnification)* ile giderilir. Tazminat teorik olarak eski hale iade “imkansızsa”⁴³ veya “tazminata nazaran tercih edilmeye değer bir fayda getirmeyecek”⁴⁴ ise tazminat onarım yöntemine başvurulacaktır. Uygulamada teorideki önceliğine rağmen eski hale iade yöntemine tazminata nazaran çok daha az başvurulmaktadır. Çünkü birçok zarar neticesi açısından eski hale iade mümkün olmamakta, tazminat onarım yöntemi gündeme gelmektedir.

Uluslararası sorumluluk hukuku kapsamındaki onarım yöntemlerinden biri olan tazminat, zararın parasal/mâlî bir değer ile giderilmesini ifade eder. Zararın onarılmasından maksat, zarar meydana gelmeden önceki hal ve şartların olabilen en iyi şekilde yeniden tesisini temin etmektir. Tazminat ise hukuken korunan maddî/somut veya manevî bir menfaatin ihlâli sonucu meydana gelen zarar, kayıp veya hasarın parasal bir değer ile ikame edilmesidir⁴⁵.

B. TAZMİNATIN NİTELİĞİ

Uluslararası sorumluluk hukuku rejiminin temel esasları ve kavramların mahiyeti ifade edilirken, yaşayan millî hukuk sistemlerindeki sorumluluk esasları ve kavramları dikkate alınmıştır. Uluslararası sorumluluk hukuku rejimi millî hukuklardaki sorumluluk hukuku doktrinlerinden örneksenerek ve aktarımlar yapılarak oluşturulmuştur. Ancak uluslararası sorumluluk hukuku kuralları millî hukuklardaki sorumluluk rejimlerinden farklı ve nev’î şahsına münhasır bir yapı arz eder. Bu sebeple sorumluluk hukukunun temel esasları

⁴³ UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 35/a.

⁴⁴ UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 35/b.

⁴⁵ **Barker, John**(2010) “The Different Forms of Reparation: Compensation”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), *The Law of International Responsibility*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.600.

ve kavramları uluslararası hukukun özgün yapısına uygun şekilde yorumlanıp uygulanır. Uluslararası sorumluluk rejimi kapsamında onarım yöntemlerinden biri olan tazminat açısından da bu durum geçerlidir. Tazminat mekanizması, milli hukuklardaki tazminat kurumuna benzer olmakla birlikte, amaç ve mahiyeti itibarıyla uluslararası hukuka özgü birtakım hususiyetler gösterir. Buna binaen, uluslararası sorumluluk hukukunda tazminatın amacı yalnızca zararın tam ve yeterli bir şekilde onarılmasıdır. Tazminat, zararın onarılmasına yöneliktir ve telâfi edici (*compensatory/reperative*) niteliktedir⁴⁶. Bu bağlamda belirlenen tazminat cezalandırıcı, önleyici, örnek-ibret teşkil edici nitelik kazanamaz. Uluslararası haksız fiili cezalandırmak amacıyla zararı aşar nitelikte tazminat miktarları kararlaştırılmaz. Dikkat edilmelidir ki uluslararası sorumluluk hukuku rejimi, sorumlu devlete cezaî nitelikli yükümlülükler yükleyen bir otorite veya mekanizma öngörmemektedir. Tazminatın yegâne işlevi zararın yeterli ve etkili bir şekilde onarılması/telâfi edilmesidir.

Uluslararası uygulamada tazminatın mümkün olan ölçüde zararın tamamını gidermesi hedeflenir. Onarım yükümlülüğünün bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilmesini temin eden ilke ise *tam tazminat ilkesi* (*full compensation / full reparation*)dir. Bu ilke uyarınca, ifa edilecek tazminat tüm olumsuz sonuçları ortadan kaldırmalı, zarar toplamının tamamını gidermelidir. Tazminat miktarı zarara nazaran eksik kalmamalıdır. Buna karşın uygulamada çoğu durumda zarar tam ve eksiksiz şekilde giderilememektedir. Bu sebeple tam tazminat ilkesi ile esasen zararın gerçekleşmesinden önceki hâl ve şartların mümkün olan en iyi şekilde ikame edilmesini sağlamak amaçlanmaktadır. Bu ilke *çabuk, yeterli ve etkili tazminat* (*prompt, adequate and effective compensation*) şeklinde de ifade edilmektedir.

Tam tazminat ilkesi esasen orantılılık ilkesinin özel bir görünümüdür⁴⁷. Telafi etmeye ve onarmaya yönelik parasal ödeme zarar ile orantılı olmalıdır. Bu açıdan bakıldığında tazminatın zarar miktarından az olmaması düşüncesi tam tazminat ilkesinin bir sonucudur. Tam tazminat ilkesinin diğer bir sonucu ise zarar toplamını aşar nitelikte tazminat miktarlarının mümkün olmamasıdır.

⁴⁶ Graefrath, s.100; ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, s.99.

⁴⁷ Erkiner, s.216.

Tazminat, tespit edilen zarar miktarı üzerinden hesaplanır. Bu bağlamda zarar miktarından fazla olan tazminat kalemleri tazminatın amaç ve kapsamını aşar. Bu düşünceye paralel olarak yeterli bir şekilde tazmin edilmiş bir zarar kalemi açısından tekrar tazminat ödenmesi de talep edilemeyecektir. Bu bağlamda *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninin 47. maddesi sorumlu devletlerin birden fazla olması durumunda bu devletlerin sorumluluğuna başvurulması usulü ile ilgilidir. Maddenin 2. fıkrasının (a) bendi sorumlu devletlerin birden fazla olmasının mağdur devletin/devletlerin uğradığı zarardan daha fazla miktarda tazminat elde edebileceği anlamına gelmediği belirtilmiştir⁴⁸. Bu hüküm tam tazminat ilkesine de uygun olarak *aşırı tazminatı (over/double compensation)* reddetmektedir.

Sorumlu devletin tazminat yükümlülüğünün kapsamı değerlendirilirken uluslararası haksız fiil ve mağdur devlet odaklı bir yaklaşım dikkate alınmaktadır. Hakkaniyet gereği haksız fiilden sadır olan tüm olumsuz sonuçların olabilen en iyi şekilde giderilmesine odaklanılmaktadır. Buna karşın sorumlu devletin tazminat miktarına yönelik mâli ödeme gücü ve kapasitesi dikkate alınmamaktadır. Yani sorumlu/tazminat borçlusu devletin tazminatın ifasında acziyete düşüp düşmeyeceği dikkate alınmamaktadır. Bunun sebebi genellikle uluslararası uygulamada devletlere yönelik tazminat taleplerinin devletlerin ekonomik gücü ile karşılaştırıldığında önemsiz miktarlar oluşturmasıdır.

Tazminat borçlusu devlete aşırı yük yükleyen tazminatlar öğretide “*crippling compensation*” olarak ifade edilmektedir. UHK, 1996 tarihli *devletin Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninde tazminat hesaplanırken sorumlu devletin ekonomik durumunu da gözetten bir hükme yer vermiştir. Bu metnin “Onarım (*Reperation*)” başlıklı 42. maddesinin 3. fıkrası “*Bir Devletin nüfusunu temel yaşamsal kaynaklarından yoksun bırakacak tazminat miktarları kararlaştırılmaz.*”⁴⁹ şeklindedir. Buna göre özellikle devlet

⁴⁸ UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021, m. 47/f.2/b; **Erkİner**, s.329.

⁴⁹ ILC, “Draft articles on State responsibility”. Yearbook of the International Law Commission, Vol. 2, Part II, 1996, s.63,

hazinesine veya devletin vergi mükellefi vatandaşlarına aşırı yük yükleyen tazminat miktarlarına hükmedilemeyecektir. Özellikle devleti halkın temel ihtiyaçlarına ilişkin kamu hizmetlerini sürdürmeyecek derecede acziyete düşürecek meblağlara da hükmedilemeyecektir. Ancak bu hüküm, uygulamada devletlerin ekonomik gücünü bu derecede zorlayacak tazminat miktarlarının örneğinin yok denecek kadar az olması sebebiyle önemsiz görülmüştür. Buna binaen UHK, 2001 tarihli *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* nihai metnine bu hükmü almamıştır. Ancak bu durum UHK'nın sorumlu devlete aşırı yük yükleyen tazminat miktarlarının varlığını yok saydığı anlamına gelmemektedir. Tazminatın sorumlu devletin ekonomisini felce uğratici nitelikte olmaması gerektiğine ilişkin görüş UHK tarafından tamamen reddedilmemekle birlikte önemsiz görülmüştür. Öğretide ise tazminat hesaplanırken sorumlu devletin ekonomik durumunun ve ödeme gücünün de dikkate alınması gerektiği anlayışı kabul görmektedir.

C. TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

1. Maddi Tazminat

Devletlere yönelik maddi zararlar söz konusu olduğunda uygulamada devletlerin zararı onarılmasına ilişkin farklı yollara başvurmaktadırlar. Devletler tazminat talebine ilişkin uyuşmazlığı bir uluslararası yargı mercii önüne götürebilirler. Bunun yanında devletler aralarında yaptıkları bir anlaşma ile uyuşmazlık konusu zararın belirlenmesi ve tazminatın hesaplanması için bir ad hoc mahkeme ya da tahkim heyeti oluşturabilirler. İran-ABD Talepler Mahkemesi buna örnektir. İran-ABD Talepler Mahkemesi, İran'da meydana gelen devrim hareketleri ve Kasım 1979'da Tahran'daki ABD Büyükelçiliği'nde ABD vatandaşlarının ve diplomatik personelin rehin alınması İran ile ABD arasında ciddi bir krize sebep oldu. Cezayir, iki devlet arasında krizin çözülmesine yönelik adımlar atılması amacıyla aracılık etti. Ocak 1981'de Cezayir'in arabuluculuğu ile iki devlet anlaşması sonucu Cezayir Bildirisi

<https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1996_v2_p2.pdf> s.e.t. 03.10.2021.

yayımlanmıştır. Devrim hareketlerinden kaynaklanan özellikle yabancıların malvarlığına yönelik zararlar, kazanç kayıpları ve iki devlet arasındaki ticarî uyuşmazlıklara ilişkin taleplerin sonuçlandırılması için İran-ABD Talepler Mahkemesi oluşturulmuştur⁵⁰. Burada dikkati çeken husus hangi zararlar açısından tazminat taleplerinin inceleneyeceğinin taraflarca belirlenmiş olmasıdır. Bu mahkemenin hükme bağlayacağı zararın kapsamı İran'daki devrim olayları sonucu, yabancılara ilişkin mülkiyet hakkı ihlâli kapsamında meydana gelen zararlar ile sınırlıdır⁵¹. Burada taraflar tazminata tabi olacak zararın kapsamını kendi aralarında belirlemekte ve bu zararlarla ilişkin taleplerin incelenmesi ve hükme bağlanması için de kurdukları özel nitelikli bir mahkemeyi görevlendirmektedir. Bunun bir benzeri de BM Tazminat Komisyonu'dur. BM Tazminat Komisyonu Irak'ın Ağustos 1990'da Kuveyt'e yönelik saldırıları ve işgali sonucu meydana gelen zararların onarılması için BMGK'nın yardımcı organı olarak oluşturulmuştur⁵².

Yukarıda belirttiğimiz gibi tazminat uyuşmazlıkları konusunda taraflar yargısal çözüm yollarına başvurabileceği gibi bu uyuşmazlıkları diplomatik yollar kullanarak da çözüme kavuşturabilmektedir. Ödenecek tazminat miktarının doğrudan taraflarca diplomatik müzakere ve yazışmalar sonucunda belirlenmesine uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bu tür durumlarda devletler kendi aralarında bir bedel üzerinde anlaşmaktadırlar. Bu ödemelere öğretide *exgratia ödemeler*⁵³ denmektedir. Örneğin 8 Haziran 1967'de Amerikan istihbarat gemisi olan *U.S.S. Liberty* gemisi İsrail Hava Kuvvetleri tarafından batırılmıştır. Bu olay sonucu oluşan can kaybı, yaralanmalar ve gemide oluşan ağır hasar sebebiyle ABD İsrail'den tazminat talep etmiştir. Taraflar arasında

⁵⁰ Müller, Daniel (2010), "Other Specific Regimes of Responsibility: The Iran-US Claims Tribunal", Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.627.

⁵¹ Müller, s.845.

⁵² Mensah, Thomas, Max Planck Encyclopedias of International Law, United Nations Compensation Commission, parag. 1. <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e424?prd=EPIL>>s.e.t. 03.10.2021.

⁵³ Maier, Harold G. (1989) "Ex Gratia Payments and the Iranian Airline Tragedy", The American Journal of International Law, C:83, S:2, s.329.

gerçekleşen müzakereler sonucunda 7.000.000 ABD doları ödeme yapmıştır⁵⁴. Burada oluşan zarar dikkate alındığında, İsrail uluslararası sorumluluğunun doğduğunu kabul etmemiş ancak oluşan zarar için tazminat ödeyeceğini beyan etmiştir. Ancak yaptığı ödeme geminin değerini bile karşılamayacak kadar az bir miktarda kalmıştır. *Exgratia* ödemeler açısından dikkat edilmesi gereken husus bu ödemelerin hukuki alanın dışında devletlerin siyasi pazarlığı ve diplomasisi sonucu aralarında belirledikleri ödemeler olmasıdır.

Tazminat yükümlülüğü kapsamında sorumlu devletin ödemesi gereken tazminat miktarının hesaplanmasında etkili olan unsurlardan en önemlisi zarardır. Tazminat miktarının belirlenmesinde söz konusu zararın türü ve mahiyeti önemlidir. Maddi zararlar bakımından ihlâl edilen birincil normun yapısı ve uluslararası haksız fiilin halen devam ediyor olup olmadığı da tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacaktır. Bunun yanında bazı hâllerde sorumlu devletin ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarının hesaplanmasında mağdur devletin tutum ve fiilleri de dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda mağdur devletin zarara katkısından veya zarar gerçekleştikten sonra kasten zararı ağırlaştırması durumlarından bahsetmek gerekir.

Mağdur devlet zararın ve olumsuz neticenin oluşmasına kendi fiil ve tutumu ile katkı sağlayabilir. Burada uluslararası haksız fiil neticesinde zarar gören devletin zararın meydana gelmesinde katkısı söz konusudur. Bu kurum iç hukukta “müterafik/müşterek kusur” olarak ifade edilir⁵⁵.

Bazı durumlarda zarar neticesini meydana getiren sebepler çeşitli olabilmektedir. Bu sebeplerin zararın meydana gelmesindeki katkısının yoğunluğu da değişken olmaktadır. Sorumlu devletin haksız fiilinin yanında doğal bir sebep, gerçek kişilerin veya bir devletin icraî ya da ihmâli nitelikteki bir fiili, ekonomik veyahut siyasi hareketler ve vakıalar da zarar neticesinin meydana gelmesinde etkili olabilmektedir. Aynı şekilde zarar gören devletin bir fiili veya ihmali de sorumlu devletin fiili ile birlikte zararın doğmasına sebep

⁵⁴ Maier, s.329.

⁵⁵ ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, s.110, parag. 2; Moutier-Lopet, Anaïs (2010), “Contribution to the Injury”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.639.

olabilecektir. Burada sorumlu devletin fiili ile mağdur devletin fiili birleşerek veya ayrı ayrı zarar neticesinin doğmasına sebebiyet verebilir. Burada iki fiilin zararın meydana gelmesindeki katkısının yoğunluğuna göre sorumlu devletin tazminat yükümlülüğünün sınırları belirlenecektir⁵⁶.

Uluslararası sorumluluk hukuku bağlamında mağdurun, maruz kaldığı zarara katkısı *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninin³⁹. maddesinde zararın onarımı kapsamında onarım yöntemlerinden hemen sonra düzenlenmiştir⁵⁷. Bu bağlamda mağdurun zarara katkısı onarımın alacağı şekli ve tazminatın miktarını belirlerken dikkate alınacak hususlardan biridir. Bu maddeye göre, zarar gören devletin icraî veya ihmâlî bir fiil ile bilerek ya da dikkatsizlik sonucu zarara katkısı söz konusu ise bu durum onarımın kapsamı ve tazminat miktarı belirlenirken dikkate alınacaktır. Mağdur devletin zarara katkısının tazminat miktarı belirlenirken dikkate alınması tam tazminat ilkesinin bir sonucu ve hakkaniyetin bir gereğidir⁵⁸.

Mağdur devletin zararın meydana gelmesinde kastî veya ihmâlî bir katkısının bulunması sorumlu devletin onarım yükümlülüğü açısından “sorumluluğu azaltan veya kaldıran bir hâl olarak” değerlendirilmektedir. Böylece mağdurun zarara katkısı sorumlu devletin onarım yükümlülüğünü her vakıa özelinde kısmen veya tamamen ortadan kaldırabilir⁵⁹. Ancak belirtmek gerekir ki mağdur devletin katkı sağlayan her fiili sorumlu devletin onarım yükümlülüğünü hafifletecek veya kaldırarak derecede ve yoğunlukta olmayabilir. Mağdur devletin zarar neticesini bilerek hareket etmesi veya en azından dikkatsiz ve özensiz davranması gerekir. Mağdurun dikkatsizlik sebebiyle zararın oluşmasına katkı sağladığı durumlarda, söz konusu dikkatsizliğin “ciddi” ve “ağır” bir ihmalden kaynaklanması gerekir. Bu ölçütler

⁵⁶ Moutier-Lopet, s.643.

⁵⁷ UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>>s.e.t. 03.10.2021, m. 39; Erkiner, s.319.

⁵⁸ ILC, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries”, s.110.

⁵⁹ Moutier-Lopet, s.640.

her bir vâkıâ özelinde ayrı ayrı yorumlanır⁶⁰. Burada dikkati çeken bir husus da *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninde devletin sorumluluğu objektif/kusursuz sorumluluk esasına göre bina edilmiştir. Mağdur devletin zarara katkısı açısından da mağdur devletin esasen kusur incelemesi yapılmamaktadır. Burada ortaya konmak istenen husus mağdur devletin zarara etki eden haksız fiilinin zararın doğması açısından etkisinin yoğunluğudur. Burada mağdur devletin fiili ile sorumlu devletin uluslararası haksız fiilinin zararın doğmasına yaptıkları etkinin ayrı ayrı oranı ve derecesi objektif olarak tespit edilmeye çalışılır. Yâni mağdur devletin sübjektif anlamda “kusurunun” incelenmesi söz konusu değildir.

Tazminatın hesaplanmasına etki eden bir diğer husus mağdur devletin “zararı ağırlaştırmama ödevi (*mitigation of damage*)” dir. Mağdurun “zarara katkısı” durumlarında mağdur devletin fiili zararı meydana getiren sebeplerden biri olarak doğrudan zararın doğmasına katılmaktadır. Mağdurun zararı ağırlaştırmama ödevi ise zarar meydana geldikten sonra mağdurun zararın artmaması ve ağırlaşmaması konusunda makul davranma ödevini ifade eder. Zararı ağırlaştırmama ödevi zarar meydana geldikten sonra mağdur devletin tutum ve davranışlarıyla ilgilidir. “*Mitigation of damage*” ifadesi mağdurun zararı hafifletme yükümlülüğü varmış gibi algılanabilir. Ancak zarara uğrayan taraftan zararı hafifletmek için bir çaba göstermesi ve bu yönde eylemde bulunması beklenemez. Bu nedenle mağdurun uğradığı zarara ilişkin “*ağırlaştırmama/kötüleştirmeme ödevi*” vardır demek daha doğru olacaktır⁶¹. Burada kastedilen ödev mağdur devletin zararın ağırlaşmasına kasten veya ağır ihmâli ile sebep olmaktan kaçınmasını ifade eder. Zararın ağırlaşmasına veya artmasına kasten sebep olan mağdur devlet ağır netice açısından tazminat talep edemeyecektir. Sorumlu devletin tazminat yükümlülüğü mağdur devletin kasten veya ihmâlen artmasına sebep olduğu zarar miktarını kapsamaz. Bu

⁶⁰ ILC, “*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*”, s.110.

⁶¹ **Crawford** (2014), s.501; **Wittich**, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Compensation, parag. 21. <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e424?prd=EPIL>> s.e.t. 03.10.2021.

açından bakıldığında tazminatın hesaplanmasında mağdur devletin zararı ağırlaştırıcı tutum ve davranışları da dikkate alınan unsurlardan biri olarak karşımıza çıkar.

2. Manevi Tazminat

Devlete yönelik manevi zararların onarılması için tatmin (Satisfaction) ve tazminat onarım yöntemi kabul görmektedir. Tatmin onarım yönteminin her türlü manevi zarar için geçerlidir⁶². UHK'ya göre devletlerin uluslararası haksız fiilleri sonucu meydana gelen maddi zararların tümü ve gerçek kişilere yönelik manevi zararlar eski hale iade, tazminat ve tatmin yollarıyla giderilebilir. Buna karşın devletlerarası manevi zararlara ilişkin temel onarım yöntemi tarziyedir⁶³. *Devletlerin Uluslararası Haksız Fiillerinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğuna İlişkin Taslak Maddeler* metninde ve UHK şerhinde, manevi zararların nakdi onarım yöntemine tabi olup olamayacağına dair bir ifade bulunmamaktadır. UHK yalnızca zararın parasal olarak belirlenemediği durumlarda tatmin onarım yönteminin devreye gireceğini belirtmiştir⁶⁴. Bu bağlamda UHK, gerçek kişilerin uğradığı manevi zararlar ile devletin uğradığı dolaylı manevi zararlar için tazminat onarım yöntemini kabul etmektedir. Ancak, devletlerin uğradığı doğrudan manevi zararların tazminata tabi olup olmadığı UHK'nın taslak metninden ve şerhinden anlaşılamamaktadır⁶⁵.

Devletlerin maruz kaldığı manevi zararların tazminat onarım yöntemi ile giderilmesi konusunda öğretilerde ihtilaf vardır. Devletlerin maruz kaldığı doğrudan manevi zararların parasal olarak tespit edilebilir nitelikte olmaması sebebiyle tazminata tabi olamayacağını düşünen yazarlar mevcuttur.⁶⁶ Bu görüşe göre devletin onur, şeref ve itibarının zedelenmesi sonucu meydana gelen manevi zarar miktar olarak ifade edilemez. Zararın belirlenememesi

⁶² Pirim, s.362.

⁶³ ILC, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries", s.106.

⁶⁴ ILC, "Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries", s.106.

⁶⁵ Wittich(2004), s.367.

⁶⁶ Pirim, s.365.

durumunda zarar üzerinden tazminat miktarının hesaplanması da mümkün olmayacaktır. Uluslararası içtihat açısından doğrudan manevi zararın tazminat ile onarılması hususunda iki dava örnek gösterilmektedir: *I am Alone Davası* ve *Rainbow Warrior Davası*. *I am Alone*⁶⁷ davasında Kanada Montreal'de kayıtlı fakat Amerikan vatandaşlarının mülkiyetindeki bir gemi ABD güvenlik güçleri tarafından batırılmıştır. ABD'nin Kanada'ya 25.000 dolar tazminat ödemesine hükmedilmiştir. Bazı yazarlar tazminatın bayrak devleti olan Kanada'nın itibarının zedelenmesi sebebiyle verildiğini belirterek bu tazminatı doğrudan devlete yönelik manevi zararın parasal olarak giderilmesi şeklinde görmüşlerdir. Ancak tahkim hükmünden tazminatın Kanada'nın uğradığı doğrudan manevi zarara yönelik belirlendiği açıkça çıkarılamamaktadır⁶⁸. *Rainbow Warrior* davasında ise Yeni Zelanda'da limanda demirlemiş vaziyetteki *Rainbow Warrior* adlı geminin iki Fransız ajanı tarafından batırılmıştır. Yeni Zelanda, saldırı neticesinde meydana gelen maddi zararların yanında kendi karasularında yapılan saldırının Yeni Zelanda'nın egemenliğini ve ülke bütünlüğünün de ihlâl etmiş olduğunu belirterek manevi tazminat talep etmiştir. İki devlet arasında 9 Temmuz 1986'da bu uyuşmazlığa ilişkin yapılan anlaşma gereği Fransa, Yeni Zelanda'ya uğramış olduğu tüm zararlar için 7 milyon dolar tazminat ödeyeceği kararlaştırılmıştır⁶⁹. Maddi ve manevi zararlar ayrıca ve açıkça belirlenmeden tüm zararlar için hükmedilen bu miktar maddi zarardan fazla olması sebebiyle Yeni Zelanda'nın uğradığı doğrudan manevi zararı da kapsar niteliktedir⁷⁰.

Sonuç olarak devletlerin vatandaşları sebebiyle uğradığı manevi zararların tazminat onarım yöntemine tabi olduğu öğretide ve yargı kararlarında yerleşmiştir. Burada doğrudan zarara maruz alan devletin vatandaşdır ve gerçek kişilere yönelik zararlar da tazminata tabidir. Ancak devletlerin maruz kaldığı doğrudan manevi zararlar açısından durum böyle

⁶⁷ *I'm Alone Case (Canada v. United States)*, Reports of International Arbitral Awards (RIAA), 30 June 1933 and 5 January 1935, Vol. III, ss. 1609-1618. <https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1609-1618.pdf> s.e.t. 03.10.2021.

⁶⁸ **Pirim**, s.355.

⁶⁹ *Rainbow Warrior*, RIAA, 1990, Volume XX, s.226, <https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf> s.e.t. 03.10.2021.

⁷⁰ **Pirim**, s.357.

değildir. Devletin uğradığı doğrudan manevi zararların parasal olarak onarılmasının kabul edilmesi konusunda uluslararası mahkemeler gönülsüzdür⁷¹. Hatta devletler bile devlete yönelik doğrudan manevi zararlar için tazminat talep etmekte tereddüt etmektedir. Bu zararlar açısından daha çok resmi bir özür beyanı yeterli görülmektedir⁷². Ancak öğretilerde bu zararların da tazminat ile onarılabilmesi savunulmaktadır⁷³. Buna göre gerçek kişilere yönelik manevi zararların tazminata tabi olduğu kabul ediliyorsa doğrudan devletlere yönelik manevi zararların da tazminata tabi olabileceği kabul edilmelidir⁷⁴. Manevî zararların parasal olarak belirlenmesi ve ölçülmesindeki zorluk gerçek kişilere yönelik manevi zararlar için de geçerlidir. Bu açıdan devlete yönelik doğrudan manevi zararların diğer manevi zararlardan ayrılarak tazminatın kapsamından çıkarılması uygun değildir.

SONUÇ

Uluslararası sorumluluk kapsamında onarım ve tazminata ilişkin kavramlar ve mekanizma milli hukuklardan etkilenerek ve aktararak oluşturulmuştur. Bu durum uluslararası hukuk bağlamında temel kavramlar hususunda bile çeşitli tespit ve yaklaşımlara sebep olmuştur. Örneğin öğretilerde yeknesak bir zarar tanımı olmaması özellikle manevi zararlar açısından zararın kapsamının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu bağlamda UHK'nın taslak maddeler metni çalışması genel çerçevenin çizilmesi konusunda önemli bir katkı sağlamış olmasına karşın özellikle bir zarar tanımı vermemesi, illiyet bağına ve onarım yükümlülüğüne ilişkin daha detaylı maddeler içermemesi, tam tazminat ilkesi gibi temel ilkelere yer vermemesi gibi yönlerden eleştirilmiştir. Ancak uluslararası birincil yükümlülüklerin çok farklı mahiyette ve yapıda olması bunlara ilişkin bir zarar tanımı yapılmasını zora sokmaktadır. Bu sebeple maddi ve manevi zararın mahiyeti çoğu zaman zararlar sayılarak ifade edilmeye çalışılmıştır. Özellikle zarar ve onarım konusunda öğretilerde ve devlet uygulamasında genel kabul gören daha spesifik hükümlerin getirilmesi

⁷¹ Wittich (2004), s.367.

⁷² Wittich (2004), s.367.

⁷³ Wittich (2004), s.367-368.

⁷⁴ Pirim, s.368-369.

oldukça zordur. Ayrıca unutulmamalıdır ki uluslararası sorumluluk hukuku kurallarının genel çerçevesini çizen UHK çalışması bile 50 yılı aşan uzun ve zor bir süreçten geçmiştir.

Tazminat, uluslararası hukukta zararın onarılması kapsamında en çok başvurulan yöntemdir. Teorik olarak eski hale iade öncelikli olmasına karşın uygulamada birçok zararın onarılması açısından tazminat onarım yöntemi daha uygun ve yeterli olmaktadır. Uluslararası sorumluluk hukuku kapsamında tazminat, bir devletin haksız fiili sonucunda ortaya çıkan maddi veya manevi zararın parasal bir değer ile ikame edilmesidir. Tazminat, eski hâlin iadesi imkânsız ise veya tazminata oranla tercih edilmeye değer bir fayda getirmiyorsa eski hale iadenin yerini almaktadır. Burada tazminat eski hale iadeyi ikame etmektedir. Bazen eski hale iade mümkün olmakta ancak ek zararlar açısından (örneğin kazanç kaybı) tazminata da eski hale iade ile birlikte başvurulması gerekmektedir. Yâni bazı durumlarda tazminat eski hale iadeyi tamamlayıcı bir fonksiyon da icra edebilmektedir.

Tazminat, tazminata tabi zararların mümkün olan en iyi şekilde onarılmasını ve zarar gerçekleşmeseydi mevcut olacak hâlin mümkün olduğunca yeniden tesis edilmesini sağlamalıdır. Bu durum “*tam tazminat*” ilkesi olarak ifade edilir. Bu kapsamda tazminat zarara nazaran eksik kalmamalı, tam ve yeterli olmalıdır. Tam tazminat ilkesinin bir yönü budur. Diğer açıdan bu ilke, belirlenen tazminatın zarar miktarı ile sınırlı olması gerektiği anlamına da gelmektedir. Tazminat miktarı, zarar toplamından fazla ve aşırı olamaz. Bu açıdan bakıldığında uluslararası sorumluluk esasları kapsamında tazminat “*telâfi edici (compensatory)*” ve “*onarıcı (reperative)*” nitelikte olmalıdır. Haksız fiili cezalandırılma, caydırıcılık sağlama ve örnek/ibret teşkil etme gibi amaçlarla zarar miktarını aşar nitelikte belirlenen tazminatlar “*cezalandırıcı tazminat (punitive damages)*” olarak ifade edilir. Cezalandırıcı tazminat anlayışı, uluslararası uygulamada devletleri cezalandıracak bir devlet-üstü otoritenin söz konusu olmaması sebebiyle uluslararası hukukta kabul görmemektedir.

KAYNAKÇA

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, ss. 43-239. <<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>> s.e.t. 03.10.2021.

Barker, John (2010) “The Different Forms of Reparation: Compensation”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.599-611.

Boyle, Alan (2010), “Liability for Injurious Consequences of Acts Not Prohibited by International Law”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), The Law of International Responsibility, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.94-105.

Crawford, James (2014) State Responsibility: The General Part, 2. Edition, Cambridge, Cambridge University Press.

Crawford, James “Third Report On State Responsibility”, ILC Document A/CN.4/507 and Add. 1-4, 2000, s.52. <https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_507.pdf> s.e.t. 03.10.2021.

Convention on the International Liability for Damage Caused by Space Objects, UN Treaty Series, Vol. 961, No. 13810, (<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20961/volume-961-I-13810-English.pdf>) s.e.t. 03.10.2021.

Eagleton, Clyde (1929) “Measure of Damages in International Law”, Yale Law Journal, C:39, S:1, s.52-75.

Erkiner, Hakkı Hakan (2010) Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

Gabcikovo-Nagymaros Project Davası, ICJ Reports, 1997, Judgment, ss. 7-84. (<https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/92/092-19970925-JUD-01-00-EN.pdf>) s.e.t. 03.10.2021.

Graefrath, Bernhard (1984) Responsibility and Damages Caused: Relationship between Responsibility and Damages, 1. Edition, Hague, In Collected Courses of the Hague Academy of International Law (Vol. 185).

- ILC. “DraftArticles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001”. Yearbook of the International Law Commission. Vol. 2, Part II, 2001, <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf> s.e.t. 03.10.2021.
- ILC. “Draftarticles on Stateresponsibility”, **Yearbook of the International Law Commission**, Vol. 2, Part II, 1996, s.57-72. <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1996_v2_p2.pdf> s.e.t. 03.10.2021.
- ILC, “Draftarticles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities”, Yearbook of the International LawCommission, 2001, Vol. 2, Part II, s.143-170. <https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf> s.e.t. 03.10.2021.
- ILC, “Draft Articles on Diplomatic Protection”, Yearbook of the International Law Commission, 2006, Vol. II, Part Two, s.23-55. <https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_8_2006.pdf> s.e.t. 03.10.2021.
- I’m Alone Case (Canada v. United States), Reports of International Arbitral Awards (RIAA), 30 June 1933 and 5 January 1935, Vol. III, s.1609-1618. <https://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1609-1618.pdf>s.e.t. 03.10.2021.
- Maier, Harold G.** (1989) “Ex Gratia Payments and the Iranian Airline Tragedy”, *TheAmericanJournal of International Law*, C:83, S:2, s.325-332.
- Mensah, Thomas**, Max Planck Encyclopedias of International Law, United Nations Compensation Comission, <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e424?prd=EPIL>> s.e.t. 03.10.2021.
- Moutier-Lopet, Anaïs** (2010), “Contribution to the Injury”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), *The Law of International Responsibility*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.639-648.
- Müller, Daniel** (2010), “Other Specific Regimes of Responsibility: The Iran-US Claims Tribunal”,Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), *The Law of International Responsibility*, 1. Baskı, Oxford, Oxford UniversityPress, s.843-848.

- Pazarıcı, Hüseyin** (2014) *Uluslararası Hukuk*, 13. Baskı, Ankara, Turhan, s.413.
- Pirim, Ceren Zeynep** (2016) “Uluslararası Hukukta Manevi Zarar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. S:127, Kasım-Aralık, s.339-374.
- Rainbow Warrior, RIAA, 30 April 1990, Volume XX, ss. 215-284, <https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XX/215-284.pdf> s.e.t. 03.10.2021.
- Shelton, Dinah** (2012) “Remedies and Reparation”, Langford, Malcolm/ Vandenhoe, Wouter/ Scheinin, Martin ve vanGenugten, Willem (Editörler), *Global Justice, State Duties*, Cambridge, Cambridge University Press, s.367-390.
- Stern, Brigitte** (2010) “The Elements of An Internationally Wrongful Act”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), *The Law of International Responsibility*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.193-218.
- UN Doc. A/Res /56/83 <<https://undocs.org/en/A/RES/56/83>> s.e.t. 03.10.2021.
- Uzun, Elif** (2021) *Milletlerarası Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Verzijl, J.H.W.** (1973) *International Law in Historical Perspective (Vol. 6): Juridical Facts as Sources of International Rights and Obligations*, 1. Edition, Leiden, Sitjhoff Publication, s.735.
- Wittich, Stephan** (2004) “Non-Material Damage and Monetary Reparation in International Law”, Klabbers, Jan (Editör), *Finnish Yearbook Of International Law Volume XV*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, s.321-371.
- Wittich, Stephan**, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Compensation*, <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e424?prd=EPIL>> s.e.t. 03.10.2021.
- Wyler, Eric/ Papaux, Allain** (2010) “The Different Forms of Reparation: Satisfaction”, Crawford, James/Pellet, Alain/Olleson, Simon (Editörler), *The Law of International Responsibility*, 1. Baskı, Oxford, Oxford University Press, s.623-635.

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER GÜVENLİK KONSEYİ'NİN *ULTRA VIRES* KARARLARININ SINIRLARI VE YARGISAL DENETİMİ*

Dr. Öğr. Üyesi Şahin Eray KIRDIM**

ÖZET

Beş büyük gücün veto yetkileriyle ağırlıklı olarak kontrol ettikleri Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi oldukça geniş bir alanda kararlar almakta ve bu kararları hayata geçirmeleri için devletleri zorlamaktadır. Güvenlik Konseyi karar alırken, BM Şartı'ndan kaynaklanan yetkilerini oldukça cömert yorumlamış ve bir şekilde “küresel yasa koyucu” rolüne bürünmüştür. Güvenlik Konseyi, özellikle 11 Eylül saldırılarından sonra kararlar ile tüm devletler için uyulması zorunlu genel ve soyut normlar yaratmıştır. Bu çalışmada, Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII. Bölüm'ü kapsamında alacağı kararlar ile devletler üzerinde bağlayıcı genel ve soyut normlar oluşturma gücü ele alınmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde, BM Şartı'nın ilgili maddelerinden yola çıkılarak Güvenlik Konseyi'nin soyut tehditler için bağlayıcı kararlar alıp alamayacağı sorusu ele alınmakta ve bu tür kararların sadece somut gerekçeler ile alınabileceği ileri sürülmektedir. Bu bölümde ayrıca Güvenlik Konseyi'nin yasama niteliğinde kararlar alabilme yetkisi olduğunu savunanların ileri sürdüğü argümanlar ele alınmakta ve bunlar cevaplanmaktadır. Son olarak bu bölümde, bu tür kararlarının *ultra vires* nitelikte olduğu ve devletlerin bunlara direnme haklarının olup olmadığı sorusu kısaca ele alınmaktadır. Güvenlik Konseyi'ni *ultra vires* kararlar almama konusunda zorlayacak üst bir merci olmadığından, çalışmanın ikinci bölümü, bu tür kararların Uluslararası Adalet Divanı (UAD) tarafından yargısal bir denetime tabi tutulup tutulamayacağını incelemektedir. Bu inceleme sonunda, UAD'nin Güvenlik Konseyi kararlarının yargısal denetimi yetkisine sahip olup olmadığına dair tartışmanın hala çözümsüz olduğu gösterilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Güvenlik Konseyi, *Ultra Vires*, BM Şartı, Uluslararası Adalet Divanı, Yargısal Denetim.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.915508 - Geliş Tarihi: 15.04.2021 – Kabul Tarihi: 10.08.2021.

** Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, yekirdim@aku.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4207-6559.

LIMITS AND JUDICIAL REVIEW OF THE UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL'S *ULTRA VIRES* DECISIONS

ABSTRACT

The United Nations (UN) Security Council, which is predominantly controlled by the five great powers with their veto powers, makes decisions in a wide range of areas and forces states to implement them. The Security Council, while making decisions, interpreted its powers stemming from the UN Charter very generously and took the role of “global legislator.” The Security Council has created general and abstract norms that are compulsory to comply with for all states, especially after the September 11 attacks. In this study, the Security Council’s power to create general and abstract norms binding on all states through the decisions to be made within the scope of Chapter VII of the UN Charter is discussed. In the first part of the study, based on the relevant articles of the UN Charter, whether the Security Council can make binding decisions for abstract threats is discussed, and it is claimed that such decisions can only be made as a result of concrete reasons. This section also deals with the arguments put forward by those who claim that the Security Council has the power to make legislative decisions. Finally, this section briefly addresses the question of whether such decisions are *ultra vires* and whether states have the right to resist them. Since there is no higher authority to force the Security Council not to make *ultra vires* decisions, the second part of the study examines whether such decisions can be subjected to a judicial review by the International Court of Justice (ICJ). This examination shows that the debate on whether the ICJ has a judicial review of the Security Council decisions is still unsolved.

Keywords: Security Council, *Ultra Vires*, UN Charter, International Court of Justice, Judicial Review.

GİRİŞ

Birleşmiş Milletler (BM) Güvenlik Konseyi, örgütün kuruluşundan ve özellikle de Soğuk Savaş'ın 1990'ların hemen başında sona ermesinden bu yana, BM Şartı'ndan kaynaklanan – sözde – yürütme, yargı ve yasama yetkilerini giderek daha geniş bir şekilde yorumlamıştır¹. Güvenlik Konseyi, yürütme yetkilerini arttırırken, BM Şartı'nın özellikle VII. Bölüm'ünde (39'uncu madde) ifadesini bulan “*barışa tehdit*” durumuna dayanmayı başarmıştır. Bu yetkiye dayanan Güvenlik Konseyi, başlangıçta sınır ötesi silahlı kuvvetlerin geniş çaplı kullanımı anlamına gelen bu durumu, zaman içerisinde büyük insan hakları ihlalleri ve siyasi darbeler de dahil olmak üzere birçok iç çatışma/meselenin “*barışa yönelik bir tehdit*” oluşturabildiği şeklinde değerlendirmiştir².

Güvenlik Konseyi ayrıca bazı durumlarda, belirli fiillerin hukuka aykırılığına ve bunlardan doğan hukuki sonuçlar konusunda “*yargılama benzeri*” bir işlevi de yerine getirmiştir³. Örneğin 662 sayılı kararında, “*Kuveyt'in Irak tarafından herhangi bir şekilde ve her ne sebeple olursa olsun ilhakının hukuki geçerliliği olmadığına ve hükümsüz kabul edildiğine*” karar

¹ **Whittle, Devon** (2015) “The Limits of Legality and the United Nations Security Council: Applying the Extra-Legal Measures Model to Chapter VII Action”, *The European Journal of International Law*, C:26, S:2, s.672 (“[Güvenlik Konseyi] yasama, yargı ve yürütme yetkilerini kullanır; hatta bazen “yasalarla sınırlandırılmamış” [bir organ] olarak tanımlanmaktadır”). Ayrıca bkz. **Sarwar, Nadia** (2011) “Expansion of the United Nations Security Council”, *Strategic Studies*, C:31, S:3, s.257.

² Güvenlik Konseyi örneğin, Somali (1992-93), Haiti (1994-95), Rwanda (1994-95), East Timor (1999) ve Libya (2011) örneklerinde, oldukça geniş bir konu yelpazesindeki iç meseleleri barışa tehdit olarak tanımlamakla kalmamış, uluslararası topluma da kuvvet kullanımı da dahil ter türlü araçla müdahale yetkisi vermiştir. Bkz. **Kırdım, Şahin Eray** (2017) “A Neo-Realist Case Study of U.N.-Authorized Humanitarian Interventions in The Post-Cold War World”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C:19, S:2, s.615.

³ **Harpher, Keith** (1994) “Does the United Nations Security Council Have the Competence to Act as Court and Legislature”, *New York University Journal of International Law and Politics*, C:27, S:1, s.103.

vermiştir.⁴ Benzer şekilde, 940 sayılı kararında da Haiti'deki *de facto* rejimi üç yerde “illegal” olarak nitelendirmiştir.⁵

Bu çalışma açısından en önemlisi ise Güvenlik Konseyi'nin yasama kararı niteliğindeki faaliyetleri⁶ ile “küresel bir yasa koyucu” rolüne kavuşmakta olduğudur.⁷ Bu süreç, Güvenlik Konseyi'nin herhangi bir somut duruma veya çatışmaya atıfta bulunmaksızın, sivillerin uluslararası çatışmalarda korunması, HIV/AIDS'in yayılmasının önlenmesi ve terörist gruplara ilişkin bazı kararları ile başlamıştır.⁸ Ancak bu kararlarda Güvenlik Konseyi VII. Bölüm yetkilerine başvurmamış, diğer bir ifade ile devletlere herhangi bir yükümlülük yüklememiştir.

Ancak bu durum, Güvenlik Konseyi'nin 2001 ve 2004 yıllarında aldığı iki karar ile değişmiş ve Güvenlik Konseyi devletlere çeşitli yükümlülükler yükleyerek küresel yasa koyucu rolünü pekiştirmiştir. 2001 yılında El-Kaide tarafından ABD'ye yönelik gerçekleştirilen 11 Eylül terör saldırılarının ardından Güvenlik Konseyi, terörle mücadele katkıını artırmak adına eşi benzeri görülmemiş adımlar atmıştır.⁹ Bu adımlardan belki de en önemlisi, 28

⁴ UN Doc. Res. S/RES/662 (1990), <https://digitallibrary.un.org/record/94573> , s.e.t. 22.11.2020.

⁵ UN Doc. Res. S/RES 940 (1994), <https://digitallibrary.un.org/record/191651> , s.e.t. 22.11.2020.

⁶ Belirtilmesi gereken bir husus, Güvenlik Konseyi'nin yasama kararı niteliğindeki faaliyetlerinin çalışmada ne anlamda kullanıldığına ilişkindir. Yasama faaliyetleri en genel anlamıyla, genel ve bağlayıcı normlar oluşturma eylemidir. Dolayısıyla yasama kararının temel özelliklerinden birinin, uygulandığı kişilerin rızasından bağımsız olması anlamında tek taraflı ve bağlayıcı karakteri olduğu anlaşılmaktadır. Yasama kararları ayrıca genel ve soyut kurallar içermektedir. BM bağlamında ise bu tür kararlar Güvenlik Konseyi tarafından ilan edilmekte ve tüm üye devletler için bağlayıcı hale gelmektedir. UN Charter, art. 25, <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/> , s.e.t. 22.11.2020 (“Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır”).

⁷ **Rosand, Eric** (2005) “The Security Council as Global Legislator: Ultra Vires or Ultra Innovative”, *Fordham International Law Journal*, C:28, S:3, s.542.

⁸ **Alvarez, Jose E.** (2005) *International Organizations as Law-makers*, Oxford, Oxford University Press, s.192.

⁹ **Szasz, Paul C.** (2002) “The Security Council Starts Legislating”, *The American Journal of International Law*, C:96, S:4, ss. 901-905.

Eylül 2001 tarih ve 1373 sayılı kararın kabul edilmesi ile gelmiştir.¹⁰ Güvenlik Konseyi daha önce terörü kınayan veya belirli terör eylemlerini ele alan kararlar¹¹ kabul etmiş olsa da 11 Eylül sonrasında devlet dışı terörist grupların oluşturduğu küresel terör tehdidini ele almaya başlamıştır. 1373 sayılı karar ile Güvenlik Konseyi, tüm devletlere terörle mücadele kapasitelerini artırmak için çeşitli önlemler almalarını gerektiren bir dizi yükümlülük yüklemiştir. 11 Eylül saldırılarına referansla Güvenlik Konseyi, “*bu eylemlerin, diğer her türlü uluslararası terörizm eylemi gibi uluslararası barış ve güvenliğe tehdit oluşturduğunu*” belirledikten sonra, terör eylemlerini finanse etmeyi veya desteklemeyi amaçlayan eylemleri suç saymış ve tüm devletlere “*terör eylemlerinin finansmanını önleme*” görevini yüklemiştir.¹² Önemle belirtmek gerekir ki bu görev, El-Kaide örgütünün oluşturduğu somut tehdidin devamı veya başka herhangi bir somut durumla bağlantılı olmamış, genel ve soyut uygulanabilirlik normlarını ortaya koymuştur. Ayrıca vurgulamak gerekir ki Güvenlik Konseyi, 1373 sayılı kararı alırken VII. Bölüm yetkileri dahilinde hareket etmiş, bir diğer ifade ile BM Şartı’nın 25’inci maddesinde ifadesini bulan tüm devletler için uyulması zorunlu bir norm yaratmıştır.

1373 sayılı karardan yaklaşık iki buçuk yıl sonra, Güvenlik Konseyi bu sefer küresel – ancak henüz tamamıyla soyut olan – bir tehdidi ele almıştır. Güvenlik Konseyi’nin yine VII. Bölüm yetkileri dahilinde aldığı 28 Nisan 2004 tarih ve 1540 sayılı karar, kitle imha silahlarının ve bunların teröristler ve diğer

¹⁰ **Rosand, Eric** (2003) “Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism”, *The American Journal of International Law*, C:97, S:2, s.333 (“28 Eylül 2001’de kabul edilen 1373 sayılı karar, Birleşmiş Milletler’in terörle mücadele çabalarının temel taşıdır”).

¹¹ Örneğin bkz. UN Doc. Res. S/RES/1214 (1998), <https://digitallibrary.un.org/record/265447>, s.e.t. 22.11.2020 (“[Güvenlik Konseyi] . . . Taliban’ın uluslararası teröristler ve örgütlerine sığınma ve eğitim sağlamayı bırakmasını talep etmektedir”); UN Doc. Res. S/RES/1189 (1998), <https://digitallibrary.un.org/record/258404>, s.e.t. 22.11.2020 (“[Güvenlik Konseyi], Kenya ve Tanzanya’daki bombalı terörist saldırıları kınamaktadır”); UN Doc. Res. S/RES/731 (1998), <https://digitallibrary.un.org/record/135677>, s.e.t. 22.11.2020 (“[Güvenlik Konseyi] Pan Am 103 ve [UTA] 772 sayılı uçuşların imha edilmesini ve bunun sonucunda oluşan yüzlerce can kaybını kınamaktadır”).

¹² UN Doc. Res. S/RES/1373 (2001), <https://digitallibrary.un.org/record/449020>, s.e.t. 22.11.2020.

devlet dışı aktörler tarafından ele geçirilmesi tehdidinin artmasıyla ortaya çıkmıştır.¹³ 1540 sayılı kararın getirdiği temel yükümlülüğe göre devletler, kitle imha silahlarını ve bunların ateşleme rampalarını üretmeye, buldurmaya, taşımaya veya kullanmaya çalışan devlet dışı aktörlere destek sağlamaktan kaçınmalıydı. Kararda devletlerin ayrıca, devlet dışı aktörlerin – özellikle terörist amaçlarla – bu tür faaliyetlerini iç hukuklarında yasaklamaları da gerekli kılınmaktaydı. Önemle vurgulama gerekir ki 1373 sayılı karar genel ve soyut uygulanabilirlik için yükümlülükler getirmiş olsa da somut bir saldırıya (11 Eylül saldırıları) bir tepkinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ancak 1540 sayılı karar, kitle imha silahlarının yayılması sorununu yalnızca soyut olarak ele almıştır.¹⁴ Diğer bir ifadeyle, kararın alındığı esnada bu kararı gerekli kılan herhangi bir *barışa tehdit* durumu *somut* olarak oluşmuş değildir.¹⁵ Bu yasama niteliğindeki kararlar, uluslararası hukukun rıza temelli yaklaşımına ters düşen benzeri görülmemiş bir durumdur, zira beş büyük gücün veto yetkilerini ulusal çıkar odaklı kullandığı bir Güvenlik Konseyi, tüm uluslararası toplum adına yasama benzeri bir faaliyet yürütmektedir. Bunun dikkate değer ve problemleri bir gelişme olabileceği, aşağıda ele alındığı üzere Güvenlik Konseyi'nde kararın müzakereleri sırasında birkaç devlet temsilcisi ve bazı yazarlar¹⁶ tarafından da kabul edilmiştir.

Bu çalışma, Güvenlik Konseyi'nin BM Şartı'nın VII. Bölüm'ü kapsamında alacağı kararlar ile tüm devletler üzerinde bağlayıcı olan genel ve soyut normlar oluşturma gücünü konu edinmektedir. Çalışmada iki ana sorun ve bunlara bağlı diğer alt sorunlar ele alınmıştır. Birinci bölümde, BM Şartı'nın 39, 40, 41 ve 42'nci maddelerinin lafzi yorumu yapılarak Güvenlik Konseyi'nin

¹³ UN Doc. Res. S/RES/1540 (2004), <https://digitallibrary.un.org/record/520326?ln=en> , s.e.t. 22.11.2020.

¹⁴ **Arsava, Ayşe Füsün** (2018) "BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:136, ss. 389-390.

¹⁵ **Rosand**, s.547.

¹⁶ **Talmon, Stefan** (2005) "The Security Council as World Legislature", The American Journal of International Law, C:99, S:1, s.192 ("[Yasa yapma gücü], Güvenlik Konseyi'nin Şart kapsamındaki birincil sorumluluğunu yerine getirmek için proaktif ve hatta önleyici bir yaklaşım sergilemesine izin verir. Ancak uygulamada, Konsey'in yasa yapması sorunlarla doludur").

soyut tehditler için bağlayıcı kararlar alıp alamayacağı sorusu ele alınmakta ve bu tür kararların sadece somut gerekçeler ile alınabileceği, tüm devletler üzerinde bağlayıcı olan genel ve soyut normlar oluşturma gücünün Güvenlik Konseyi'nin yetkisi dahilinde olmadığı, BM Şartı'nda Güvenlik Konseyi'nin küresel bir yasa koyucu olarak hareket etmesinin amaçlanmadığı ve bu tür bir eylemin Şart'ın genel sistematığının ürünü olan Konsey ile Genel Kurul arasındaki güç dengesini bozacağı ileri sürülmektedir. Bu bölümde ayrıca Güvenlik Konseyi'ne yasama niteliğinde kararlar alabilme yetkisi verdiğini savunanların iki temel argümanına da odaklanılmaktadır. "Organik gelişmeci" ya da "evrimci" olarak adlandırılabilir ilk argüman, egemen eşitlik prensibi ve iç işlerine karışma yasağı temelinde cevaplanmaktadır. *Opinio juris* ve devlet uygulamalarının böyle bir yetkiyi desteklediğini savunan ikinci argümanın ise tarihsel perspektifte yanılıcı olduğu ileri sürülmektedir. Son olarak bu bölümde, bu tür Güvenlik Konseyi kararlarının *ultra vires* nitelikte olduğu ve devletlerin bunlara uymama haklarının olup olmadığı sorusu kısaca ele alınmaktadır. Her ne kadar durum bu olsa da Güvenlik Konseyi'ni bu tür kararlar almama konusunda zorlayacak üst bir mercii olmadığından, çalışmanın ikinci bölümü, bu tür kararların Uluslararası Adalet Divanı (UAD) özelinde yargısal bir denetime tabi tutulup tutulamayacağını, San Francisco Konferansı sırasındaki hazırlık çalışmalarının (travaux preparatoires) tarihsel yorumu, BM Şartı'nın lafzi yorumu, UAD içtihatları ve doktrinde yaşanan tartışmalar üzerinden ele almaktadır. İkinci bölümün sonunda, UAD'nin Güvenlik Konseyi kararlarının yargısal denetimi yetkisine sahip olup olmadığına dair tartışmanın hala çözümsüz olduğu gösterilmiştir.

I. GÜVENLİK KONSEYİ'NİN *ULTRA VİRES* KARARLARININ SINIRLARI

Bu bölüm iki alt bölüme ayrılarak incelenmiştir. İlk alt bölümde Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüm kapsamında aldığı genel ve soyut normlar yaratan kararlarının hukuki durumu ele alınmıştır. İkinci alt bölümde Güvenlik Konseyi'nin yasama yetkilerinin lehine olan iki temel argüman cevaplanmıştır. Son alt bölümde ise, devletlerin *ultra vires* olarak değerlendirilen Güvenlik Konseyi kararlarına uymama haklarının olup olmadığı kısaca tartışılmıştır.

A. GÜVENLİK KONSEYİ'NİN KÜRESEL YASA KOYUCU SIFATININ ULUSLARARASI HUKUKA AYKIRILIĞI

Güvenlik Konseyi'nin, uluslararası barış ve güvenliğe yönelik herhangi bir tehdit oluşması durumunda tüm devletler için bağlayıcı olarak alacağı kararlar, Şart'ın VII. Bölüm'ünün 39¹⁷, 40¹⁸, 41¹⁹ ve 42'nci²⁰ maddelerine istinaden mümkün olmaktadır. Ancak bu maddelerin lafzı, Güvenlik Konseyi'nin 1-) yasama niteliğinde kararlar alıp alamayacağı, 2-) bu tür kararlar alabiliyor ise, bunların uluslararası barış ve güvenliğe yönelik *somut* bir tehdidin varlığıyla mı sınırlı, yoksa *soyut* tehditler için de söz konusu olup olmadığına ilişkin herhangi bir tespitte bulunmaya imkân vermemektedir. Hem 41'inci hem de 42'nci maddelerde, barışın yeniden tesis edilmesine yönelik askeri ve askeri olmayan tedbirlerin listesine yerilmiş ve burada yasama niteliğindeki kararlar yer almamış olsa bile, her iki madde de “*içerebilir*”

¹⁷ UN Charter, art. 39 (“Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41'inci ve 42'nci maddeler uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır”).

¹⁸ UN Charter, art. 40 (“Güvenlik Konseyi, durumun ağırlaşmasını önlemek üzere, 39'uncu madde uyarınca tavsiyelerde bulunmadan ya da önlemleri kararlaştırmadan önce, ilgili tarafları gerekli ya da uygun gördüğü geçici önlemlere uymaya çağırabilir. Bu geçici önlemler tarafların haklarını, iddialarını ya da konularını hiçbir biçimde zedelemesin. Bu geçici önlemlerin yerine getirilmemesi halinde Güvenlik Konseyi bunu gereğince dikkate alacaktır”).

¹⁹ UN Charter, art. 41 (“Güvenlik Konseyi, kararlarını yürütmek için silahlı kuvvet kullanımını içermeyen ne gibi önlemler alınması gerektiğini kararlaştırabilir ve Birleşmiş Milletler üyelerini bu önlemleri uygulamaya çağırabilir. Bu önlemler, ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılmasını, diplomatik ilişkilerin kesilmesini içerebilir”).

²⁰ UN Charter, art. 42 (“Güvenlik Konseyi, 41'inci maddede öngörülen önlemlerin yetersiz kalacağı ya da kaldığı kanısına varırsa, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için, hava, deniz ya da kara kuvvetleri aracılığıyla, gerekli saydığı her türlü girişimde bulunabilir. Bu girişimler gösterileri, ablukayı ve Birleşmiş Milletler üyelerinin hava, deniz ya da kara kuvvetlerince yapılacak başka operasyonları içerebilir”).

ifadesiyle sonuçlandırıldığı için, bu listeleri Güvenlik Konseyi'nin yetkilerini sınırlayıcı şekilde yorumlamak doğru değildir.²¹

Ancak esas tartışma, alınacak kararların sadece halihazırda var olan somut tehditlerle mi sınırlı yoksa gelecekte gerçekleşmesi muhtemel soyut tehditler açısından da başvurulabilir olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmaktadır. 39'un maddenin, bu maddeyle doğrudan ilişkili olan 40'ıncı, 41'inci ve 42'nci maddelerini içeren bir yorumu, Güvenlik Konseyi'nin soyut sorunlarla değil, yalnızca somut durumlarla ilgilenmek için tasarlandığına dair açık bir işaret sunmaktadır. Her şeyden önce, 39'uncu maddede kullanılan her iki terim de ("*barışın ihlali*" ve "*saldırı eylemi*") açıkça somut durumlara işaret etmektedir, zira bir ihlal veya eylem ancak somut durumlarda anlam kazanabilir. Benzer şekilde 40'ıncı madde, Güvenlik Konseyi'ne belirli davranışları benimsemeleri için "*ilgili tarafları . . . önlemlere uymaya çağırma*" yetkisi vermektedir. Burada taraf olarak atıfta bulunulan şüphesiz devletlerdir ve bir devletin soyut bir soruna taraf olması söz konusu değildir.²² VII. Bölüm kararlarının bağlayıcı hukuki gücünden yoksun olan Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollarla Çözülmesi başlıklı VI. Bölüm'ün bazı hükümleri de bu yorumu doğrular niteliktedir. Örneğin 33 ve 34'üncü maddeler bir "*anlaşmazlık*" veya "*duruma*" atıfta bulunmaktadır, ki *soyut bir anlaşmazlık* uluslararası ilişkiler pratiğine aykırıdır. Son olarak, Güvenlik Konseyi üyesi olmayanların Konsey müzakerelerine katılımıyla ilgili 32'nci madde, "*anlaşmazlığa taraf*" devletlere atıfta bulunmaktadır. Her üç maddenin lafzi incelemesi, bu anlaşmazlıkların soyut olamayacağı konusunda ikna edicidir.

41'inci maddenin aynı yöntemle yorumlanması da benzer bir sonucu doğurmaktadır. Madde metnindeki "*içerebilir*" ifadesinden hareketle bu madde kapsamındaki barışçıl tedbirlerin listesinin sınırlayıcı olmadığı kabul edilmekle birlikte, bu kabul ilgili madde uyarınca herhangi bir tedbire *per se* izin verildiği anlamına gelmemektedir. Bu bakımdan, listeye *de facto* uygulamalarla yeni önlemler eklenebilmesi için, genel ve soyut uygulanabilirlik normlarının değil, yalnızca somut durumlarla/sorunlarla/tehditlerle ilgili tedbirlerin alınıyor

²¹ **Elberling, Bjorn** (2005) "The Ultra Vires Character of Legislative Action by the Security Council", *International Organizations Law Review*, C:2, S:2, s.342.

²² **Bjorn**, ss. 342-343.

olması gereklidir. Bu bağlamda, 41'inci maddede geçen “*içerebilir*” ifadesi ile sayılan “*ekonomik ilişkilerin ve demiryolu, deniz, hava, posta, telgraf, radyo ve diğer iletişim ve ulaştırma araçlarının tümüyle ya da bir bölümüyle kesintiye uğratılması, diplomatik ilişkilerin kesilmesi*” önlemleri bir yürütme (executive) faaliyeti görünümünde iken, “*terör eylemlerini finanse etmeyi veya desteklemeyi amaçlayan eylemleri suç saymak*” tedbiri açık bir yasama (legislative) faaliyeti görünümündedir.

Dahası BM sistemi içindeki görev ve sorumlulukların dağılımının sistematik olarak yorumlanmasıyla da benzer bir sonuca ulaşmak mümkündür. BM sistemi içerisinde taraf devletlerdekine benzer bir yasama organı bulunmamaktadır, ancak bu tür bir işleve en yakın olan organın da Güvenlik Konseyi değil, Genel Kurul olduğu kabul edilmelidir.²³ Şart'ın 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, Genel Kurul'un görevleri arasında, “*siyasal alanda uluslararası iş birliğini geliştirmek, uluslararası hukukun giderek geliştirilmesini ve yasallaştırılmasını teşvik etmek*” sayılmaktadır. Diğer taraftan Şart'ın hiçbir yerinde Güvenlik Konseyi'ne verilen buna (*uluslararası hukukun giderek geliştirilmesini ve yasallaştırılması*) benzer bir yetki ve görev yoktur.

Şart'ın Güvenlik Konseyi'ne yasama niteliğinde genel ve soyut uygulanabilirlik normları yaratma yetkisi vermediği şeklindeki değerlendirmemiz, İspanyol sorunu²⁴ konusunda Güvenlik Konseyi tarafından bir rapor hazırlanmak için görevlendirilen Alt Komite'nin raporu tarafından da

²³ **Falk, Richard A.** (1966) “On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly”, *American Journal of International Law*, C:60, S:4, ss. 782-791. Ayrıca Filipinler delegasyonunun San Francisco Konferansı sırasında yaptığı öneri de dikkate değerdir: “Genel Kurul, Güvenlik Konseyi'nin çoğunluk oyuyla onaylandıktan sonra yürürlüğe girerek [BM] üyeleri üzerinde bağlayıcı hale gelmesi gereken uluslararası hukuk kuralları yapmak için yasama yetkisine sahip olmalıdır.” *Documents of The United Nations Conference on International Organization*, Volume 3, ss. 536-537, <https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en , s.e.t. 11.11.2020>.

²⁴ İspanyol Sorunu ya da Franco Sorunu terimi, BM'nin Frankocu İspanya'nın II. Dünya Savaşı'nda mağlup edilen Mihver devletlerine sempatisi nedeniyle İspanya'yı örgüte üye olarak almasını reddetmesi nedeniyle, İspanya ile BM arasındaki 1945-1955 arasındaki ilişkileri ifade eden jeopolitik ve diplomatik koşulları karşılamak için kullanılmaktadır. Bkz. **Houston, John A.** (1952) “The United Nations and Spain”, *The Journal of Politics*, C:14, S:4, s.683.

doğrulanmaktadır. Güvenlik Konseyi'nin VII. Bölüm yetkilerini analiz eden Alt Komite'nin değerlendirmesine göre,

“Şart'ın VII. Bölümü uyarınca Birleşmiş Milletler tarafından Güvenlik Konseyine çok keskin bir enstrüman emanet edilmiştir ve Güvenlik Konseyi, bu aracın Şart'ın amaçlarını zorlayacak veya tüm benzer durumlarda uygulanamayacak şekilde köreltilmemesine veya kullanılmamasına dikkat etmelidir. Alt Komite'nin görüşüne göre Güvenlik Konseyi, mevcut delillere dayanarak, 39'uncu maddenin gerektirdiği belirlemeyi yapamaz. Henüz herhangi bir barış ihlali meydana gelmemiştir. Hiçbir saldırganlık kanıtlanmamıştır. Barışa yönelik bir tehdit söz konusu değildir. Bu nedenle, 41'inci ve 42'nci maddelerde belirtilen icra tedbirlerinin hiçbirisi şu anda Güvenlik Konseyi tarafından uygulanabilir değildir.”²⁵

Görüldüğü üzere Alt Komite, Güvenlik Konseyi'nin 39'uncu, 41'inci ve 42'nci maddelere başvurabilmesi için, somut bir durumun varlığını açıkça şart koşmuştur.

Şart'ın Güvenlik Konseyi'ne yasama niteliğinde kararlar alabilme yetkisi verdiğini savunanların dayandığı temel argüman “organik gelişme” ya da “evrimci” denilebilecek bir temele oturmaktadır.²⁶ Franck bu durumu yaşayan ağaç betimlemesiyle ele almaktadır. Ona göre, “[BM'nin] başlıca siyasi organlarının tutanaklarla sabit olan tartışmalarının ve kararlarının engin mirasından ortaya çıkan bulgu, bu organların Şart'ı statik bir formül olarak değil, organik büyüme kapasitesine sahip kurucu bir araç olarak ele alma eğiliminde olduklarıdır.”²⁷ Buna göre, her ne kadar Şart Güvenlik Konseyi'ne tüm devletleri bağlayacak yasama niteliğinde kararlar alma yetkisini açıkça vermiyor olsa da kullanımını da açıkça yasaklamamaktadır. Bu bağlamda

²⁵ Report of the Sub-Committee on the Spanish Question, UN Doc. S/75 (1946), paras. 21-22, <https://digitallibrary.un.org/record/536703?ln=en>, s.e.t. 22.11.2020.

²⁶ **Talmon**, s.180 (“[Güvenlik] Konseyi uygulamalarının ve Birleşmiş Milletler üyeliğine ilişkin ortak anlayışa ilişkin bir inceleme, genel olarak, ‘barışa yönelik tehdidin’ sürekli gelişen bir kavram olduğunu göstermektedir”).

²⁷ **Franck, Thomas M.** (2004) *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, Cambridge University Press, s.6.

Güvenlik Konseyi, temel görevi olan uluslararası barış ve güvenliğin korunması için zaman içerisinde ortaya çıkan yeni şartlara uyum sağlamak zorundadır.²⁸ Bu uyum sağlama sırasında Güvenlik Konseyi'nin yetkilerini genişletici şekilde yorum yapacak BM organı da yine bizzat Güvenlik Konseyi'nin kendisidir, zira Lamb'ın de belirttiği üzere her organ, Şart'ın kendisini ilgilendiren bölümlerini yorumlama yetkisine sahiptir.²⁹

Şart'ın Güvenlik Konseyi'ne yasama niteliğinde kararlar alabilme yetkisi verdiği iddiasına dayanak teşkil eden bir başka görüş, yasama niteliğindeki kararların (özellikle de 1373 ve 1540 sayılı kararların) oybirliğiyle kabul edilmesine ve Güvenlik Konseyi üyesi olmayan birçok devletin de bu kararların kabul edilmelerinden önce veya sonra gösterdikleri destekte karşılık bulmaktadır. Bir diğer ifadeyle, *opinio juris* ve devlet uygulamaları Güvenlik Konseyi'nin genel ve soyut normlar yaratırken 39'uncu ve 41'inci maddeleri genişletici yorumunu desteklemektedir.³⁰

B. GÜVENLİK KONSEYİ'NİN YASAMA YETKİLERİNİN LEHİNE ARGÜMANLAR VE CEVAPLAR

Güvenlik Konseyi'nin yasama yetkilerinin lehine olan bu argümanlar iki şekilde test edilebilir. Birinci olarak, BM Şartı'nın “evrimsel yorumu” kabul edilse bile, bu yorum hangi sınırlara kadar genel ve soyut norm yaratma yetkisini doğurmaktadır ve ikinci olarak böyle bir yetkiyi destekleyen devlet uygulamaları ne kadar gerçekçidir.

1. Komşu Bahçelere Uzanan “Yaşayan Ağacın Dalları”

Şart'ın organik olarak geliştiği ve yeni ortaya çıkan durumlar karşısında Güvenlik Konseyi'ne genel ve soyut normlar yaratma yetkisi verilebileceği yolundaki değerlendirme kayda değer olsa da bu değerlendirmenin de bir sınırı

²⁸ Rosand, s.570 (“Bir ‘anayasa’ olarak BM Şartı'nın, faaliyet gösterdiği ve sürekli değişmekte olan uluslararası çevre ile etkin bir şekilde başa çıkabilmesi için zaman içinde gelişmesine izin verilmelidir”).

²⁹ Lamb, Susan (1999) “Legal Limits to United Nations Security Council Powers”: Goodwin-Gill, Guy S./Talmon, Stefan (Editörler), *The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, Oxford University Press, s.363.

³⁰ Rosand, ss. 574-578.

vardır. BM Şartı'nın genel sistematığı tarafından çizilmiş sınırlar, organik gelişmenin doğal sınırlarını oluşturmaktadır. Bir diğer ifade ile, Şart'ta açıkça belirtilmemiş bir yetkinin kullanımı BM Şartı'nın temel prensipleriyle çatıştığı zaman, yetkiyi kullanan organın bu kullanımı meşrulaştırması salt organik gelişme doktrini ile açıklanamaz. Sinclair'ın belirttiği üzere, organik gelişme yorumu, yorumlanacak sistemi kökten değiştirecek kadar uç noktalarda bir anlam ifade etmeyecektir.³¹ Güvenlik Konseyi'ne tüm devletler için bağlayıcı olan genel ve soyut normlar yaratma yetkisinin verilmesi ise iki nedenden ötürü tüm BM sistemine köklü ve tehlikeli bir meydan okuma teşkil edecektir.

Birincisi, böyle bir yetki uluslararası hukukun yerleşmiş normlarından olan egemen eşitlik prensibiyle mutlak bir çatışma halindedir. Yukarıda da ifade edildiği gibi, BM sistemi gerçek anlamda bir yasama organı yaratmamış ve hiçbir BM organına böyle bir yetkiyi açıkça vermemiştir. Bunun nedeni ise, bir uluslararası hukuk normunun herhangi bir devlet üzerinde bağlayıcı olabilmesi için, o devletin sarıh veya zımni rızasının aranmasını gerekli kılan rıza ilkesidir.³² UAD'nin de bir kararında belirttiği üzere, *“bir devlet için, o devlet tarafından antlaşma yoluyla veya başka bir şekilde kabul edilmiş olanlar dışında, uluslararası hukukta hiçbir kural yoktur . . . ve bu ilke istisnasız tüm devletler için geçerlidir.”*³³ Rıza ilkesi, arzu edilen bazı normların kısa sürede ortaya çıkamayacağı anlamına gelmektedir ve şüphesiz pratikte bazı sakıncalar doğurabilir. Ancak bu, uluslararası hukukta merkezi bir yasa yapma organının varlığından daha az sakıncalıdır. Şart'ın 2(1)'nci maddesi uyarınca BM, *“tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur.”* Kendi ulusal çıkarlarına göre kullanabilecekleri veto yetkilerine sahip beş üyenin bulunduğu on beş üyeli politik bir organın dokuz üyesinin oyuyla alınacak ve tüm devletler için bağlayıcı olacak kararların, modern uluslararası hukuk ve ilişkiler sisteminin

³¹ **Sinclair, Ian** (1984) *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. Baskı, Manchester, Manchester University Press, s.138.

³² **Shaw, Malcolm N.** (2018) *Uluslararası Hukuk* (Çevirenler: Acer, Yücel/ Kaya, İbrahim/Demirtepe, M. Turgut/ Şimşek, G. Engin) 8. Baskı, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi, s.6.

³³ *The International Court of Justice, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, 1986, ICJ Rep. 12, para. 269, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>, s.e.t. 18.10.2020.

temelini oluşturan egemen eşitlik prensibi ile uyumlu olmadığı su gibi berraktır.³⁴

İkincisi, aynı durum iç işlerine karışma yasağı kapsamında da söz konusudur. Tıpkı egemen eşitlik ilkesinde olduğu gibi, iç işlerine karışma yasağının da uluslararası hukuk ve ilişkilerin temel ilkelerinden biri olduğu konusunda tartışma yoktur.³⁵ Şart'ın 2(7)'nci maddesinde, Şart'ın hiçbir hükmünün “Birleşmiş Milletler’e herhangi bir devletin kendi iç yetki alanına giren konulara müdahale yetkisi vermediği gibi üyeleri de bu türden konuları işbu Antlaşma uyarınca bir çözüme bağlamaya zorlayamayacağı” hükme bağlanmakta, ancak devamında bu ilkenin “VII. Bölüm’de öngörölmüş olan zorlayıcı önlemlerin uygulanmasını hiçbir biçimde engellemeyeceği” belirtilmektedir. Bu açıdan tartışma, Güvenlik Konseyi’nin hangi durumlarda ölkelerin iç işlerine karışmaya hakkı olduğu üzerinde yoğunlaşacaktır.

Güvenlik Konseyi, VII. Bölüm yetkileri dahilinde ölkelerin iç işlerine karışma konusundaki uygulamalarını BM’nin kuruluşundan bu yana genişletme eğiliminde olmuştur. İnsani müdahalelerden kuraklığa, HIV/AIDS gibi sağlık sorunlarından iç savaşlara kadar pek çok durumda VII. Bölüm yetkilerine başvurmuştur. Bunların hangilerinin uluslararası barış ve güvenliği gerçekten tehdit ettiği ve dolayısıyla Güvenlik Konseyi’nin VII. Bölüm yetkilerine uygun olduğu şüphesizdir ki bu çalışmanın kapsamını fazlasıyla aşmaktadır. Ancak önem arz eden husus, tüm bu durumların somut durumlar olduğu ve Güvenlik Konseyi’nin bu durumların her biri için uluslararası barış ve güvenlik için somut bir tehdit belirlemesi yapmış olduğudur. Ancak Güvenlik Konseyi’nin yasama niteliğindeki kararları genel ve soyut olaylara ilişkindir. Örneğin bu kararlar – hemen aşağıda Hindistan’ın 1540 sayılı karar alınmadan bir gün önce Güvenlik Konseyi başkanına iletildiği mektupta değindiği üzere – devletlere iç hukuk düzenlemeleri yapma konusunda dahi yükümlölükler yüklemektedir. Hem 1373 sayılı hem de 1540 sayılı karar devletlere iç hukuklarında değışiklik yapmaktan finansal varlıkların

³⁴ **Kelsen, Hans** (1944) “The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization”, The Yale Law Journal, C:53, S:2, ss. 207-220.

³⁵ **Jamnejad, Maziar/Wood, Michael** (2009) “The Principle of Non-intervention”, Leiden Journal of International Law, C:22, S:2, s.345.

dondurulmasına kadar çeşitli yükümlük yüklemiştir. Dahası, bunu yaparken somut bir terör örgütü veya silahlanma tehlikesine atıfta bulunma gereği de duymamıştır.

2. Yasama Yetkisine Yönelik *Opinio Juris* ve Devlet Uygulamalarının Yanıltıcılığı

BM içindeki her organın kendi yetki ve görev alanına ilişkin yorumlama yapma yetkisini kabul etmek, bu yetkinin tüm devletler üzerinde *ipso facto* bağlayıcı olduğu anlamından öte, ilgili organ içerisinde faaliyette bulunan devletlerin uygulamaları ve kabullerini yansıtmalıdır. Bir diğer ifade ile, Güvenlik Konseyi'nin belirli bir yöndeki uygulamasının Şart'ın "evrimsel bir gelişmesi" olarak desteklenebilmesi için BM üyeleri tarafından genel bir kabul şartı hala aranmalıdır. Bu yorum UAD içtihatlarınca da desteklenmektedir. UAD önüne gelen bir davada, Güvenlik Konseyi'nde karar üzerinde yapılan oylamada iki daimî üyenin çekimser kalması nedeniyle, kararın daimî üyelerin ortak oyları da dahil olmak üzere dokuz üyenin olumlu oyu ile kabul edilmediği için BM Şartı'nın 27'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür. UAD bu iddiayı şu gerekçeyle kabul etmemiştir: "*Güvenlik Konseyi tarafından izlenen bu prosedür, Şart'ın 27'nci maddesinde 1965 yılında yapılan değişikliğin ardından değişmeden devam etmesi ve Birleşmiş Milletler üyeleri tarafından genel olarak kabul edilmiş olması, bu örgütün genel bir uygulamasını kanıtlamaktadır.*"³⁶ Güvenlik Konseyi kararlarına yönelik böyle bir kabulün varlığı ise son derece tartışmalıdır.

Her şeyden evvel, 1373 ve 1540 sayılı kararlar uyarınca oluşturulan komitelere yönelik devlet katkıları, Güvenlik Konseyi'nin bu kararları kabul etme yetkisinin veya terörizmle mücadele amacına ulaşırken kullanmaya çalıştığı araçların değil, yalnızca terörizmle mücadele amacının kabulüne yönelik bir katkı olarak anlaşılmalıdır. Örneğin Irak hükümeti 1373 sayılı

³⁶ The International Court of Justice, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 16, para. 22, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf>, s.e.t.18.10.2020.

karara yönelik olarak, uluslararası terörizmle ilgili her türlü çalışmayı desteklediğini beyan etmekle birlikte, ülkesinin “. . . devlet destekli terör de dahil olmak üzere, terörizmin en başta gelen kurbanı” olduğunu ve ülkesine yönelik terörü destekleyen devletlerden birinin de ABD olduğunu dile getirmiştir.³⁷ Aynı ABD’nin 1373 sayılı kararı alan Güvenlik Konseyi’nin daimî üyesi olduğu hatırlandığında, Irak’ın neden ABD’ye – ve dolayısıyla Güvenlik Konseyi’ne – böyle bir yetki vermeye istekli olmayacağı daha anlaşılabilir olmaktadır.

1373 sayılı karar oy birliğiyle kabul edilmiş olsa da oylamanın gerçekleştiği sırada (28 Eylül) devletlerin hala 11 Eylül saldırılarının yoğun etkisi altında olduğu bir gerçektir. Örneğin Güvenlik Konseyi’nin yasama türü geniş yetkilere sahip olmasını destekleyen Bantekas’a göre, 1373 sayılı karar ile ABD, “[Güvenlik Konseyi’nden] başka koşullarda geçiremeyeceği ve devletlerin de herhangi bir uluslararası antlaşmaya bağlı olmayı kabul etmeyecekleri tedbirler koyarak mevcut koşullardan ve uluslararası duyarlılıktan yararlanmışır.”³⁸ Dahası ABD tarafından hazırlanan taslak karar metni, Güvenlik Konseyi’nin daimî üyelerine kararın kabul edilmesinden önce iki gün ve geçici üyelerine sadece bir gün önce tebliğ edilmiştir.³⁹ Bu bağlamda, üye devletler tarafından fiili bir karşıtlık olmaması, Güvenlik Konseyi’nin bu tür bir yetkiye sahip olduğu konusunda devletlerin desteğini gösterecek şekilde değerlendirilmemelidir.

1540 sayılı kararın tartışmaları sırasında ise birçok ülke delegasyonu Güvenlik Konseyi’nin yetkisine ilişkin ciddi şüpheleri olduğunu ve böyle bir yetkiyle donatılmayacağını dile getirmişlerdir. En fazla itirazı dilen getiren Hindistan, karar oylamasından bir gün önce Güvenlik Konseyi başkanına yazdığı bir mektupta şu ifadelerle ulusal egemenlik vurgusu yapmıştır:

³⁷ Letter Dated 27 December 2001 from the Chairman of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1373 (2001) Concerning Counter-Terrorism, Addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/1291, <https://digitallibrary.un.org/record/458381?ln=en>, s.e.t. 13.10.2020.

³⁸ **Bantekas, Ilias** (2003) “The International Law of Terrorist Financing”, *The American Journal of International Law*, C:97, S:2, s.326.

³⁹ **Heupel, Monika** (2014) “Security Council Legislation in Counter-Terrorism”: Popovski, Vesselin/ Fraser, Trudy (Editörler), *The Security Council as Global Legislator*, London, Routledge, s.132.

*“Hindistan, anayasal hükümleri ve prosedürleriyle uyumlu olmayan, ulusal çıkarlarına aykırı olan veya egemenliğini ihlal eden, harici olarak belirlenmiş normları veya standartları kaynağı ne olursa olsun . . . kabul etmeyecektir.”*⁴⁰

Aynı ülke, bu kez 1540 sayılı kararın Güvenlik Konseyi’ndeki tartışmaları sırasında söz alarak, *“Konsey tarafından yasama işlevlerinin VII. Bölüm yetkilerine başvurularak yerine getirilmesinin, Şart’ta da belirtilen Genel Kurul ile Güvenlik Konseyi arasındaki güç dengesini bozabileceğinden endişe”* duyduğunu ifade etmiştir.⁴¹

Benzer şekilde Pakistan, envanterlerinde nükleer silah bulunduran ve veto gücüne sahip beş devletin yer aldığı Güvenlik Konseyi’nin nükleer silahların yayılmasının önlenmesi veya nükleer silahsızlanma konusunda gözetim yetkisi verilecek uygun bir organ olmadığını belirttiikten sonra, *“Şart’ın VII. Bölüm’ü uyarınca bu kararın kabul edilmesi için hiçbir gerekçe bulunmamaktadır. Devlet dışı aktörlerin elindeki kitle imha silahlarının yaygınlaşması tehdidi gerçek olabilir, ancak yakın değildir. [Dolayısıyla BM] Şartı’nın 39’uncu maddesi anlamında barış için bir tehdit oluşmadığı”* açıklamasında bulunmuştur.⁴²

Benzer şekilde Mısır, *“Güvenlik Konseyi’ne ek yasama yetkileri verme yönünde artan bir eğilim olduğunu görüyoruz, [ancak] Şart, Konseye yasama yetkisi vermemektedir”* diyerek Güvenlik Konseyi’nin genel ve soyut normlar yaratmasına açıkça karşı çıkmıştır.⁴³ Yine Namibya, *“. . . mevcut çok taraflı hukuki enstrümanlarla doldurulması gereken boşluklar olduğunu kabul etmekle birlikte, bu tür boşluklar çok taraflı müzakere edilmiş belgelerle doldurulabilir ve dengesiz ve seçici olan Konsey tedbirleriyle doldurulmamalıdır, zira bunlar yalnızca bunları hazırlayanların görüşlerini temsil etmektedir”* açıklamasıyla, genel ve soyut nitelikteki normların uluslararası antlaşmalar yoluyla konulması

⁴⁰ UN Doc. S/2004/329, <https://undocs.org/S/2004/329>, s.e.t. 22.10.2020.

⁴¹ UN Doc. S/PV.4950 (2004), s.22, <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/1540-spv-4950.php>, s.e.t. 22.10.2020.

⁴² ibid 5.

⁴³ UN Doc. S/PV.4950 (Resumption 1) (2004), s.3, <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/1540-spv-4950-r1.php>, 22.10.2020.

düşüncesini desteklemiştir.⁴⁴ Aynı düşünce, “. . . karar taslağının Şart’ın VII. Bölüm’üne dayandığı gerçeği, devletlerin tek taraflı yaptırımlara başvurmaları için bir ön izin olarak anlaşılabilir. Diğer bir deyişle, uygulamanın gözetimi çok taraflı bir çerçeve içinde yapılmalıdır” açıklamasıyla İsviçre tarafından da paylaşılmıştır.⁴⁵

Kararı savunanlar bile bunun istisnai bir önlem olduğunu açıkça belirtmişlerdir. Örneğin Güney Kore, “Güvenlik Konseyi’nin mevcut nükleer silahların yayılmasını önleme rejimlerindeki önemli boşlukları ele alması uygun ve tam zamanındadır. Bununla birlikte, Güvenlik Konseyi’nin yasama yetkisinin dikkatle ve istisnai durumlarda kullanılması gerektiğini eklemeliyiz” diyerek ilgili organın sınırlı bir şekilde hareket etmesi gerektiğini vurgulamıştır.⁴⁶ Benzer endişelerin aynı görüşmeler sırasında Endonezya,⁴⁷ İran,⁴⁸ Nepal,⁴⁹ Nijerya,⁵⁰ Singapur,⁵¹ Küba⁵² ve Güney Afrika⁵³ tarafından da dile getirildiği ayrıca not edilmelidir.

Açıklanan nedenlerle, Güvenlik Konseyi’nin genel ve soyut uygulanabilirlik normları üreten yasama niteliğindeki kararlarına yönelik gerçek bir devlet desteğini göstermek zor görüldüğünden, bu tür işlemlerin *ultra vires* niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Ancak Güvenlik Konseyi’ni bu tür kararların alınması konusunda engelleyecek üst bir makam da teknik olarak yoktur. Bu bağlamda bir diğer sorun, devletlerin bu tür kararlara karşı bir çeşit direnme hakkının olup olmadığına ilişkindir.

⁴⁴ UN Doc. S/PV.4950 (Resumption 1), s.16.

⁴⁵ UN Doc. S/PV.4950, s.28.

⁴⁶ UN Doc. S/PV.4950 (Resumption 1), s.8.

⁴⁷ UN Doc. S/PV.4950, ss. 31-32.

⁴⁸ ibid UN Doc. S/PV.4950, ss. 32-33.

⁴⁹ UN Doc. S/PV.4950 (Resumption 1), ss. 13-14.

⁵⁰ UN Doc. S/PV.4950 (Resumption 1), ss. 14-15.

⁵¹ UN Doc. S/PV.4950, ss. 24-25.

⁵² UN Doc. S/PV.4950, s.30.

⁵³ UN Doc. S/PV.4950, ss. 21-22.

C. ULTRA VİRES KARARLARA DİRENME HAKKI?

UAD'nin bir danışma kararında belirttiği üzere, BM organlarının almış olduğu kararların *ultra vires* nitelikte olduğu kanıtlanana kadar geçerli olduğu varsayılır.⁵⁴ Bir diğer ifadeyle, BM organlarının kararlarının hukuka uygunluk karinesi söz konusudur. Şüphesiz bu adi bir karine niteliğindedir, zira aksi durumda her bir BM organının kendi kararlarıyla kendi yetki alanını sınırsız bir şekilde genişletmeye muktedir olduğu sonucu ortaya çıkacaktır. BM kararlarına ilişkin hukuka uygunluk karinesinin nasıl çürütülebileceği konusunda ise literatürde görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ancak Akande'nin ifade ettiği üzere “*küçük prosedür kusurları*” içeren kararların geçersiz olduğu iddiası kendine fazla taraftar bulmazken,⁵⁵ Klabbers'in bu tür kararların “*yalnızca en bariz durumlarda*” hükümsüz olması gerektiği önerisi⁵⁶ üzerinde genel bir uzlaşma vardır. Şüphesizdir ki böyle bir “en bariz” durum, kararı alan uluslararası örgütün veya o örgütün bir organının yetkisiz olduğu bir senaryoda ortaya çıkacaktır.

Bu bağlamda, BM Şartı'nın hiçbir organa tanımadığı yasama yetkisinin Güvenlik Konseyi tarafından kullanımı, *ultra vires* nitelikte olduğundan geçerli kararlara yol açamaz. UAD'nin bir danışma görüşünde Hâkim Morelli'nin ayrı görüşünde ifade ettiği üzere, “[BM'nin] geçersiz olduğu düşünülen bir eylemi, tam ve mutlak bir şekilde hükümsüz olacağı için hiçbir hukuki etkisi olmayan bir eylem olacaktır.”⁵⁷ Ancak açıkça *ultra vires* olan uluslararası örgüt kararlarının hukuki etkilerine ilişkin olarak da literatürde görüş birliği bulunmamaktadır.

⁵⁴ The International Court of Justice, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, 1962, ICJ Rep. 150, s.168, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf>, s.e.t. 12.10.2020.

⁵⁵ Akande, Dapo (2003) “International Organizations”: Evans, Malcolm D. (Editör), International Law, Oxford, Oxford University Press, s.285.

⁵⁶ Klabbers, Jan (2002) An Introduction to International Institutional Law, Cambridge, Cambridge University Press, s.242.

⁵⁷ Separate Opinion of Judge Morelli, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, 1962, ICJ Rep. 216, s.222, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-04-EN.pdf>, s.e.t. 12.10.2020.

Bazı yorumcular⁵⁸ bunların *ab initio* geçersiz olduğunu ileri sürerken, diğer bazıları⁵⁹ ise geçersiz kılınabilir olduğu görüşündedirler.

Bu görüş ayrılığı, devletlerin *ultra vires* kararları reddetme hakkının olup olmadığı hususunda da sürmektedir. UAD'nin *Certain Expenses* danışma kararındaki karşı görüşünde Mahkeme Başkanı Hâkim Winiarski, uluslararası hukuk sisteminde hükümsüzlük tespiti yapmaya yetkili hiçbir mahkeme bulunmadığından hareketle, bir kararın hükümsüzlüğüne ancak yetkili bir mahkeme tarafından hükümsüzlük tespit edildiğinde dayanılabileceği iddiasını reddetmiştir.⁶⁰ Yine bazı yazarlara göre, üye devletlerin *ultra vires* olduğunu düşündükleri uluslararası kuruluşların eylem ve kararlarını reddetme hakkı, devletlerin sahip oldukları doğal haklardan kaynaklanmaktadır.⁶¹ UAD'nin *Interpretation of the Agreement* danışma kararındaki ayrı görüşünde Hâkim Gros benzer bir hukuki pozisyon almıştır:

“DSÖ'nün uluslararası hukuka aykırı bir kararı, devletlerin çoğunluğu bu karara lehte oy verdiği için hukuka uygun hale gelmez. DSÖ . . . birlikte yapmaya karar verdikleri şeyleri yapmak için üye devletler tarafından oluşturulmuştur. Üye devletler, hukuka aykırı olarak düşündükleri bir eylemi uygulamak zorunda değildirler ve dahası uluslararası kuruluşların uygulamaları, böyle durumlarda bu tür faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin reddedilme [seçeneğine] başvurulabileceğini göstermiştir. Sonuç olarak, uzman bir kurumun yetkisini aştığı konularda üye devletlerin çoğunluğu

⁵⁸ **Ciobanu, Dan** (1975) Preliminary Objections: Related to the Jurisdiction of the United Nations Political Organs, The Hague, Martinus Nijhoff, s.75 (“Bu tür bir eylem *ab initio* hükümsüz ve geçersiz olacaktır”).

⁵⁹ **Osieke, Ebere** (1983) “The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations”, American Journal of International Law, C:77, S:2, s.255 (“Genel bir kural olarak, [bu tür] fiil ve kararlar *ab initio* hükümsüz olmantansa hükümsüz kılınabilir niteliktedir”).

⁶⁰ Dissenting Opinion of Judge Winiarski, *Certain Expenses of the United Nations* (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, 1962, ICJ Rep. 227, s.232, <icj-cij.org/public/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-05-EN.pdf>, s.e.t. 12.11.2020.

⁶¹ **Ciobanu**, s.174.

tarafından alınan bir karar hiçbir anlam ifade etmez. Sayılar, kurucu antlaşmadaki yeterlilik eksikliğini gideremez.”⁶²

Buna karşın, üye devletlerin kurucu antlaşmaya aykırı olduğunu düşündükleri kararları, bir inceleme mercii tarafından bu yönde bir hukuki tespit olmaksızın reddetme hakları, bütün uluslararası hukukçular tarafından paylaşılmamaktadır. *Certain Expenses* davasındaki ayrı görüşünde Hâkim Morelli pozisyonunu – gerçi Genel Kurul üzerinden – şu sözlerle belli etmiştir:

“Benim görüşüme göre, [BM] Şartı’nın herhangi bir üye devlete, . . . bir Genel Kurul kararının . . . herhangi bir hukuki etkisi olmadığını iddia etme hakkını herhangi bir zamanda açık bıraktığını varsaymak mümkün değildir. Aksine, kararın dayandığı gerekçelere bakılmaksızın, Şart’ın Genel Kurul kararına kesinlik verdiği varsayılmalıdır ve hatta Genel Kurul’un gerçek bir takdir yetkisine sahip olmadığı bir alanda bile bu böyle kabul edilmelidir.”⁶³

Benzer şekilde Pollux’a göre de *“en kolay, en ilkel ve en tatmin edici olmayan çözüm, her bir üye devletin Şart’ı nasıl yorumlayacağına kendisinin karar verme hakkına sahip olduğunu söylemektir.”⁶⁴*

Konuyla ilgili görüş ayrılıkları nedeniyle, üye devletlerin *ultra vires* nitelikte olduğunu düşündükleri uluslararası kuruluşların kararlarını *ab initio* reddetme haklarını genel kabul görmüş bir uluslararası hukuk ilkesi olarak değerlendirmek mümkün değildir.⁶⁵ Bu açıdan sorun bu tür kararları bir çeşit denetime tabi tutacak mekanizma(lar)ın varlığına ilişkindir. Bu nedenle bir sonraki soru, bu konuda devletlerin faydalanabileceği uluslararası bir mercinin olup olmadığıdır, ki akla ilk olarak UAD gelmektedir.

⁶² Separate Opinion of Judge Gros, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, 1980, ICJ Rep. 99, s.104, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/65/065-19801220-ADV-01-01-EN.pdf>, s.e.t. 12.11.2020.

⁶³ Separate Opinion of Judge Morelli, s.221.

⁶⁴ **Pollux** (1946) “The Interpretation of the Chapter”, British Year Book of International Law, C:23, s.56.

⁶⁵ **Osieke**, s.255.

II. UAD'NİN GÜVENLİK KONSEYİ KARARLARI ÜZERİNDEKİ HUKUKİ DENETİM YETKİSİ

Bu bölümde, siyasi organların kararlarının hukuka uygunluğunun bağımsız bir mahkeme tarafından incelenmesi anlamındaki denetiminin, UAD Statüsü'nün 38(1)(c)'inci maddesi⁶⁶ açısından genel bir uluslararası hukuk ilkesi olarak kabul edilip edilemeyeceği incelenecektir. UAD'nin, BM'nin iki siyasi organının kararları üzerinde yargısal bir denetim yetkisi olup olmadığı konusunda BM Şartı herhangi bir hüküm içermemektedir. Böyle bir yetkinin olduğu kabul edilse bile, önemle belirtmek gerekir ki UAD'nin Güvenlik Konseyi kararlarını çekişmeli yargılamalar sırasında denetleme fırsatı oldukça düşüktür. Zira BM'nin siyasi organları, UAD'nin çekişmeli yargılamalarına bizatihi taraf olamayacağından, Güvenlik Konseyi kararlarının yasallığı sorunu devletler arasındaki uyuşmazlık karşısında ikincil bir konumda olacaktır.⁶⁷ Diğer bir ifadeyle, bir Güvenlik Konseyi kararının hukuka uygunluğunun UAD tarafından incelenebilmesi için, bu incelemenin taraflar arasındaki anlaşmazlığın çözümüne katkı yapıcı nitelikte olması gerekecektir. Ayrıca belirtmelidir ki UAD'nin zorunlu yargı yetkisi ve uluslararası hukuku devletler arasında re'sen uygulama gücü bulunmadığından, Divan'ın *ratio personae* ve *ratio materiae* yargılama yetkisi devletlerin rızasına bağlıdır.⁶⁸ Bu

⁶⁶ Statü'nün 38(1)'inci maddesi aşağıdaki gibidir:

“Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:

- uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;
- hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılagelmiş kurallarını;
- uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

d. 59. Madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.” Statute of International Court of Justice <https://www.icj-cij.org/en/statute> Erişim Tarihi 21 Kasım 2020.

⁶⁷ Göçer, Mahmut (2007) “Uluslararası Adalet Divanı ile Güvenlik Konseyi Arasında Yetki Çatışması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:2, s.704.

⁶⁸ Statü'nün 36(1) ve 36(2) hükümleri aşağıdaki gibidir:

bağlamda Fassbender'in de belirttiği gibi, Güvenlik Konseyi kararlarının yargısal denetimi, ancak tarafların bu kararı UAD'nin yargı yetkisine tabi tutma istekliliğine bağlı olması nedeniyle istisnai bir durum olacaktır.⁶⁹

Güvenlik Konseyi kararlarının hukuki denetimi konusunda en çok referans yapılan kaynak, UAD'nin ancak 1998'de karara bağlayabildiği *Lockerbie*⁷⁰ davasıdır.⁷¹ *Lockerbie* davası, 21 Eylül 1988'de İskoçya'nın Lockerbie kentinde Pan Am 103 sefer sayılı uçağın patlamasına karıştıkları iddiasıyla iki Libya vatandaşının İngiltere ve ABD tarafından Kasım 1991'de iadesinin talep edilmesiyle başlamıştır. Bu talep daha sonra bağlayıcı olmayan bir Güvenlik Konseyi kararı ile desteklenmiş ve karar uyarınca Libya'dan iki zanlının iadesi ve uygun miktarda tazminat ödenmesi taleplerine uyması istenmiştir.⁷²

“1. Divan'ın yetki alanı tarafların kendisine sunacağı bütün işlerle Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ya da yürürlükteki antlaşma ve sözleşmelerde özel olarak öngörölmüş bütün durumları kapsar.

2. İş bu Statü'ye taraf olan devletler, herhangi bir anda, aynı yükümlülüğü kabul eden herhangi bir başka devlete karşı, konusu hepsine ilişkin olarak Divan'ın yargı yetkisini fiilen ve özel anlaşma olmaksızın zorunlu olarak tanıdıklarını bildirirler:

a. bir antlaşmanın yorumlanması;

b. uluslararası hukuka ilişkin her konu;

c. saptandığı takdirde, uluslararası bir yükümlülüğe aykırılık oluşturabilecek her olayın gerçekliği;

d. uluslararası bir yükümlülüğe aykırı bir davranışın gerektirdiği zarar giderimin niteliği ya da kapsamı.” Statute of International Court of Justice.

⁶⁹ **Fassbender, Bardo** (1998) “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, C:36, s.575.

⁷⁰ The International Court of Justice, Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom), ICJ Rep. 1998, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/88/088-19980227-JUD-01-00-EN.pdf>, s.e.t. 11.11.2020.

⁷¹ **Matheson, Michael J.** (2004) “ICJ Review of Security Council Decisions”, *George Washington International Law Review*, C:36, S:3, s.615; **Martenczuk, Bernd** (1999) “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *European Journal of International Law*, C:10, S:3, s.517; **White, Nigel** (1999) “Case Analysis: To Review or Not to Review? The Lockerbie Cases Before the World Court”, *Leiden Journal of International Law*, C:12, S:2, s.401.

⁷² UN Doc. S.C. Res. 731.

Libya ise suçluların iadesini, her üç devletin de dahil olduğu 23 Eylül 1971 tarihli Sivil Havacılığın Güvenliğine Karşı Kanun Dışı Eylemlerin Önlenmesine İlişkin Sözleşme'nin (Montreal Sözleşmesi) uygulaması kapsamına girdiğini ileri sürmüştür. Montreal Sözleşmesi'nde yer alan uzlaşma maddesi⁷³ uyarınca 3 Mart 1992'de UAD'ye başvuran Libya, *aut dedere aut iudicare* ilkesine⁷⁴ dayanarak, Divan'dan kendisinin Montreal Sözleşmesi kapsamındaki tüm yükümlülüklerine uyduğunu, İngiltere ve ABD'nin bu sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğini ve Libya'ya karşı herhangi bir kuvvet kullanımı veya kuvvet kullanımı tehdidinden vazgeçmek zorunda olduklarını tespit etmesini talep etmiştir. Bunun yanında Libya, tarafların haklarının korunmasının gerekli olduğu durumlarda UAD Statüsü'nün ilgili hükmü uyarınca Divan'ın geçici tedbirler uygulayabildiğini belirterek, zanlıların teslim edilmesini sağlamak amacıyla İngiltere ve Amerika'nın Libya üzerinde baskı kurma faaliyetlerinin engellenmesi için geçici tedbir kararı verilmesini talep etmiştir.⁷⁵

Geçici tedbir talebi üzerine yapılan sözlü duruşmalardan sonra UAD karar aşamasına geçmiş, ancak Divan henüz kararını vermeden Güvenlik

⁷³ Montreal Sözleşmesi Madde 14(1): “İki veya daha fazla Akit Devlet arasında, bu Sözleşmenin yorumlanması veya uygulanması ile ilgili olarak çıkan ve müzakere yoluyla halledilemeyen bir anlaşmazlık, bunlardan birinin isteği üzerine hakeme havale edilecektir. Tahkim için istekte bulunulan tarihten itibaren altı ay içinde taraflar hakem heyetinin kuruluşu konusunda anlaşmaya varamazlarsa, taraflardan herhangi biri, Divan'ın Statüsü uyarınca yapılacak bir müracaatla anlaşmazlığı Uluslararası Adalet Divanına götürebilir”, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20974/volume-974-I-14118-English.pdf>, s.e.t. 13.11.2020.

⁷⁴ İlke hakkında bkz. **Plachta, Michael** (2001) “The Lockerbie Case: the role of the Security Council in Enforcing the Principle *aut dedere aut iudicare*”, *European Journal of International Law*, C:12, S:1, ss. 125-140. Aynı ilkeye Montreal Sözleşmesi'nin 7'inci maddesinde de yer verilmektedir: “Sanığın, ülkesinde yakalandığı Akit Devlet, eğer onu iade etmezse, herhangi bir istisna tanımadan ve suç kendi ülkesinde işlenmiş olsun veya olmasın, olayı ceza kovuşturması yapılması amacıyla yetkili makamlarına intikal ettirmek zorunda olacaktır. Bu makamlar kararlarını, o devletin hukukuna göre ciddi nitelikteki herhangi bir adi suç için öngörülen usuller uyarınca vereceklerdir.”

⁷⁵ *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom)*, s.6.

Konseyi 31 Mart 1992'de 748 sayılı kararı almıştır. 748 sayılı kararda, Libya hükümetinin terörizmin desteklenmesinden somut şekilde uzaklaştığına dair bir emare olmaması ve özellikle 731 sayılı karardaki taleplere tam ve etkili bir şekilde yanıt vermemesinin uluslararası barış ve güvenlik için bir tehdit oluşturduğunu belirlenmiştir. Ayrıca, Libya'nın İngiltere ve ABD hükümetlerinin ortak bildirgesinde ifade edilen iade taleplerine uyulmaması durumunda, Güvenlik Konseyi'nin Libya'ya silah hava yolculuğu ambargosu uygulanacağı ifade edilmiştir.⁷⁶

Karar aşamasında olduğu davayı doğrudan etkileyen yeni durum karşısında UAD, bu koşullar altında geçici tedbir kararına gerekli olmadığına hükmetmiştir. Divan, 14 Nisan 1992 tarihli bu hükmü kurarken, esasa ilişkin konularda ne olgusal ne de hukuki kesin tespitler yapmış ve tarafların bu tür konulara esas aşamada itiraz etme hakkının saklı olduğunu vurgulamıştır. Önemle belirtmek gerekir ki Divan'a göre, geçici tedbirler aşamasında üye devletler Güvenlik Konseyi'nin 748 sayılı kararında ortaya koyduğu yükümlülüklere uymak mecburiyetindeydi. Bu mecburiyet ise, üye devletlerin Güvenlik Konseyi'nin bağlayıcı kararlarını yerine getirmekle yükümlü olduğu ve Montreal Sözleşmesi de dahil olmak üzere uluslararası anlaşmalardaki yükümlülüklerinin yerine BM Şartı kapsamındaki yükümlülüklerin üstün geleceğini hüküm altına alan Şart'ın 25'inci ve 103'üncü maddelerinden kaynaklanmaktaydı.⁷⁷

⁷⁶ UN Doc. S.C. Res. 748 (1992), <https://digitallibrary.un.org/record/196976> , s.e.t. 11.11.2020. Not etmek gerekir ki 31 Mart 1992 tarih ve 748 sayılı Güvenlik Konseyi kararının toplantısı sırasında yaşanan tartışmalarında, birkaç delege Güvenlik Konseyi'nin UAD'nin bir karar vermesini beklemesinin daha isabetli olacağını ifade etmiştir. Örneğin Zimbabwe delegesi, Güvenlik Konseyi'nin bu kararının büyük bir kurumsal krize yol açabileceği konusunda görüş belirtmiştir. Cape Verde ve Hindistan temsilcileri de bu yönde endişelerini dile getirmişlerdir. Bkz. Provisional verbatim record of the 3063rd meeting, S/PV 3063 (1992), <https://digitallibrary.un.org/record/197000?ln=en> , s.e.t. 12.11.2020.

⁷⁷ The International Court of Justice, Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom), Provisional Measures, Rep 1992, s.15, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/88/088-19920414-ORD-01-00-EN.pdf>, s.e.t. 11.11.2020.

UAD'nin *Lockerbie* davasındaki geçici tedbirler konusundaki kararına dayanarak bazı yazarlar, Divan'ın Güvenlik Konseyi kararları üzerinde yargısal denetim imkânı olmadığı, zira Divan'ın 748 sayılı karara tüm üye devletlerin uymasının zorunlu olduğu gerekçesiyle Libya'nın geçici tedbir talebinin reddedildiği sonucuna varmıştır.⁷⁸ Ancak bu sonuca katılmamız mümkün değildir. Zira bu kararla UAD, sadece geçici tedbir kararı aşamasında Güvenlik Konseyi kararlarına uyulması zorunluluğunu tespit etmiş; esasa ilişkin kararda ise bu yöndeki itiraz hakkının saklı olduğunu belirlemiştir. Böylece UAD'nin Güvenlik Konseyi kararları üzerinde yargısal bir denetim yetkisi olup olmadığı hususu esas aşamasına kalmıştır. Şubat 1998'de Divan, İngiltere ve Amerika tarafından ileri sürülen ön itirazları⁷⁹ reddetmiş ve davaya bakmaya yetkili olduğuna karar vermiştir. Lakin UAD bu yönde bir değerlendirme yapma fırsatı bulamadan dava Divan önünden kaldırılmıştır.

1998 yılında patlamanın üzerinden on yıl geçmiş olmasına rağmen taraflar çözüme ulaşamamış ve tarafsız bir biçimde yargılama fikri yeniden gündeme gelmiştir. Buna ek olarak, Güvenlik Konseyi yaptırımlarına verilen destek de giderek azalmaya başlamıştır. Böyle bir ortamda İngiltere ve ABD, davanın Hollanda'da İskoç hukukunu uygulayacak İskoç hukukçu heyeti önünde bir duruşmayla çözümlenmesini önermiştir. Daha sonra Güvenlik Konseyi, şüphelilerin Hollanda'ya teslim edilmesi üzerine yaptırımların otomatik olarak askıya alınmasını öneren 27 Ağustos 1998 tarih ve 1992 sayılı kararı⁸⁰ kabul etmiştir. 5 Nisan 1999'da söz konusu iki Libya vatandaşı Hollanda'ya gelmiş ve Libya'ya uygulanan yaptırımlar da büyük ölçüde askıya alınmıştır. Daha sonra Hollanda'daki Camp Zeist'te yapılan duruşmada Ali El-Megrahi, Pan Am uçağına patlayıcı cihazı sokmaktan suçlu bulunurken, Ali El-Megrahi aynı suçlamadan beraat etmiştir. Mahkeme, Libya hükümetinin terörist saldırıda yer alıp almadığı sorusunu cevapsız bırakmıştır. Mahkumiyetin temyiz aşamasında onaylanmasından ve Libya'nın “*yetkili memurlarının eylemlerinin*

⁷⁸ **Franck, Thomas M.** (1992) “The ‘Powers of Appreciation’: Who Is the Ultimate Guardian of UN Legality?”, *The American Journal of International Law*, C:86, S:3, ss. 519-523.

⁷⁹ UAD Statüsü'nün 79(3)'üncü maddesine göre, “preliminary objections” denilen ve davanın esasına geçilmeden ilk yetki ve davanın kabulüne ilişkin itirazların ele alınması gerekir.

⁸⁰ UN Doc. S.C. Res. 1992 (1998), <https://digitallibrary.un.org/record/259091>, s.e.t. 12.11.2020.

sorumluluğunu” kabul etmesinden sonra, 10 Eylül 2003 tarihinde tarafların ortak talebi üzerine dava UAD’nin yetkisinden çıkarılmıştır.⁸¹

Lockerbie davasında, UAD’nin çekişmeli yargılamalarda Güvenlik Konseyi kararlarını gözden geçirmeye yetkili olup olmadığı sorusu cevapsız kaldığından, buradan çıkarılabilecek en iddialı sonuç, geçici tedbirler aşamasında Güvenlik Konseyi kararlarının neredeyse çürütülemez bir hukuka uygunluk karinesine sahip olduğudur. Bu bağlamda UAD, geçici tedbirleri yalnızca Güvenlik Konseyi kararlarıyla çelişmemesi durumunda alabilecektir. Bu sonuç, UAD’nin Kongo ile Uganda arasındaki *Armed Activities* davası geçici tedbirler kararında da teyit edilmiştir. Temmuz 2000’de Divan, Kongo’nun geçici tedbir talebini kabul ederek, taraflara herhangi bir silahlı eylemden kaçınmaları ve ayrıca çatışma bölgesinde temel insan haklarına tam saygıyı sağlamalarını emretmiştir.⁸² Bu karardan önce, VII. Bölüm kapsamında kabul edilen ve tüm tarafları Kongo’daki düşmanlıkları durdurmaya çağıran 16 Haziran 2000 tarih ve 1304 sayılı Güvenlik Konseyi kararı verilmiştir.⁸³ UAD de geçici tedbirleri kabul etme nedenlerinden birisi olarak Kongo tarafından talep edilen tedbirler ile 1304 sayılı Güvenlik Konseyi kararında yer alan yükümlülükler arasında bir çatışma olmamasını göstermiştir.⁸⁴

UAD’nin Güvenlik Konseyi kararları üzerindeki olası yargı denetimine karşı çıkanların iddialarının temel dayanak noktası, Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenliğin korunması konusundaki birincil sorumluluğa

⁸¹ **Scharf, Michael/Taylor, Mistale** (2017) “A Contemporary Approach to the Oldest International Crime”, *Utrecht Journal of International and European Law*, C:33, S:84, s.84.

⁸² The International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Provisional Measures, para. 39, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20000701-ORD-01-00-EN.pdf> , s.e.t. 19.11.2020.

⁸³ UN Doc. S.C. Res. 1340 (2000), <https://digitallibrary.un.org/record/416322> , s.e.t. 11.11.2020.

⁸⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo*, Provisional Measures, paras. 36-37.

sahip olması⁸⁵ ve bu organın işlevini verimli bir şekilde yerine getirme ihtiyacı⁸⁶ olarak gösterilmektedir. Buna göre, UAD'nin bir Güvenlik Konseyi kararının BM Şartı'na veya diğer uluslararası hukuk enstrümanlarına aykırı olduğu tespiti Güvenlik Konseyi'nin işleyişini engelleyeceğinden⁸⁷, barışçıl çözüm imkanları daralacaktır⁸⁸. UAD'nin yasallık denetimi talebini karşılaması, Güvenlik Konseyi'nin bağlayıcı kararlarına yönelik sürekli bir karşı çıkış gerekçesi olarak yorumlanabilecek ve dahası bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararlarının yasadışı olduğu iddiası Güvenlik Konseyi'nin kararlarını boşa çıkarmak isteyen bazı devletler tarafından kötü bir emsal oluşturacaktır.⁸⁹

UAD'nin hukukilik denetimine karşı çıkanların endişeleri esasen BM Şartı'nın kabul edildiği San Francisco Konferansı'nda da benzer biçimlerde dile getirilmiştir. Belçika delegasyonu tarafından yapılan ve Güvenlik Konseyi kararlarının UAD tarafından denetlenmesini öngören öneri⁹⁰ bu sebeplerle

⁸⁵ **Evans, Scott** (1994) "The Lockerbie Incident Cases: Libyan-Sponsored Terrorism, Judicial Review and the Political Question Doctrine" *Maryland Journal of International Law and Trade*, C:18, s.54 ("[UAD'nin bu tür yargısal kararları], Güvenlik Konseyi'nin rolünü zayıflatacak ve uluslararası barış ve güvenliğin korunmasını tehlikeye atacaktır").

⁸⁶ Hâkim Schwebel'in Lockerbie davasındaki karşı görüşü için bkz. Dissenting Opinion of President Schwebel, Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom), Rep 1992, s.172, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/89/089-19980227-JUD-01-06-EN.pdf> , s.e.t. 14.11.2020 ("Şart'ın VII. Bölümü uyarınca kabul edilen Güvenlik Konseyi kararlarının bir devleti bağlamadığı veya o devlet tarafından "karşı çıkılabilir" olduğu yönünde alınacak bir mahkeme kararı . . . Konsey kararlarının etkililiğine ciddi şekilde zarar verecek ve Şart'ın bütünlüğünü bozacaktır.").

⁸⁷ **D'Angelo, Deborah** (2000) "The Check on International Peace and Security Maintenance: The International Court of Justice and Judicial Review of Security Council Resolutions", *Suffolk Transnational Law Review*, C:23, S:2, s.593 ("UAD'nin Konsey'in ilerici çabalarına müdahalesi, dünya dengesini korumak için gereken kararlı ve etkili eylemleri engelleyecektir").

⁸⁸ **Reisman, W. Michael** (1993) "The Constitutional Crisis in the United Nations", *The American Journal of International Law*, C:87, S:1, s.88.

⁸⁹ Dissenting Opinion of President Schwebel, s.172.

⁹⁰ Belçika'nı önerisi şu şekildedir: "Güvenlik Konseyi önüne getirilen bir anlaşmazlığa taraf olan herhangi bir devlet, Konsey tarafından verilen bir karar veya önerinin temel haklarını ihlal edip etmediğini Daimî Uluslararası Adalet Divanı'na sorma hakkına sahip olacaktır. Divan bu tür hakların göz ardı edildiğini veya tehdit edildiğini tespit ederse, Güvenlik Konseyi

reddedilmiştir. Örneğin Sovyetler Birliği böyle bir önerinin kabul edilmesinin “Güvenlik Konseyi’nin uluslararası barış ve güvenliği sürdürme yetkisini zayıflatma etkisine sahip” olacağını ileri sürerken, ABD bu öneriyi halihazırda “Güvenlik Konseyi’nin adalet ilkelerine ve uluslararası hukuka uygun hareket etmek zorunda olduğu” için kabul edilemez bulmuştur.⁹¹ İngiltere’ye göre öneri, Güvenlik Konseyi’nin derhal harekete geçmesinin en çok arzu edildiği bir zamanda gecikmeye neden olacak, böylelikle saldırganlığı düşünen bir devletin eline güçlü bir silah vereceğinden Konsey barışı sürdürme rolünü etkili şekilde oynayamayacaktır.⁹² Fransa ise Belçika önerisindeki fikirleri büyük bir sempatiyle karşılarken, arzulanın etkili şekilde elde edilmesinden duyduğu şüpheyi dile getirmiştir.⁹³ Bu tarihi perspektiften değerlendirildiğinde, BM Şartı’nda çekişmeli yargılamalarda yargısal denetimi sağlayacak herhangi bir hükmün bulunmaması, pek tabiidir ki UAD’nin böyle bir güce sahip olmayacağı şeklinde yorumlanabilir.

UAD’nin yargısal denetimini destekleyenler ise BM organları arasındaki iş birliği yapma yükümlülüğünün UAD ve Güvenlik Konseyi için de aynı şekilde geçerli olduğu düşüncesine dayanmaktadırlar. Bu görüşe göre, organlar arasındaki ilişkiyi asimetrik şekilde bozmaya çalışan Güvenlik Konseyi’nin bizatihi kendisidir, zira yukarıda da ele alınan 748 sayılı kararın kabul edilmesi örneğinde olduğu gibi, Güvenlik Konseyi UAD’nin çalışmasını engellemiştir.⁹⁴ Güvenlik Konseyi 748 sayılı kararı kabul ettiğinde, Libya çoktan UAD nezdinde bir yargılama başlatmakla kalmamış, taraflar sözlü iddialarını sunmuş ve hatta UAD geçici önlemler konusunda karar müzakerelerine başlamıştır. Güvenlik

sorunu yeniden gözden geçirmek veya anlaşmazlığı bir karar için Genel Kurul’a göndermek görevini üstlenir” bkz. Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, s.336.

⁹¹ Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 12, s.49, <https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>, s.11.11.2020.

⁹² Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 12, s.65.

⁹³ Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 12, s.50.

⁹⁴ Evans, ss. 60-61.

Konseyi, UAD'nin kararının sonucunu beklemeden bağlayıcı tedbirler alarak Divan'ın yargı yetkisini açık şekilde zayıflatmıştır.⁹⁵

Yargısal denetimi destekleyenler, San Francisco Konferansı sırasında Belçika önerisinin kabul edilmemesini de farklı bir açıdan değerlendirmektedirler. Buna göre taslağı hazırlayanlar, Güvenlik Konseyi eylemlerinin hukukiliğini sağlamak konusunda hemfikir olsa da bu organın kararlarına karşı Divan'a rutin bir şekilde başvurulabilecek bir temyiz hakkı tanıyarak Güvenlik Konseyi'nin hızlı hareket etme kabiliyetini gereksiz yere engellemek de istememişlerdir. Bu bağlamda hazırlık çalışmaları göstermektedir ki Belçika önerisine karşı çıkılması, Güvenlik Konseyi'ni normatif kontrollerden uzak tutma arzusunun bir uzantısı olmaktan ziyade, yukarıda Amerikan delegesinin beyanından görüldüğü üzere uluslararası hukuk ilkelerinin koyduğu sınırlar dahilinde hareket edilmesi anlayışından kaynaklanmaktaydı.⁹⁶

Bu durum Belçika'nın öneriyi geri çekme nedeninde de açık şekilde görülmektedir. Buna göre Belçika, ancak ABD ve İngiltere delegeleri tarafından Dumbarton Oaks Önerileri'ndeki (şimdi BM Şartı, VI. Bölüm'e dair olanlar) "tavsiye" kelimesinin herhangi bir zorlama veya yaptırım gerektirmediğine dair güvence aldıktan sonra değişiklik önerisini geri çekmiştir.⁹⁷ Belçika'nın Yargı Teşkilatı Komisyonu'na sunduğu benzer bir öneri de devletler bunun uygulanabilir bir prosedür olmadığı görüşünde olunca reddedilmiştir.⁹⁸ Bununla birlikte, nihai olarak Belçika'nın önerileri sonucunda Hukuki Sorunlar Komitesi tarafından kabul edilen "Şartın Yorumlanmasına İlişkin Bildiri", her BM organının Şart'ın kendi işlevleri için geçerli olan kısımlarını

⁹⁵ **de Wet, Erika** (2004), *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, Oxford, Hart Publishing, s.76.

⁹⁶ **Evans, s.84; Watson, Geoffrey R.** (1993) "Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court", *Harvard International Law Journal*, C:34, s.11.

⁹⁷ Documents of The United Nations Conference on International Organization , Volume 12, ss. 65-66, ("Belçika Delegesi, Konsey tarafından Bölüm VIII Bölüm A uyarınca yapılan bir tavsiyenin zorunlu etkiye sahip olmadığını artık açıkça anlaşıldığından, değişikliği geri çekmek istediğini belirtmiştir").

⁹⁸ Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 13, ss. 653-65, <https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en> , s.e.t. 11.11.2020.

yorumlayacağını ifade etmekteydi. Bildiriye göre iki BM organının BM Şartı'nı farklı yorumlaması durumunda, UAD'den bir tavsiye görüşü istenebilir veya sorunu incelemek için *ad hoc* bir hukukçular komitesi kurulabilirdi.⁹⁹ Ayrıca belirtilmelidir ki UAD'nin yargısal denetimini destekleyenler, Şart'ta çekişmeli yargılamalarda buna yönelik açık bir hükmün bulunmamasını mutlak bir engel olarak değerlendirmezler, zira böyle bir yetki UAD'yi BM'nin temel yargı organı olarak tanımlayan 92'nci maddeden¹⁰⁰ dolayı olarak çıkarılabilmektedir.¹⁰¹ Buna ek olarak Belçika önerisine büyük güçlerin tamamı tarafından karşı çıkmış olsa da bu durum tüm devletlerin paylaştığı bir görüş olmamıştır. Örneğin Kolombiya delegesi, Belçika'nın önerisini sıcak karşılamış ve Güvenlik Konseyi'ne duyulan güvenin UAD'ye duyulan güveni ortadan kaldırmaması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bakımdan Kolombiya'ya göre Belçika'nın önerisi Şart'ın gereklerine tam olarak uymaktaydı.¹⁰²

Görüldüğü üzere, Güvenlik Konseyi kararlarının çekişmeli yargılamalarda yargısal denetime konu yapılması sorunsalında farklı sonuçlara varılırken benzer argümanlar kullanılmaktadır. Her iki grup da örgütün verimli işleminin önemine ve ana organlar arasındaki iş birliği ilkesine değinirken, ek olarak vardıkları sonuçları Şart'ın tarihsel yorumuyla da desteklemeye çalışmaktadırlar. Tarihsel yorum önemli olmakla birlikte, Şart'ın taslak tarihçesinden bir takım önemli sonuçlar çıkarılıp çıkarılmayacağı son derece şüphelidir. Zira San Francisco Konferansı sırasındaki tartışmaların oldukça belirsiz olmasının yanı sıra, mevcut tartışmanın özüne (bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararlarının çekişmeli yargılamalarda UAD tarafından yargısal

⁹⁹ Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 13, s.710.

¹⁰⁰ UN Charter, art. 92 ("Uluslararası Adalet Divanı, Birleşmiş Milletler'in başlıca yargı organıdır. Divan, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın Statüsü'ne dayanan ve işbu Antlaşma'nın ayrılmaz bir parçasını oluşturan eski Statü'ye uygun olarak çalışır").

¹⁰¹ **Scott, Craig/Chang, Francis/Qureshi, Abid/Michell, Paul** (1994) "A Memorial for Bosnia: Framework of Legal Arguments Concerning the Lawfulness of the Maintenance of the United Nations Security Council's Arms Embargo on Bosnia and Herzegovina", Michigan Journal of International Law, C:16, S:1, s.99.

¹⁰² Documents of The United Nations Conference on International Organization , Volume 12, s.50.

denetime tabi tutulup tutulamayacağı) değinmemektedir. Yukarıda ele alınan San Francisco Konferansı sırasındaki tartışma, Şart'ın yalnızca VI. Bölümü uyarınca çıkarılan bağlayıcı olmayan Güvenlik Konseyi kararlarının olası denetimine odaklanmakta ve Şart'ı hazırlayanların, VII. Bölüm kapsamında alınan bağlayıcı Güvenlik Konseyi kararlarının yargısal denetimine ilişkin niyetlerine dair herhangi bir ipucu sunmamaktadır.

Etkinlik ilkesi ve BM organları arasındaki iş birliği argümanları açısından ise her iki tarafın eli oldukça güçlü görünmektedir. Bu güçlü pozisyonlar bizatihi UAD hâkimleri arasındaki güçlü bölünmelerin yanı sıra yazarlar arasında da bir gerçeklik olarak varlığını korumaktadır. Sonuç olarak, UAD'nin çekişmeli yargılamalar sırasında bir Güvenlik Konseyi kararının yargısal denetimi yetkisine sahip olup olmadığına dair tartışma hala çıkmaz bir sokakta uluslararası hukukçuların kendisine yol göstermesini beklemektedir.

SONUÇ

Uluslararası örgütler ve uluslararası hukuk literatüründe üzerinde en çok durulan siyasi aktörlerden birisi BM Güvenlik Konseyi olmuştur. Örgütün kuruluşundan bugüne yetkileri sıklıkla tartışılan Güvenlik Konseyi, kuruluşundan Kasım 2020 tarihine kadar bazıları tüm devletler üzerinde bağlayıcı olan 2500'den fazla karara imza atmıştır.¹⁰³ Bu kararlar uluslararası güvenlikten kuraklığa, salgın hastalıklardan terörizme, kadın haklarından çevresel sorunlara, insan haklarından darbelere kadar oldukça geniş bir yelpazeye yayılmıştır. Güvenlik Konseyi bu kararları alırken, BM Şartı'ndan kaynaklanan yetkilerini yine kendisi yorumlamış ve dikkat çekici bir şekilde “küresel yasa koyucu” rolüne soyunmuştur.

Güvenlik Konseyi'nin bu rolü 11 Eylül saldırılarından sonra zirve noktasına ulaşmış ve VII. Bölüm yetkileri dahilinde aldığı iki bağlayıcı karar (1373 ve 1540 sayılı) ile tüm devletler için uyulması zorunlu genel ve soyut normlar yaratmıştır. Bu çalışmada Güvenli Konseyi'nin bu neviden kararlarının hukuki boyutunun yanında, bunların UAD özelinde yargısal bir

¹⁰³ United Nations Security Council, Resolutions, <https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>, s.e.t. 21.12.2020.

denetime tabi tutulup tutulamayacağı incelenmiştir. Bu inceleme BM Şartı'nın (özellikle de 39, 40, 41 ve 42'nci maddelerin) değerlendirilmesi ile başlamış ve bu değerlendirme sonucunda, Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barış ve güvenliğin korunması adına alacağı tedbirlerin genel ve soyut normlar yaratmak için kullanılamayacağı, yalnızca somut tehditler için söz konusu olabileceği gösterilmiştir. Bu iddia için bir başka dayanak noktası olarak BM sistemi içindeki görev ve sorumlulukların dağılımının sistematik yorumu da eklenmiştir.

Her ne kadar Güvenlik Konseyi'nin yasa yapma gücü lehine bazı argümanlar olsa da bunların uluslararası hukukun iki temel ilkesiyle (egemen eşitlik ve iç işlerine karışma yasağı) çatışma halinde olduğu ve iddia edilen devlet desteğinin de yanıltıcı olduğu savunulmuştur. Güvenlik Konseyi'nin bu neviden alacağı kararların yetkisi dahilinde olmadığı sonucundan hareketle, bunların *ultra vires* nitelikte olduğu, ancak üye devletlerin bu nitelikte olduğunu düşündükleri kararları *ab initio* reddetme haklarının genel kabul görmüş bir ilke olarak değerlendirmenin de mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Güvenlik Konseyi'nin bu tür kararları almasını engelleyecek bir uluslararası mercii bulunmadığından, UAD'nin bu kararlar üzerinde yargı yetkisinin olup olmadığı sorusu, San Francisco Konferansı hazırlık çalışmaları, BM Şartı, UAD içtihatları ve doktrinde yaşanan tartışmalar üzerinden incelenmiştir. Bu soruya uluslararası hukukçular tarafından hem olumlu hem de olumsuz yanıtlar verilmekte ise de Divan'ın Güvenlik Konseyi kararlarının yargısal denetimi yetkisine sahip olup olmadığına dair kesin bir cevap vermenin mümkün olmadığı tespit edilmiştir.

Güvenlik Konseyi'nin, diğer BM organlarının üzerinde ve onlara karşı hiçbir sorumluluğu olmayan bir organ olarak değerlendirilmesi durumunda, iki yüze üye devletin tamamına yükümlülükler yükleyerek geleneksel uluslararası hukuk sisteminin temel taşlarını zayıflatacağı düşünülmektedir. Daimî üyelerinin ulusal çıkar mefhumuna çok sık dayandığı siyasal bir organa küresel bir yasama misyonu yüklemek, bu organa "kerameti kendinden menkul" bir yetki vermek anlamına gelecektir. Bu yetki, uluslararası sisteme olan inancı ciddi şekilde zayıflatmakla kalmayacak, daimî üyelerin uluslararası hukuk üzerinden devletlerin hem iç hem de dış işlerine müdahil olduğu bir

süreci besleyecektir. Bu durum, Güvenlik Konseyi'nin halihazırda sahip olduğu siyasal hegemonyayı tam anlamıyla gerçekleştirme yolunda önemli bir adımdır. Güvenlik Konseyi tarafından yasama benzeri bir yetki kullanılması BM Şartı'na aykırıdır. UAD'nin gelecekte önüne gelen bir davada karar vermesi gereken şey, yalnızca herhangi bir Güvenlik Konseyi kararının BM Şartı ve genel uluslararası hukuk ilkelerine aykırı olup olmadığı değil, uluslararası sistemin egemen eşitlik prensibinde işleyip işleyemeyeceği sorusu olacaktır. Hâkim Fitzmaurice'in *Namibia* davasında ifade ettiği üzere, "Güvenlik Konseyi'nin kurulma amacı dünya düzenini değiştirmek değil, barışı sağlamaktır."¹⁰⁴

¹⁰⁴ Dissenting Opinion of Judge Gerald Fitzmaurice, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 16, para. 115, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-08-EN.pdf>, s.e.t. 21.11.2020.

KAYNAKÇA

- Akande, Dapo** (2003) “International Organizations”: Evans, Malcolm D. (Editör), International Law, Oxford, Oxford University Press.
- Alvarez, Jose E.** (2005) International Organizations as Law-makers, Oxford, Oxford University Press.
- Arsava, Ayşe Füsün** (2018) “BM Güvenlik Konseyi Rezolüsyonlarının Yorumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C:136, s.359-394.
- Bantekas, Ilias** (2003) “The International Law of Terrorist Financing”, The American Journal of International Law, C:97, S:2, s.315-333.
- Ciobanu, Dan** (1975) Preliminary Objections: Related to the Jurisdiction of the United Nations Political Organs, The Hague, Martinus Nijhoff.
- D’Angelo, Deborah** (2000) “The Check on International Peace and Security Maintenance: The International Court of Justice and Judicial Review of Security Council Resolutions”, Suffolk Transnational Law Review, C:23, S:2, s.561-594.
- de Wet, Erika** (2004), The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, Oxford, Hart Publishing.
- Dissenting Opinion of Judge Gerald Fitzmaurice, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 16, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-08-EN.pdf> , s.e.t. 21.11.2020.
- Dissenting Opinion of Judge Winiarski, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, 1962, ICJ Rep. 227, <[icj-cij.org/public/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-05-EN.pdf](https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-05-EN.pdf)> , s.e.t. 12.11.2020.
- Dissenting Opinion of President Schwebel, Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United

Kingdom), Rep. 1992, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/89/089-19980227-JUD-01-06-EN.pdf>, s.e.t. 14.11.2020.

Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 3, ss. 536-537, <https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>, s.e.t. 11.11.2020.

Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 12, s.49, <https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>, s.e.t. 11.11.2020.

Documents of The United Nations Conference on International Organization, Volume 13, ss. 653-65, <https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en>, s.e.t. 11.11.2020.

Elberling, Bjorn (2005) “The *Ultra Vires* Character of Legislative Action by the Security Council”, *International Organizations Law Review*, C:2, S:2, s.337-360.

Evans, Scott (1994) “The Lockerbie Incident Cases: Libyan-Sponsored Terrorism, Judicial Review and the Political Question Doctrine” *Maryland Journal of International Law and Trade*, C:18, s.21-76.

Falk, Richard A. (1966) “On the Quasi-Legislative Competence of the General Assembly”, *American Journal of International Law*, C:60, S:4, s.782-791.

Fassbender, Bardo (1998) “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, C:36, s.529-619.

Franck, Thomas M. (1992) “The ‘Powers of Appreciation’: Who Is the Ultimate Guardian of UN Legality?”, *The American Journal of International Law*, C:86, S:3, s.519-523.

Franck, Thomas M. (2004) *Recourse to Force: State Action Against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, Cambridge University Press.

- Göçer, Mahmut** (2007), “Uluslararası Adalet Divanı ile Güvenlik Konseyi Arasında Yetki Çatışması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:11, S:2, s.693-709.
- Harpher, Keith** (1994) “Does the United Nations Security Council Have the Competence to Act as Court and Legislature”, New York University Journal of International Law and Politics, C:27, S:1, s.103-158.
- Heupel, Monika** (2014) “Security Council Legislation in Counter-Terrorism”: Popovski, Vesselin/ Fraser, Trudy (Editörler), The Security Council as Global Legislator, London, Routledge.
- Houston, John A.** (1952) “The United Nations and Spain”, The Journal of Politics, C:14, S:4, s.683-709.
- Jamnejad, Maziar/Wood, Michael** (2009) “The Principle of Non-intervention”, Leiden Journal of International Law, C:22, S:2, s.345-381.
- Kelsen, Hans** (1944) “The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization”, The Yale Law Journal, C:53, S:2, s.207-220.
- Kırdım, Şahin Eray** (2017) “A Neo-Realist Case Study of U.N.-Authorized Humanitarian Interventions in The Post-Cold War World”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:19, S:2, s.615-632.
- Klabbers, Jan** (2002) An Introduction to International Institutional Law, Cambridge, Cambridge University Press.
- Lamb, Susan** (1999) “Legal Limits to United Nations Security Council Powers”: Goodwin-Gill, Guy S./Talmon, Stefan (Editörler), The Reality of International Law: Essays in Honour of Ian Brownlie, Oxford, Oxford University Press.
- Letter Dated 27 December 2001 from the Chairman of the Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1373 (2001) Concerning Counter-Terrorism, Addressed to the President of the Security Council, UN Doc. S/2001/1291, <https://digitallibrary.un.org/record/458381?ln=en> , s.e.t. 13.10.2020.

- Martenczuk, Bernd** (1999) “The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?”, *European Journal of International Law*, C:10, S:3, s.517-547.
- Matheson, Michael J.** (2004) “ICJ Review of Security Council Decisions”, *George Washington International Law Review*, C:36, S:3, s.615-622.
- Montreal Sözleşmesi,
<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20974/volume-974-I-14118-English.pdf> , s.e.t. 13.11.2020.
- Osieke, Ebere** (1983) “The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations”, *American Journal of International Law*, C:77, S:2, s.239-256.
- Plachta, Michael** (2001) “The Lockerbie Case: the role of the Security Council in Enforcing the Principle *aut dedere aut judicare*”, *European Journal of International Law*, C:12, S:1, s.125-140.
- Pollux** (1946) “The Interpretation of the Chapter”, *British Year Book of International Law*, C:23, s.54-82.
- Provisional verbatim record of the 3063rd meeting, S/PV 3063 (1992),
<https://digitallibrary.un.org/record/197000?ln=en> , s.e.t. 12.11.2020.
- Reisman, W. Michael** (1993) “The Constitutional Crisis in the United Nations”, *The American Journal of International Law*, C:87, S:1, s.83-100.
- Report of the Sub-Committee on the Spanish Question, UN Doc. S/75 (1946), paras. 21-22, <https://digitallibrary.un.org/record/536703?ln=en> , s.e.t. 22.11.2020.
- Rosand, Eric** (2003) “Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight against Terrorism”, *The American Journal of International Law*, C:97, S:2, s.333-341.
- Rosand, Eric** (2005) “The Security Council as Global Legislator: Ultra Vires or Ultra Innovative”, *Fordham International Law Journal*, C:28, S:3, s.542-590.

- Sarwar, Nadia** (2011) “Expansion of the United Nations Security Council”, *Strategic Studies*, C:31, S:3, s.257-279.
- Scharf, Michael/Taylor, Mistale** (2017) “A Contemporary Approach to the Oldest International Crime”, *Utrecht Journal of International and European Law*, C:33, S:84, s.77-89.
- Scott, Craig/Chang, Francis/Qureshi, Abid/Michell, Paul** (1994) “A Memorial for Bosnia: Framework of Legal Arguments Concerning the Lawfulness of the Maintenance of the United Nations Security Council’s Arms Embargo on Bosnia and Herzegovina”, *Michigan Journal of International Law*, C:16, S:1, s.1-140.
- Separate Opinion of Judge Gros, Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, 1980, ICJ Rep. 99, s.104, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/65/065-19801220-ADV-01-01-EN.pdf>, s.e.t. 12.11.2020.
- Separate Opinion of Judge Morelli, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, 1962, ICJ Rep. 216, s.222, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-04-EN.pdf>, s.e.t. 12.10.2020.
- Shaw, Malcolm N.** (2018) *Uluslararası Hukuk (Çevirenler: Acer, Yücel/ Kaya, İbrahim/Demirtepe, M. Turgut/ Şimşek, G. Engin)* 8. Baskı, Ankara, Türkiye Bilimler Akademisi.
- Sinclair, Ian** (1984) *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2. Baskı, Manchester, Manchester University Press.
- Statute of International Court of Justice <https://www.icj-cij.org/en/statute> , s.e.t. 21.11.2020.
- Szasz, Paul C.** (2002) “The Security Council Starts Legislating”, *The American Journal of International Law*, C:96, S:4, ss. 901-905.
- Talmon, Stefan** (2005) “The Security Council as World Legislature”, *The American Journal of International Law*, C:99, S:1, s.175-193.

- The International Court of Justice, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Provisional Measures, para. 39, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/116/116-20000701-ORD-01-00-EN.pdf> , s.e.t. 19.11.2020.
- The International Court of Justice, *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom)*, ICJ Rep. 1998, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/88/088-19980227-JUD-01-00-EN.pdf> , s.e.t. 11.11.2020.
- The International Court of Justice, *Case Concerning Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie (Libyan Arab Jamahiriya v United Kingdom)*, Provisional Measures, Rep. 1992, s.15, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/88/088-19920414-ORD-01-00-EN.pdf> , s.e.t. 11.11.2020.
- The International Court of Justice, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, 1962, ICJ Rep. 150, s.168, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf> , s.e.t. 12.10.2020.
- The International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion of 21 June 1971, ICJ Reports 16, para. 22, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/53/053-19710621-ADV-01-00-EN.pdf> , s.e.t.18.10.2020.
- The International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States)*, 1986, ICJ Rep. 12, para. 269, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> , s.e.t. 18.10.2020.
- UN Charter, <https://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/> , s.e.t. 22.11.2020.

- UN Doc. Res. S/RES 940 (1994), <https://digitallibrary.un.org/record/191651> ,
s.e.t. 22.11.2020.
- UN Doc. Res. S/RES/1189 (1998), <https://digitallibrary.un.org/record/258404> ,
s.e.t. 22.11.2020.
- UN Doc. Res. S/RES/1214 (1998), <https://digitallibrary.un.org/record/265447> ,
s.e.t. 22.11.2020.
- UN Doc. Res. S/RES/1373 (2001), <https://digitallibrary.un.org/record/449020> ,
s.e.t. 22.11.2020.
- UN Doc. Res. S/RES/1540 (2004),
<https://digitallibrary.un.org/record/520326?ln=en> , s.e.t. 22.11.2020.
- UN Doc. Res. S/RES/662 (1990), <https://digitallibrary.un.org/record/94573> ,
s.e.t. 22.11.2020.
- UN Doc. Res. S/RES/731 (1998), <https://digitallibrary.un.org/record/135677> ,
s.e.t. 22.11.2020.
- UN Doc. S.C. Res. 1340 (2000), <https://digitallibrary.un.org/record/416322> ,
s.e.t. 11.11.2020.
- UN Doc. S.C. Res. 1992 (1998), <https://digitallibrary.un.org/record/259091> ,
s.e.t. 12.11.2020.
- UN Doc. S.C. Res. 748 (1992), <https://digitallibrary.un.org/record/196976> ,
s.e.t. 11.11.2020.
- UN Doc. S/2004/329, <https://undocs.org/S/2004/329> , s.e.t. 22.10.2020.
- UN Doc. S/PV.4950 (2004), <https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/1540-spv-4950.php> , s.e.t. 22.10.2020.
- UN Doc. S/PV.4950 (Resumption 1) (2004),
<https://www.securitycouncilreport.org/un-documents/document/1540-spv-4950-r1.php> , 22.10.2020.
- United Nations Security Council, *Resolutions*,
<https://digitallibrary.un.org/record/1300969/usage?ln=en> , s.e.t.
21.12.2020.
- Watson, Geoffrey R.** (1993) “Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court”, *Harvard International Law Journal*, C:34, s.1-45.

White, Nigel (1999) “Case Analysis: To Review or Not to Review? The Lockerbie Cases Before the World Court”, *Leiden Journal of International Law*, C:12, S:2, s.401-423.

Whittle, Devon (2015) “The Limits of Legality and the United Nations Security Council: Applying the Extra-Legal Measures Model to Chapter VII Action”, *The European Journal of International Law*, C:26, S:2, s.671-698.

İDARE HUKUKUNDA CUMHURBAŞKANI YARDIMCILIĞI MODELİ VE BU MODELİN KÖKENLERİ BAĞLAMINDA SADRAZAMLIK ÖRNEĞİ*

Arş. Gör. Melikşah ÇIRAKOĞLU**

ÖZET

Cumhurbaşkanı yardımcılığı, 2017 yılı Anayasa değişiklikleri çerçevesinde; ülkemizde gerçekleştirilen hükümet sistemi reformunun bir sonucu olarak ihdas edilmiştir. Bu makam, idari teşkilatın en üst hiyerarşik amirine yardımcı olarak öngörüldüğünden; idare hukukunun konusunu oluşturmaktadır.

Başkanlık sisteminin bir benzeri olan Cumhurbaşkanlığı hükümet modelinde, Cumhurbaşkanı'ndan sonra ikinci en önemli makamı temsil eden Cumhurbaşkanı yardımcılığı, Başkanlık sisteminin geçerli olduğu ülke örnekleriyle karşılaştırılmakta ve çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Söz konusu eleştiriler incelendiğinde ise, bu eleştirilerin temelinde yatan farklılıkların Cumhurbaşkanı yardımcılığı ile Osmanlı Devletindeki Sadrazamlığı benzer hale getirdiği görülmektedir.

Bu çalışma, Cumhurbaşkanı yardımcılığını idare hukuku bakımından incelemeyi amaçlamaktadır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı yardımcısının göreve gelişi ve görevden ayrılışı, yetki ve görevleri, konumu ve denetimi konularında çeşitli değerlendirmelerde bulunulacak ve ilgili eleştirilere yer verilecektir. Ayrıca Cumhurbaşkanı yardımcılığının tarihimizdeki kökenleri bağlamında, Osmanlı Devletindeki Sadrazamlık örneği incelenecek ve iki müessesenin benzer ya da farklı yönleri tespit edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı Yardımcısı, Cumhurbaşkanlığı Sistemi, Başkanlık Sistemi, Sadrazam, Vezir-i Azam.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1005760 – Geliş Tarihi: 07.10.2021 – Kabul Tarihi: 15.12.2021.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, mcirakoglu@ybu.edu.tr / melikshahirakoglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6248-3330.

THE VICE PRESIDENCY MODEL IN ADMINISTRATIVE LAW AND THE EXAMPLE OF THE VIZIER-I AZAM IN THE CONTEXT OF THE ORIGINS OF THIS MODEL

ABSTRACT

The Office of the Vice Presidency in the Republic of Turkey was established as a result of the change in the government system within the framework of the 2017 Constitutional amendments. Since the vice-presidential office is envisaged as an assistant to the President of the Republic, who is the highest hierarchical head of the State's legal entity, it constitutes the subject of administrative law.

In the Presidential of the Republic Government Model, which is similar to the Presidential System, Vice President, representing the second most important office after the President of the Republic, is criticized from various aspects, when compared with the examples of countries where the presidential system is valid. When these criticisms are examined, it is seen that the differences underlying these criticisms shows that the vice president of the Republic and the grand viziership in the Ottoman State are similar.

This study aims to examine the office of the vice presidency in Turkey in terms of administrative law. In this context, various evaluations will be made on the appointment and resignation of the Vice President of the Republic, his powers and duties, his position and supervision, and relevant criticisms will be included. In addition, in the context of the origins of the vice president of the Republic in our history, the example of grand viziership in the Ottoman State will be examined and the similar or different aspects of the two institutions will be determined.

Keywords: Vice President of the Republic, Presidential of the Republic System, Presidential System, Grand Vizier, Vizier-i Azam.

GİRİŞ

2017 yılı Anayasa değişiklikleri ile ülkemiz hukuk sistemine dahil edilen Cumhurbaşkanlığı yardımcıları, idari teşkilatımız bakımından önemli bir yeniliktir¹. Bu durum, söz konusu makamın çeşitli açılardan incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Bununla birlikte, halihazırda Cumhurbaşkanlığı yardımcıları inceleyen çeşitli çalışmalar mevcuttur. Bu çalışmaların bir kısmı ise, Cumhurbaşkanlığı yardımcıları diğer ülke örnekleri ile karşılaştırmakta ve buradan yola çıkarak bazı eleştiriler yöneltmektedir. Söz konusu eleştiriler, Cumhurbaşkanlığı yardımcısının göreve gelme şartları, göreve gelme şekli, sayısı, denetimi ve sorumluluğu başlıkları altında gruplandırılabilir.

Ayrıca bahsi geçen eleştiriler incelendiğinde; bu eleştirilerin temelinde yatan farklılıkların, Cumhurbaşkanlığı yardımcıları Osmanlı Devletindeki Sadrazamlığa yaklaştırdığı görülmektedir. Bu itibarla, yüzyıllarca devlet geleneğimizde uygulanan Sadrazamlığın asırlık deneyimlerinden faydalanmak bakımından, Sadrazamlık ile Cumhurbaşkanlığı yardımcılığının karşılaştırılması gerekmektedir.

Bu çalışma; Cumhurbaşkanlığı yardımcıları idare hukuku bakımından incelemeyi, bu makam hakkında çeşitli değerlendirmelerde bulunmayı, söz konusu makama yöneltilen eleştirilere yer vermeyi ve son olarak bu makam ile Sadrazam'ın mukayese edilmesini amaçlamaktadır. Bu doğrultuda öncelikle Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı, sonrasında Sadrazamlık makamları incelenecek; ardından iki makamın birbiri ile mukayese edilmesi sağlanacaktır.

¹ **Gözler, Kemal** (2018) Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.828. Cumhurbaşkanlığı yardımcılığı makamının getirilmesi, yürütme yetkisinin tamamen Cumhurbaşkanlığı'na verilmesinin bir sonucu olarak görülmektedir. **Özbudun, Ergun** (2020) Türk Anayasa Hukuku, 20. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.312.

I. CUMHURBAŞKANI YARDIMCISI

Cumhurbaşkanı yardımcılığı, ülkemizin gerçekleştirdiği hükümet sistemi değişikliğinin önemli sonuçlarından biridir². Anayasalarımızın hiçbirinde yer almayan bu müessese³, başkanlık sistemiyle benzer olan Cumhurbaşkanlığı hükümet modelinin getirilmesi ile hukukumuzda dahil olmuştur⁴. Çalışmanın bu bölümünde, Cumhurbaşkanı yardımcılığı makamının idare hukuku bakımından incelenmesi amaçlanmıştır. Bu kapsamda; Cumhurbaşkanı yardımcısının göreve gelme ve görevden ayrılma şekline, ardından yetki ve görevlerine, sonrasında ise idari teşkilat içerisindeki konumuna ve nihayet denetimine yer verilecektir.

A. GÖREVİNİN BAŞLAMASI VE SONA ERMESİ

Cumhurbaşkanı yardımcısının göreve geliş esaslarına ilişkin hükümler, temel olarak Anayasa'nın 106. maddesinde yer almaktadırlar. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı yardımcısı, Cumhurbaşkanı'nın ataması ile göreve gelecektir⁵. Cumhurbaşkanı'na bu yetkiyi veren Anayasa'nın 106. maddesinin 1. fıkrası, Cumhurbaşkanı'nın "*seçilmesinden sonra*" bu atanmanın gerçekleştirileceğini ifade etmiştir. Ancak ileride ifade edileceği üzere ant içme, Cumhurbaşkanı için bir göreve başlama şartıdır⁶. Bu durumda, seçilen ve henüz ant içmediği için

² **Gülener, Serdar/Miş, Nebi** (2017) "Cumhurbaşkanlığı Sistemi", Analiz, S:190, s.15.

³ **Akçakaya, Murat/Özdemir, Abdulkadir** (2018) "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Siyasal İstikrar", Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi, C: 3, S:53, s.922-944, s.930.

⁴ Başkanlık sisteminin uygulandığı birçok ülkede, başkan yardımcılığı makamının olmadığı ifade edilmiştir. **Yıldız, Abdulkadir** (2018) "Amerika Birleşik Devletleri'nde Başkan Yardımcısı ile Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Yardımcısının Karşılaştırılması", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 13, S:1, s.509-534, s.511.

⁵ Cumhurbaşkanı yardımcısının atanma ve görevden alınma işlemlerinin siyasi nitelik arz ettiği ifade edilmiştir. **Çağlayan, Ramazan** (2020) İdare Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.137. Buradan hareketle söz konusu kararların yargısal denetime tabi olmayacağı belirtilmiştir. **Gözler** (2018), s.830.

⁶ Söz konusu fiili belirtmek amacıyla Anayasa metninde "*andiçme*" ifadesi kullanılmıştır. Ancak Türk Dil Kurumu tarafından yayınlanan Türkçe sözlükte, aynı fiil için "*ant içme*" ifadesi kullanılmıştır. **Parlatır, İsmail/Gözaydın, Nevzat/Zülfikar, Hamza** (1998) Türkçe Sözlük, 9. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları, s.115. Yine Kurumun internet sitesinde, güncel Türkçe sözlük ile atasözleri ve deyimler sözlüğü kapsamında yapılan

göreve başlamamış olan Cumhurbaşkanı'na, yardımcısını atayabilme yetkisinin tanındığı akla gelmektedir. Bu nedenle bu hükümde yer alan “*seçildikten sonra*” ifadesi yerine “*göreve başladıktan sonra*” ifadesine yer verilmesi daha doğru olacaktır.

Cumhurbaşkanı yardımcısının atama ile göreve getirilmesi, başkan yardımcısının başkan ile birlikte seçildiği; ABD, Arjantin ve Brezilya gibi örneklerden farklı bir göreve getirme usulünün tercih edildiğini göstermektedir⁷. Söz konusu atama ile Cumhurbaşkanı yardımcısı, vatandaş tarafından ve doğrudan değil de; vatandaşın seçtiği Cumhurbaşkanı'nca göreve getirildiğinden, meşruiyetini Cumhurbaşkanı'ndan almaktadır. Bu durum ise yürütme yetkisinin meşruiyeti⁸ ve Cumhurbaşkanı yardımcısının herhangi bir temsili yanının olmaması açılarından eleştirilmiştir⁹.

Cumhurbaşkanı yardımcısının vatandaş tarafından göreve getirilmesi; meşruiyetini ve temsil yetkisini doğrudan halktan alması, ayrıca yukarıda yer verilen ülke örnekleriyle uyum içerisinde olması bakımından olumludur. Ancak böyle bir ihtimalin çifte meşruiyet problemini gündeme getirebileceği de gözden kaçırılmamalıdır¹⁰. Zira bu durumda hem Cumhurbaşkanı hem de yardımcısı halk tarafından seçilmiş olacaklar, her ikisi de meşruiyetlerini halktan alacaklardır. Böyle bir halde ise, her ne kadar yetki ve görevler bakımından tek başlı yürütme esası öngörülmüş ise de meşruiyet bakımından çift başlılığının gündeme gelebilmesi mümkündür. Nitekim, Brezilya örneğinde

sorgulamada da burada yer verilen kullanımın “*ant içme*” şeklinde olduğu görülmektedir. TDK (2021) “ant içmek”, <<https://sozluk.gov.tr/>> s.e.t. 08.09.2021. Bu nedenle çalışmada “ant içme” ifadesine yer verilecektir.

⁷ Bununla birlikte, bazı ülke örneklerinde; başkan yardımcısının atama ile göreve geldiği de ifade edilmiştir. **Karatepe, Şükrü** (2018a) Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s.281.

⁸ Seçimle gelmeyen ve kim olacakları önceden bilinmeyen kişilerin Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanmalarının, yürütme yetkisinin meşruiyeti bakımından yerinde olmadığı ifade edilmiştir. **Atay, Ender Ethem** (2019) İdare Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.235; Benzer yönde: **Gözler** (2018), s.831; **Tunç, Hasan** (2019) Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı), 2. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi, s.249.

⁹ **Gözler** (2018), s.828, 831.

¹⁰ Aynı yönde: **Gülener / Miş**, s.15.

çift başlılık sorununun yaşandığı ve halk tarafından seçilen başkan yardımcısının, muhalefetle ittifak yaparak başkanlık makamına geldiği ifade edilmiştir¹¹. Sonuç olarak ülkemiz örneğinde, Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı tarafından göreve getirilmesi; tek başlı yürütme esasını ve yürütmenin etkinliğini tam anlamıyla sağlama çabası olarak değerlendirilebilir¹². Halk tarafından seçilmemesi nedeniyle Cumhurbaşkanı yardımcısının temsili bir yöne sahip olmadığının kabul edilmesi halinde ise; 2017 Anayasa değişiklikleri öncesinde görev yapan Cumhurbaşkanlarının da temsili bir yöne sahip olmadıklarının kabulü gerekecektir. Zira söz konusu Anayasa değişiklikleri öncesinde Cumhurbaşkanı, halk tarafından değil; TBMM tarafından seçilmiştir.

Ülkemiz örneğinde, Cumhurbaşkanı yardımcısının göreve getirilme şeklini tartışmalı hale getiren esas nokta, Cumhurbaşkanı yardımcısının denetimi konusunda gündeme gelen eksikliklerdir. Zira ileride ifade edileceği üzere, mevcut durumda, Cumhurbaşkanı yardımcısının yasama ya da yargı organı tarafından etkin bir şekilde denetlenebilmesi pek mümkün görünmemektedir. Öncelikle, yargısal denetim bakımından dokunulmazlığı bulunmakta ve görev suçları bakımından da nitelikli çoğunlukla Yüce Divana sevki gerekmektedir. Yine yasama organına karşı siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, yönetimde istikrarın sağlanması ve çift başlılığın önlenmesi bakımından faydalı olabilecek atama ile göreve gelme usulünün; Cumhurbaşkanı yardımcısının denetlenme şekillerinin iyileştirilmesi yoluyla tamamlanması yerinde olacaktır. Nitekim Venezüella örneğinde, ülkemize benzer şekilde; devlet başkanı yardımcısının atama ile

¹¹ **Doğan, Bayram / Erdoğan, Zahide** (2021a) “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar”, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:1, s.1-27, s.7.

¹² Aynı yönde: **Alkan, Haluk** (2018) “Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kurumsal Özellikleri ve Demokratikleşme Sürecine Olası Etkileri”, Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi, S:Özel Sayı, s.139-153, s.145.

göreve geldiği belirtilmiş,¹³ ancak başkan yardımcısının yasama organı tarafından gensoru ile denetlenebildiği ifade edilmiştir¹⁴.

Cumhurbaşkanı yardımcısı, milletvekili seçilme yeterliliğine sahip kişiler arasından atanabilecektir. Milletvekili olan kişilerin Cumhurbaşkanı yardımcılığı görevine atanmaları halinde, milletvekillikleri sona erecektir¹⁵. Ancak ileride ifade edileceği üzere, Cumhurbaşkanı'na vekalet edebilme görev ve yetkisiyle donatılması karşısında; Cumhurbaşkanı yardımcısının, Cumhurbaşkanı ile aynı seçilebilme şartlarına sahip olması, daha doğru görünmektedir¹⁶. Buradan hareketle, Cumhurbaşkanı seçilebilme niteliklerine sahip olmayan Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekalet etmesi halinde; tam olarak bir vekaletin söz konusu olmadığı da söylenebilir. Zira vekalet edecek kişi, asılın sahip olduğu nitelikleri taşımalıdır¹⁷. Yine Danıştay da *“asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağını”* ifade etmektedir¹⁸. Bu itibarla, *“açıkta bulunan bir görevin; varsa yardımcıları, yoksa asilde aranan şartlara en yakın kamu görevlisi tarafından görülmesi”* şeklinde ifade edilen¹⁹ tedviren görevlendirmenin;

¹³ Tunç, s.242.

¹⁴ **Anayurt, Ömer/Ekinci, Ahmet** (2017) “Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanı Yardımcılığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz”, Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.489.

¹⁵ Cumhurbaşkanı'nın, bazı milletvekillerinin milletvekilliklerini sonlandırmak amacıyla onları Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atayabileceği belirtilmiş; bu nedenle Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanacak kişinin rızasının alınması gerekli görülmüştür. **Doğan/Erdoğan** (2021a), s.6.

¹⁶ Nitekim bu doğrultuda, vekalet edecek kişinin asilin şartlarını taşıması gerektiği ilkesinden yola çıkarak; Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliğine sahip kişilerden tespit edilmesinin gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir. **Atay**, s.235.

¹⁷ **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2019) Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s.160.

¹⁸ Danıştay 11. Daire, E: 2001/481, K: 2003/5610, T: 22.12.2003, Legalbank, <https://ea70330bbfe919e2312426c9be35e661274d7d97.vetisonline.com/belge/d-11-d-e-2001-481-k-2003-5610-t-22-12-2003-vekalet-gorevi-ve-aylik-verilmesinin-sartlari/387590/s.e.t.07.12.2021>.

¹⁹ **Kaya, Cemil** (2011) “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 10, S:2, s.95-103, s.103.

burada tartışılabilmesi mümkündür. Sonuç olarak, bu ve benzeri sorunların giderilmesi bakımından; Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanabilmek için, Cumhurbaşkanı seçilebilme niteliklerine sahip olunması aranmalıdır. Nitekim karşılaştırmalı ülke örneklerinde, Cumhurbaşkanı yardımcılığı için aranan şartlar bakımından Cumhurbaşkanı için aranan şartlara atıf yapıldığı ya da en azından milletvekilliğinden farklı şartların arandığı ifade edilmiştir²⁰.

Cumhurbaşkanı yardımcılığı görevine kaç kişinin atanacağı konusunda bir sınır öngörülmediğinden, bu konuda Cumhurbaşkanı'nın takdir hakkı bulunmaktadır²¹. Bu itibarla, karşılaştırmalı ülke örneklerinden farklı olarak, birden fazla Cumhurbaşkanı yardımcısına imkân tanınmıştır²². Bu itibarla, Anayasa'da Cumhurbaşkanı yardımcısı sayısının belirtilmemesi "isabetsiz" olarak nitelendirilmiştir²³. Yine Cumhurbaşkanı yardımcısı sayısının belirlenmemiş olması nedeniyle, ileriki yıllardaki seçim öncesi siyasi ittifaklarda; bazı siyasi liderlerin Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanabilmeleri yoluyla siyasi pazarlık yapılabilmesinin önünün açılabileceği ifade edilmiştir²⁴. Söz konusu eleştirilerin haklı olup olmadığı zamanla ortaya çıkacaktır. Ancak, karşılaştırmalı ülke örneklerinde Cumhurbaşkanı yardımcısı sayısının üçe kadar çıkabildiği ve fakat kaç yardımcı atanabileceğinin Anayasa ile belirtilmesinin her ülke bakımından ortak olduğu ifade edilmiştir²⁵. Buradan

²⁰ **Anayurt/Ekinci**, s.488; **Doğan/Erdoğan** (2021a), s.5. Ayrıca Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanabilmek için halihazırda aranan şartların yeniden düzenlenmesinin de gerektiği ifade edilmiştir. Zira mevcut durumda; 5237 s.Türk Ceza Kanunu, kamu hizmetinden yasaklanmayı bir güvenlik tedbiri olarak düzenlemiş ve ağır hapis cezasına yer vermemiştir. **Akkaş, Ahmet Hulusi** (2020) "Cumhurbaşkanı Yardımcılarının ve Bakanların Cezai Sorumluluğu", Ceza Hukuku Dergisi, C:15, S:42, s.151-173, s.152.

²¹ **Özbudun**, s.313. Cumhurbaşkanı'na verilen atama yetkileri bakımından herhangi bir denetim mekanizmasına yer verilmediği, böyle bir durumun ise çağdaş demokrasilerde söz konusu olmadığı ifade edilmiştir. **Gözler, Kemal** (2016) "Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa - 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri", Ankara Barosu Dergisi, S:2016/4, s.25-36, s.31; **Okşar, Mustafa** (2019) 2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.93.

²² **Gülener/Miş**, s.15.

²³ **Ulusoy, Ali D.** (2020) Yeni Türk İdare Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s.171.

²⁴ **Doğan/Erdoğan** (2021a), s.6; **Anayurt/Ekinci**, s.490.

²⁵ **Tunç**, s.243.

hareketle, ülkemiz örneğinde de Cumhurbaşkanı yardımcısı sayısının Anayasa ile tespit edilmesinin daha doğru olacağı söylenebilir.

Anayasa'nın 106. maddesi, Cumhurbaşkanı yardımcısı olarak atanan kişilerin Türkiye Millet Meclisi (TBMM) önünde ant içeceklerini ifade etmektedir. Söz konusu törenin ne zaman gerçekleştirileceği ise, 6271 sayılı Cumhurbaşkanı Seçimi Kanununun 21. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanı yardımcıları, atanmalarını takip eden gün ant içeceklerdir²⁶. Öte yandan Cumhurbaşkanı yardımcıları için getirilen ant içme şartının, göreve başlamak için bir gereklilik olup olmadığı konusunda belirsizlik bulunmaktadır. Zira milletvekillerine ant içme yükümlülüğünü getiren Anayasa'nın 81. maddesi, söz konusu fiilin "*göreve başlarken*" gerçekleştirileceğine yer vermiştir. Aynı yükümlülüğü Cumhurbaşkanı yardımcılarına getiren 106. madde ise, benzer bir ifadeye yer vermemiş; bunun yerine ant içme fiilinin 81. maddede yazılı "*şekilde*" gerçekleştirileceğini düzenlemiştir.

Anayasa'nın 106. maddesinin atıf yaptığı 81. madde, ant içme "*şeklini*"; okunacak cümleler bakımından ele almış, bu fiilin zamanını ise ant içme şeklinden ayrı olarak "*göreve başlarken*" diye ayrıca ifade etmiştir. Anayasa'nın 106. maddesi ise sadece "*şekil*" bakımından 81. maddeye atıf yapmıştır. Bu nedenle, söz konusu yükümlülüğün Cumhurbaşkanı yardımcıları için de göreve başlama şartı olarak öngörülebilmesi için; Anayasa'nın 106. maddesinde, ant içmenin "*göreve başlarken*" gerçekleştirileceğine ya da söz konusu fiilin 81. maddede yazılı "*zamanda ve şekilde*" gerçekleştirileceğine ilişkin hükümlerin yer alması gerekmektedir. Sonuç olarak Cumhurbaşkanı yardımcılarının, 81. maddede belirtilen şekilde; diğer bir ifadeyle söz konusu maddede yer verilen cümlelerin okunması suretiyle ant içmeleri gerekecektir. Ancak söz konusu fiilin, göreve başlarken mi gerçekleştirileceği, başka bir anlatımla göreve başlamak için bir şart olup olmadığı belirsizdir. Bu belirsizliğin sonucu olarak, Cumhurbaşkanı yardımcısı görevine atanan ve

²⁶ Konuyu farklı şekilde düzenleyen TBMM İç Tüzüğü'nün 3. maddesine göre; Cumhurbaşkanı yardımcıları, atanmalarını takip eden ilk birleşimde ant içeceklerdir.

henüz ant içmeyen kişinin gerçekleştireceği faaliyetler ve kullanacağı yetkiler konusunda hukukilik bakımından bir belirsizlik gündeme gelecektir.

Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı için getirilen ant içme yükümlülüğü de milletvekillerine benzer olarak “göreve başlarken” gerçekleştirilecektir (md. 103). Bu itibarla, yukarıda yer verilen lafzi yorum terk edilerek; vatandaş tarafından göreve getirilen Cumhurbaşkanı ve milletvekillerinin, ant içmeden göreve başlayamamaları karşısında; atama ile göreve gelen Cumhurbaşkanı yardımcısının da evleviyetle ant içerek göreve başlayabileceği söylenebilir²⁷.

Cumhurbaşkanı yardımcılığı görevi; görevden alınma, ölüm, istifa, milletvekili seçilme yeterliliğinin kaybı, seçilmeye engel bir suçtan dolayı Yüce Divanda mahkûm olma ve kendisini atayan Cumhurbaşkanı'nın görevini sona erdiren hallerde sona erecektir²⁸. Cumhurbaşkanı yardımcısını görevden alma yetkisi Cumhurbaşkanı'na aittir (Anayasa md. 104/f. 8) ve bu yetkiyi kullanmak konusunda Cumhurbaşkanı'nın takdir hakkı bulunmaktadır. Ayrıca Cumhurbaşkanı yardımcısının görevden alınabilmesi için herhangi bir gerekçenin belirtilmesi gerekmemektedir²⁹. Bu itibarla, yardımcısının atanması ve görevden alınması konusunda Cumhurbaşkanı'nın takdir yetkisinde kalan ve yasama ya da yargı organlarının herhangi bir katılımı ya da denetimi olmayan bir alan söz konusudur³⁰.

Cumhurbaşkanı'nın görevini sona erdiren haller, yardımcısı bakımından da aynı anda sona erdirme sonucunu doğurmayabilecektir. Zira Anayasa'nın 106. maddesine göre, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde; yenisi seçilinceye kadar söz konusu makama Cumhurbaşkanı yardımcısı vekalet edecektir. Söz konusu seçimin 45 gün içerisinde gerçekleştirileceği ifade edildiğinden, Cumhurbaşkanı yardımcısının

²⁷ Aynı yönde: **Karatepe** (2018a), s.282; **Çağlayan**, s.141; **Gözler** (2018), s.829; **Mutlu, Azer Ebru** (2019) “Hukuki Statüsü ve İdari Teşkilattaki Yeriyle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:10, S:1, s.119-132, s.123.

²⁸ **Gözler** (2018), s.830.

²⁹ **Atar, Yavuz** (2019) Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.306.

³⁰ **Okşar**, s.91.

da 45 güne kadar görevine devam etmesi gündeme gelebilecektir³¹. Başka bir anlatımla, her ne kadar kendini atayan Cumhurbaşkanı'nın görevi sona erdi ise de; Cumhurbaşkanı yardımcısının görevi devam edebilecektir³².

İfade edilmelidir ki, Anayasa'nın 106. maddesinde; Cumhurbaşkanı yardımcısının, yeni Cumhurbaşkanı "göreve başlayıncaya kadar" değil; Cumhurbaşkanı "seçimi yapılıncaya kadar" Cumhurbaşkanı'nın makamına vekalet edeceği ifade edilmiştir. Bu durumda, Cumhurbaşkanı'nın seçilmiş ve henüz ant içmemiş olması halinde Cumhurbaşkanlığı görevinin kim tarafından yerine getirileceği belirsizdir. Zira seçim gerçekleşmiş olduğundan, Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanlığı'na vekalet görevi sona ermiştir. Henüz ant içme gerçekleşmediği için de yeni Cumhurbaşkanı göreve başlamamış sayılmaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 106. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "yenisi seçilinceye kadar" ifadesinin, "yenisi göreve başlayıncaya kadar" şeklinde hüküm altına alınması daha doğru olacaktır.

B. YETKİ VE GÖREVLERİ

Cumhurbaşkanı yardımcısına verilen yetki ve görevlerden bazıları Anayasa'da, bazıları ise diğer bazı düzenlemelerde yer almaktadır. Söz konusu yetki ve görevlerin bir bölümü Cumhurbaşkanı'na vekalet ile ilgili, diğer bir bölümü ise çeşitli idari birimlerin başkanlığına ya da üyeliğine ilişkindir. Yine Cumhurbaşkanı yardımcısının ilgili/ilişkili bakan olarak görevlendirilebildiği bazı haller de bulunmaktadır. Son olarak bazı düzenlemeler ise Cumhurbaşkanı yardımcısını açıkça belirtmek ve yetki kapsamında gerçekleştirilebileceği işlemleri doğrudan saymak yoluyla Cumhurbaşkanı yardımcısına çeşitli yetkiler tanımlar ve görevler vermişlerdir. Ancak söz konusu yetki ve görevlerin tümüne bu çalışma içerisinde yer vermenin, mümkün ve anlamlı olmayacağı düşünülmektedir.³³ Bu nedenle çalışmada, doğrudan

³¹ Söz konusu süre, "hayli uzun bir süre" olarak nitelendirilmiştir. **Özbudun**, s.313.

³² Aynı yönde: **Atar**, s.309. Aksi yönde: **Gözler** (2018), s.830. Yazara göre Cumhurbaşkanı'nın görevi sona erdiğinde, yardımcısının görevi de başkaca bir işleme gerek olmaksızın kendiliğinden sona erecektir.

³³ Örneğin sadece Cumhurbaşkanı'na vekalet nedeniyle sahip olunan yetki ve görevlerin ifade edilebilmesi için, Cumhurbaşkanı'nın tüm yetki ve görevlerinin belirtilmesi gerekecektir.

Cumhurbaşkanı yardımcılığı sıfatından kaynaklanan yetki ve görevlere yer verilmesi uygun görülmüş; Cumhurbaşkanı'na vekalet, idari birim başkanlığı ya da üyeliği veya ilgili/ilişkili bakanlık gibi sıfatlardan kaynaklanan yetki ve görevlere ise sadece ilgili mevzuatın belirtilmesi yoluyla atıf yapılmıştır. Diğer yandan Cumhurbaşkanı yardımcısının söz konusu yetki ve görevleri, bakanlar ile olan ilişkisinde yol gösterici olacağından; ilgili birimlerin nitelikleri ile oluşumlarına da kısaca yer verilmiştir.

1. Cumhurbaşkanı'na Vekalet Görevleri

Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekalet görevi, çeşitli ihtimallere ilişkin olarak hem Anayasa ile hem de diğer bazı düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır.³⁴ Anayasa'da düzenlenen vekalet görevlerine ilişkin ilk ihtimal, Cumhurbaşkanlığı makamının seçimle doldurulacak şekilde boşalması halidir. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanlığı makamının herhangi bir nedenle boşalması halinde; yenisi seçilinceye kadar, bu makama Cumhurbaşkanı yardımcısı vekalet edecek ve Cumhurbaşkanı'na ait yetkileri kullanacaktır (md. 106/f. 2). Bu vekalet görevi bakımından, yukarıda ifade edildiği üzere 45 günlük bir süre sınırı öngörülmüştür.

Anayasa'nın 106. maddesinde ifade edilen “*Genel seçime bir yıl veya daha az kalmışsa Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimi de Cumhurbaşkanı seçimi ile birlikte yenilenir.*” hükmünü; TBMM seçimlerinin erkene çekilerek, yukarıda ifade edilen 45 gün içerisinde yapılacağı şeklinde değil de; Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin, TBMM seçimlerine kadar öteleneyeceği şeklinde yorumlayan görüşe göre; böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde Cumhurbaşkanı yardımcısının azami 1 yıla kadar görev yapabilmesi mümkündür.³⁵ Ancak Anayasanın 106. maddesinin; söz konusu ihtimalde Cumhurbaşkanı

Zira Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekalet etmesi halinde, ona ait tüm yetkileri kullanabilmesi ve görevleri yerine getirebilmesi teknik olarak mümkündür.

³⁴ Geçmişte TBMM Başkanı tarafından gerçekleştirilen vekalet görevinin Cumhurbaşkanı yardımcısına verilmesinin, yasama ve yürütme organlarının tamamen ayrı olduğunu gösterdiği ifade edilmiştir. **Akçakaya/Özdemir**, s.930.

³⁵ **Tunç**, s.297; **Kalkar, Ömer Şafak / Yemen Öcal, Aysun** (2020) “Bir İçerik Analizi: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Balıkesir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:1, S:2, s.1-30, s.6.

seçimlerinin TBMM seçimlerine kadar öteleneceğini değil, TBMM seçimlerinin Cumhurbaşkanı seçimleri ile aynı günde yapılması için erkene çekileceğini ifade ettiği düşünülmektedir. Bu nedenle söz konusu hükümden yola çıkarak, Cumhurbaşkanı yardımcısının azami 1 yıla kadar Cumhurbaşkanı'na vekalet edebileceğini söylemek pek mümkün görünmemektedir.

Anayasa'da düzenlenen bir diğer vekalet etme hali ise, Cumhurbaşkanlığı makamının geçici olarak boşalması halidir. Hastalık ve yurt dışına çıkma gibi nedenlerle geçici olarak boşalan Cumhurbaşkanlığı makamına Cumhurbaşkanı yardımcısı vekalet edecek ve söz konusu makama ait yetkileri kullanacaktır (md. 106/3).

Cumhurbaşkanlığı makamının seçimle doldurulacak şekilde boşalmasına ölüm, çekilme, gaiplik kararı verilmesi gibi haller neden olacak; kaçırılma veya esir alınma gibi ihtimaller ise makamın geçici boşalması olarak kabul edilecektir³⁶. Diğer yandan söz konusu makamın geçici olarak boşalması halinde; cari işlerin yürütülmesi ile ilgili olağan idari yetkilerin kullanılması önerilmiş; bu doğrultuda Cumhurbaşkanı yardımcısı ya da bakan atamak veya TBMM seçimlerinin yenilenmesine karar vermek gibi önemli yetkilerin kullanılmamasının gerektiği belirtilmiştir³⁷. Makamın seçimle doldurulacak şekilde boşalması halinde ise, Cumhurbaşkanı'na vekalet eden Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarabileceği ifade edilmiştir³⁸.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Cumhurbaşkanı yardımcılığının sayısı bakımından herhangi bir sınır öngörülmemiştir. 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi; Cumhurbaşkanlığı makamının geçici olarak boşalması halinde, Cumhurbaşkanı'nın görevlendireceği yardımcısının kendine vekalet edeceğini; söz konusu makamın seçimle doldurulacağı hallerde ise en yaşlı Cumhurbaşkanı

³⁶ **Atar**, s.303. Ancak gaiplik kararı ya da ölüm karinesine hangi makamın karar vereceğinin açıkça düzenlenmediği, bu nedenle de söz konusu usullerde vekalet görevini yürüten Cumhurbaşkanı yardımcısının yetkilendirilebileceği ifade edilmiştir. **Anayurt/Ekinci**, s.493.

³⁷ **Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel** (2020) İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.144.

³⁸ **Doğan / Erdoğan** (2021a), s.12.

yardımcısının bu makama vekalet edeceğini ifade ederek, birden fazla Cumhurbaşkanı yardımcısının olması halinde; Cumhurbaşkanı'na vekalet görevinin bunlardan hangisi tarafından yerine getirileceğini hüküm altına almıştır (md. 18).

Anayasa ile Cumhurbaşkanı yardımcısına verilen bir diğer vekalet görevi, Milli Güvenlik Kurulu Başkanlığıdır. Anayasa'nın 118. maddesine göre Kurul Başkanlığı görevi, Cumhurbaşkanı'nın katılmadığı hallerde Cumhurbaşkanı yardımcısı tarafından yerine getirilecektir. Bu itibarla söz konusu vekalet görevinde, Cumhurbaşkanı'nın tüm yetki ve görevlerinin değil, sadece Milli Güvenlik Kurulu Başkanlığı ile ilgili olanlarının kullanılması gündeme gelecektir.

Cumhurbaşkanı'na vekalet görevine yer veren Anayasa dışındaki düzenlemelerden ilki, 4641 s. Kanundur. Kanunun 2. maddesi, Cumhurbaşkanı'nın Ekonomik ve Sosyal Konseyin Başkanı olduğunu ifade ettikten sonra; Cumhurbaşkanı'nın olmadığı hallerde Konsey Başkanlığının Cumhurbaşkanı yardımcısı tarafından da yürütülebileceğini ifade etmiştir.

Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekalet etme görevlerinden bir diğeri ise, 7 s. CBK ile teşkil edilen Savunma Sanayii İcra Komitesi Başkanlığına vekalettir. Bu Komite, Cumhurbaşkanının başkanlığında; Cumhurbaşkanının görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı, Hazine ve Maliye Bakanı, İçişleri Bakanı, Milli Savunma Bakanı, Sanayi ve Teknoloji Bakanı, Genelkurmay Başkanı ve Savunma Sanayii Başkanından oluşacaktır (md. 5). Cumhurbaşkanının katılmadığı toplantılarda ise, Komite Başkanlığı, Cumhurbaşkanı yardımcısı tarafından vekaleten yerine getirilecektir.

2. İdari Birim Başkanlığı Görevleri

Cumhurbaşkanı yardımcısına verilen yetki ve görevlerden bir bölümü ise, ülkemiz idari teşkilatında yer alan çeşitli idari birimlerin başkanlığına ilişkindir. Bu idari birimlerden ilki, 77 s. CBK ile teşkil edilen Ekonomi Koordinasyon Kuruludur (md. 3). Bu Kurul, Cumhurbaşkanı'nın görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı başkanlığında, Hazine ve Maliye Bakanı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı,

Sanayi ve Teknoloji Bakanı, Tarım ve Orman Bakanı, Ticaret Bakanı ve Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanından oluşacaktır.

Cumhurbaşkanı yardımcısına başkanlık görevinin verildiği bir diğer örnek ise, 49 s. CBK ile kurulan Türkiye Coğrafi Bilgi Sistemi Kuruludur. Cumhurbaşkanı yardımcısının başkanlığında teşkil edilen Kurulun üyeleri; Çevre ve Şehircilik Bakanlığının, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının, Hazine ve Maliye Bakanlığının, İçişleri Bakanlığının, Kültür ve Turizm Bakanlığının, Milli Savunma Bakanlığının, Sağlık Bakanlığının, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının, Tarım ve Orman Bakanlığının, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığının ilgili bakan yardımcıları, Dijital Dönüşüm Ofisinin ve Türkiye İstatistik Kurumunun başkanları, Milli İstihbarat Teşkilatı Başkanlığının ve Strateji ve Bütçe Başkanlığının ilgili başkan yardımcılarıdır.

Cumhurbaşkanı yardımcısına başkanlık görevinin verildiği bir başka idari birim, 818 s. Cumhurbaşkanı Kararı ile düzenlenen Yatırım Ortamını İyileştirme Koordinasyon Kuruludur. Söz konusu Kurul, Adalet Bakanı; Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanı; Çevre ve Şehircilik Bakanı; Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı; Hazine ve Maliye Bakanı; Ticaret Bakanı; Sanayi ve Teknoloji Bakanı; Ulaştırma ve Altyapı Bakanı; Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanı; Cumhurbaşkanlığı Yatırım Ofisi Başkanı; Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Başkanı; Türkiye İhracatçılar Meclisi Başkanı; Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği Başkanı; Uluslararası Yatırımcılar Derneği Başkanı; Müstakil Sanayici ve İşadamları Derneği Başkanı ve Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu Başkanından meydana gelmektedir (md. 3).

Son olarak, 4688 s. Kanun; Kamu Personeli Danışma Kurulu başkanlığına Cumhurbaşkanı yardımcısının görevlendirilebileceğini belirtmiştir (md. 21). Söz konusu Kurul, Cumhurbaşkanının görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın başkanlığında, en çok üyeye sahip üç konfederasyonun genel başkanı ile her bir hizmet kolunda en çok üyeye sahip kamu görevlileri sendikasını başkanı ve Cumhurbaşkanınca belirlenen kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcilerinden oluşacaktır. 4688 s. Kanunda Cumhurbaşkanı yardımcısının Başkan olarak görevlendirileceği belirtilen bir diğer idari birim, Kamu İşveren Heyetidir. Bahsi geçen Heyet, Cumhurbaşkanı'nın görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakanın

başkanlığında, Cumhurbaşkanı'nca belirlenen bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının temsilcilerinden oluşacaktır.

3. İdari Birim Üyeliği Görevleri

Cumhurbaşkanı yardımcısına tanınan yetki ve görevlerden bir kısmı, çeşitli idari birimlerin üyeliklerine ilişkindir. Bunlardan ilki, 3388 s. Kanun ile kurulan Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı Mütevelli Heyeti üyeliğidir. Bahsi geçen Heyet; Cumhurbaşkanı başkanlığında, Cumhurbaşkanı'nın görevlendireceği Cumhurbaşkanı yardımcısı, Milli Savunma Bakanı, Genelkurmay Başkanı ve Savunma Sanayii Başkanından oluşmaktadır (md. 2).

Cumhurbaşkanı yardımcısının üyesi olduğu idari birimlerden bir diğeri 68 s. CBK ile oluşturulan Sanayileştirme İcra Komitesidir. Komite; Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında, Cumhurbaşkanı'nın görevlendireceği Cumhurbaşkanı Yardımcısı, Sanayi ve Teknoloji Bakanı, Hazine ve Maliye Bakanı, Ticaret Bakanı ile Strateji ve Bütçe Başkanından oluşmaktadır (md. 4).

Yüksek Askeri Şûra da Cumhurbaşkanı yardımcısına üyelik tanınan idari birimlerden biridir. Şûra, 8 s. CBK ile düzenlenmiştir. Buna göre Şûra üyeleri; Cumhurbaşkanı Yardımcıları, Adalet Bakanı, Dışişleri Bakanı, İçişleri Bakanı, Hazine ve Maliye Bakanı, Milli Eğitim Bakanı, Milli Savunma Bakanı ve Genelkurmay Başkanı ile Kuvvet Komutanlarıdır (md.2).

Bu üyelikler dışında, bir önceki başlıkta yer verilen ve Cumhurbaşkanı'nın katılmadığı durumlarda yardımcısının başkanlık görevine vekalet edeceği belirtilen idari birimlerde de Cumhurbaşkanı yardımcısının üyeliği bulunmaktadır.

4. İlgili/İlişkili Bakanlık Görevleri

Cumhurbaşkanı yardımcısının ilgili ya da ilişkili bakan olarak görevlendirilebilmesi mümkündür. Bu çerçevede, 660 s. KHK ile teşkil edilen Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Cumhurbaşkanı yardımcısı ile ilişkilendirilebilmesi söz konusu olabilecektir (md. 2/f. 1-ç, md. 3).

Cumhurbaşkanı yardımcısının ilişkili bakan olarak görevlendirilebileceği bir diğer ihtimal, 5441 s. Kanun ile düzenlenmiştir.

Kanun kapsamında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile ilgili çeşitli yetki ve görevlerin verildiği ilişkili bakanlık konumuna Cumhurbaşkanı yardımcısının getirilebilmesi mümkündür (md. 3/f. 1-a, md. 93/f. 5, md. 104, md. 105, md. 127; Geçici Madde 11, Geçici Madde 12, Geçici Madde 26).

Cumhurbaşkanı yardımcısına benzer bir görevin verilebileceği diğer bir durum, 6362 s. Kanununda yer almaktadır. Kanun; Sermaye Piyasası Kurulu, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği, merkezî takas ve saklama kuruluşları ile Borsa İstanbul Anonim Şirketi bakımından çeşitli yetki ve görevler verdiği ilgili bakanlık görevine³⁹ Cumhurbaşkanı yardımcısının getirilebileceğini ifade etmiştir (md. 3, md. 75, md. 76, md. 77, md. 80, md. 126, md. 129, md. 133, md. 138).

Son olarak, 3294 s. Kanun ile kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Fonunun; Cumhurbaşkanı yardımcısına bağlı şekilde konumlandırılabilmesi ifade edilmelidir. Zira söz konusu Fonun Merkez Bankası nezdinde kurulacağını belirten Kanunun 3. maddesi, bu Fonun Cumhurbaşkanı yardımcısına ya da bakana bağlı olabileceğini hüküm altına almıştır (md. 3).

5. Sayma Yöntemiyle Belirtilen Görevleri

Cumhurbaşkanı yardımcısına verilen yetki ve görevlerden bir kısmı ise, Cumhurbaşkanı yardımcısının ismen belirtilmesi ve söz konusu yetkinin ne şekilde kullanılacağına ya da görevin ne şekilde yerine getirileceğinin ifade edilmesi yoluyla verilmiştir. Bunlardan ilki, 3 s. CBK ile tanınan atama yetkisidir. Bu çerçevede, Kararnamenin I ve II s. Cetvellerinde yer almayan kadro, pozisyon ve görevlere atama yapma konusunda Cumhurbaşkanı yardımcısının yetkilendirilebilmesi mümkündür (md. 2). Cumhurbaşkanı yardımcısı, söz konusu yetkisini alt kademesinde yer alan yöneticilere devredebilecektir. Ayrıca, bahsi geçen Kararnamenin I s. Cetvelinde bulunan kadro, pozisyon ve görevlerin boşalması halinde; rektörlük dışındaki görev,

³⁹ Bu itibarla, diğer örneklerden farklı olarak 6362 s. Kanunda “*ilişkili bakan*” değil “*ilgili bakan*” ifadesine yer verilmiştir.

kadro ve pozisyonların görevlendirme yoluyla doldurulmasında da Cumhurbaşkanı yardımcısı yetkilendirilebilecektir.

Cumhurbaşkanı yardımcısına bu şekilde tanınan bir başka yetki 5442 s. Kanunda yer almaktadır. Kanunun 9. maddesine göre Cumhurbaşkanı yardımcıları, görevlerine ait işler bakımından valilere re'sen emir ve talimat verebileceklerdir.

Cumhurbaşkanı yardımcısına ismen belirtme yoluyla verilen bir diğer yetki, olağanüstü hâl ilanında koordinasyonun sağlanmasıdır. 2935 s. Kanunun 12. maddesine göre, bahsi geçen koordinasyonun sağlanmasında Cumhurbaşkanı yardımcısı da görevlendirilebilecektir.

Cumhurbaşkanı yardımcısının yerine getireceği bir başka yetki ve görev, Yüksek Askeri Şûra toplantılarının gerçekleşmesi için çağrıda bulunmaktır. 8 s. CBK'nın 4. maddesine göre Şûra, Cumhurbaşkanı yardımcısının çağrısı ile en az senede bir defa toplanacaktır.

Benzer şekilde; Anayasa'nın 108. maddesi gereği Cumhurbaşkanı yardımcısı, Milli Güvenlik Kurulu gündeminin belirlenmesine ilişkin önerilerde bulunmakla yetkilendirilmiştir. Bu öneriler, Cumhurbaşkanı tarafından dikkate alınacaktır.

Cumhurbaşkanı yardımcısına sayma suretiyle yetki veren düzenlemelerden bir diğeri, 3533 s. Kanundur. Söz konusu Kanunun 2. maddesine göre, genel bütçeye dahil daireler arasında meydana gelebilecek anlaşmazlıkların çözümünde; Cumhurbaşkanı yardımcısının da hakem olarak görevlendirilebilmesi mümkündür.

Cumhurbaşkanı yardımcısına ismen belirtme yoluyla verilen yetkilerden bir kısmı ise, 6112 s. Kanunda düzenlenmiştir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı yardımcısı, millî güvenliğin açıkça gerekli kıldığı durumlarda ya da kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasının kuvvetle muhtemel olduğu hallerde; geçici yayın yasağı getirmekle yetkilendirilebilecektir (md. 7). Yine Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile Hükümet ilişkilerinin yürütülmesinde de görevlendirilebilecektir (md. 34/f. 4). Bunun dışında, Üst Kurul üyelerinin 4483 s. Kanuna göre yapılacak soruşturmalarında, soruşturma izni verme yetkisinin Cumhurbaşkanı yardımcısına tanınabileceği ifade edilmelidir (md. 39/f. 6).

Cumhurbaşkanı yardımcısına ismen sayma yoluyla verilen yetki ve görevlerden bir bölümü ise, TBMM İç Tüzüğünde yer almaktadır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı yardımcısı, kapalı oturumlar dahil komisyon toplantılarına katılabilecek (md. 30, 32), Komisyonlarda yürütme adına söz alabilecek (md. 31), yürütme adına bütçe sunuş konuşmasını gerçekleştirebilecek ya da Bütçe ve Kesin Hesap Kanun tekliflerinin görüşüldüğü Genel Kurul oturumlarına katılabilecek (md. 62) veya TBMM Genel Kurulunda gündem dışı konuşma yapabilecektir (md. 59). Bu düzenlemeler dışında, Dilekçe Hakkı kapsamında TBMM Dilekçe Komisyonunda kesinleşen kararlar üzerine; bu kararlarla ilgili hangi işlemlerin yapıldığını Komisyon Başkanlığına bildirme konusunda da Cumhurbaşkanı yardımcısı görevlidir (md. 120). Benzer şekilde, 3067 s. Kanun kapsamında Kalkınma Planlarının TBMM’de görüşülmesi esnasında; önergeler üzerinde konuşma yetkisi de Cumhurbaşkanı yardımcısına tanınmıştır (md. 2).

C. KONUMU

Çalışmanın bu başlığı altında, Cumhurbaşkanı yardımcısına ait konunun tespit edilmesi hedeflenmektedir. Bu kapsamda öncelikle Cumhurbaşkanı yardımcısının idari teşkilat içerisindeki pozisyonu ifade edilecek, ardından da bakanlara karşı konumu tespit edilmeye çalışılacaktır.

1. İdari Teşkilat İçerisindeki Konumu

Cumhurbaşkanı yardımcılığının idari teşkilat içerisindeki konumu, Cumhurbaşkanlığı’nın konumuna göre tespit edilebilecektir. Zira Cumhurbaşkanı yardımcılığı, Cumhurbaşkanlığı içerisinde yer almaktadır. Bu çerçevede, Cumhurbaşkanı yardımcılığının yürütme içerisinde konumlandırıldığı, yine merkezden yönetimin başkent teşkilatında yer aldığı söylenebilir⁴⁰. Cumhurbaşkanı yardımcılığının Devlet tüzel kişiliğine dahil olması da bu durumun bir başka sonucudur.

Ayrıca söz konusu makamın idari bir memurluktan ziyade siyasi bir nitelik arz ettiği ifade edilebilir. Zira Cumhurbaşkanı yardımcısı, siyasi bir makam olan Cumhurbaşkanı’na karşı sorumludur ve söz konusu makamın yardımcısı olarak konumlandırılmıştır (1 CBK md.17). Yine en yüksek devlet

⁴⁰ Atay, s.212.

memurluğu makamı Cumhurbaşkanlığı yardımcısı değil, Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanı'dır (1 s. CBK md.5). Ancak Cumhurbaşkanı'nın siyasi niteliğinin yanında bazı yetki ve görevleri bakımından idari nitelik de barındırması karşısında,⁴¹ Cumhurbaşkanı yardımcısının da salt siyasi nitelikte olduğunu söylemek güçtür⁴².

2. Bakanlara Karşı Konumu

Cumhurbaşkanı yardımcısının bakanlarla olan ilişkisine bakıldığında, aralarında hiyerarşinin olduğunu düşündürecek açık bir düzenlemenin bulunmadığı ifade edilmelidir. Bunun yerine, bakanların da Cumhurbaşkanı yardımcısı gibi Cumhurbaşkanı'na karşı sorumlu oldukları belirtildiğinden ve atamaları da Cumhurbaşkanı tarafından yapıldığından; bakanlar ile Cumhurbaşkanı yardımcısı arasında herhangi bir hiyerarşinin bulunmadığı izlenimi ortaya çıkmaktadır⁴³.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Cumhurbaşkanlığı makamının seçimle doldurulacak şekilde ya da geçici olarak boşalması halinde; söz konusu makama vekalet edecek Cumhurbaşkanı yardımcısı, Cumhurbaşkanı'nın tüm yetki ve görevleri bakımından söz konusu makama vekalet edeceği için; Cumhurbaşkanı'nın bakanlar üzerindeki hiyerarşi yetkilerine de sahip

⁴¹ Çağlayan, s.135.

⁴² Nitekim Cumhurbaşkanı yardımcısının göreve gelmesinin üst kademe yöneticilerin atanmasından farklı şekilde düzenlendiği, TBMM huzurunda yemin edeceği, meclis soruşturmasına tabi olacağı ve yasama dokunulmazlığına sahip olacağı hususlarından yola çıkarak; Cumhurbaşkanı yardımcısının normal bir devlet memuru olmadığı, bunun yerine siyasi bir yönü de bulunan kamu görevlisi niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Çağlayan, s.137. Yazara göre bakanlar; Cumhurbaşkanı'na karşı sadece siyasi değil, idari bakımdan da sorumludurlar (s.146). Aynı yönde: Atay, s.239. Bununla birlikte, 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında; bakanların siyasi kimliğe sahip olduklarını söylemenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/Us Doğan, Eser/Kasapoğlu Turhan, Mine/Seyhan, Serkan (2020) İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.148. Cumhurbaşkanı yardımcısının, partili Cumhurbaşkanı tarafından atanarak göreve getirilmesinin, Cumhurbaşkanı yardımcılığı makamını kurumsal bir yapıdan ziyade bürokratik bir makam haline getirdiği ifade edilmiştir. Mutlu, s.129.

⁴³ Gözler/Kaplan, s.151; Doğan/Erdoğan (2021a), s.24; Mutlu, s.130.

olacaktır⁴⁴. Bu nedenle Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekalet edeceği bu hallerde, bakanların hiyerarşik amiri olacağı ifade edilebilir⁴⁵.

Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekalet etmediği durumlar bakımından bir değerlendirme yapıldığında ise, Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanlar arasında bir hiyerarşi ilişkisinin olduğu söylenebilir. Zira öncelikle, hiyerarşi yetkisinin kanun ya da kararname ile açıkça tanınması gerekmemektedir⁴⁶. Hiyerarşi yetkisi, bir idari teşkilatın ya da kamu tüzel kişisinin kurulması halinde idarenin bütünlüğü sağlamak amacıyla tabii şekilde ortaya çıkacaktır⁴⁷. Başka bir deyişle, *“Ast-üst ilişkisi her örgüt içinde söz konusudur ve idare işlevinin söz konusu olduğu her örgütte hiyerarşi vardır.”*⁴⁸ Bu nedenle, aynı tüzel kişilik içerisinde yer alan Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanlar arasındaki ilişkinin açıkça düzenlenmesi gerekmemektedir.

İkinci olarak; Cumhurbaşkanı hem Cumhurbaşkanlığı teşkilatının hem de merkezden yönetimi ifade eden genel idare teşkilatının en üst hiyerarşik amiridir⁴⁹. Bu Amirlik ilişkisinin bir sonucu olarak, Cumhurbaşkanı ile altında yer alan idari birimler arasında hiyerarşik bir ilişkinin olması gerekmektedir. Zira hiyerarşi ilişkisi, *“...bir idare içinde aşağıdan yukarıya doğru, astı üste bağlamak suretiyle o idarenin en üstüne kadar uzanan bağıdır. En üst kademedede de Cumhurbaşkanına kadar uzanır.”*⁵⁰ Bu doğrultuda; Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve diğer memurlar arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmaktadır⁵¹. O halde söz konusu ilişki bakımından

⁴⁴ Karatepe (2018a), s.282; Atar, s.303.

⁴⁵ Gözler/Kaplan, s.151.

⁴⁶ Günday, Metin (2017) İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi, s.83; Akgüner, Tayfun / Berk, Kahraman (2017) İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, s.216.

⁴⁷ Çağlayan, s.124.

⁴⁸ Özay, İl Han (2017) Günışığında Yönetim, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.152.

⁴⁹ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s. 201; Sancakdar/Önüt/Us Doğan vd., s.116; Ulusoy, s.167; Gözler (2018), s.14, 114.

⁵⁰ Akyılmaz/Sezginer/Kaya, s.169; Çağlayan, s.124.

⁵¹ Aynı yönde: Kalabalık, Halil (2019) İdare Hukuku Dersleri, C:I, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.105; Sancakdar/Önüt/Us Doğan vd., s.149. Ancak söz konusu ilişkinin normal memurlar arasındaki hiyerarşi gibi değil; bakanların siyasi yönü ile birlikte, Anayasa'dan kaynaklanan kendine özgü bir hiyerarşik ilişki olduğu da ifade edilmiştir. Çağlayan, s.146.

Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların aynı seviyede mi oldukları; yoksa aralarında bir üst-üst ilişkisinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanların idari pozisyonlarına bakıldığında, birkaç nedenle Cumhurbaşkanı yardımcısının daha üstte konumlandırıldığı söylenebilir. Öncelikle lafzi olarak bakıldığında, bahsi geçen makamın Cumhurbaşkanı'na yardımcı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu itibarla Cumhurbaşkanı'na en yakın makam Cumhurbaşkanı yardımcılığıdır⁵². Devletin ve yürütmenin en etkili ikinci adamı Cumhurbaşkanı yardımcısıdır⁵³. Yine Cumhurbaşkanı'na vekalet yetkisi ve görevi; bakanlara değil, Cumhurbaşkanı yardımcısına tanınmıştır. Ayrıca yukarıda, Cumhurbaşkanı yardımcısının üyesi olduğu belirtilen idari birimlerden hiçbirinin başkanlığı bir bakan tarafından yapılmadığı gibi; aksine, Cumhurbaşkanı yardımcısının başkanı ve bazı bakanların üyesi olduğu birden fazla idari birim bulunmaktadır. Bu nedenlerle, Cumhurbaşkanı yardımcısının bakanlardan daha yukarı konumda yer aldığı ifade edilebilir⁵⁴. Sonuç olarak, her ne kadar konuya ilişkin açık bir düzenleme olmasa da Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar ve diğer memurlar arasında; idarenin bütünlüğü ilkesinin bir gereği olarak hiyerarşi ilişkisinin bulunduğu, söz konusu ilişki içerisinde de Cumhurbaşkanı yardımcısının bakanlardan daha üstte yer aldığı söylenebilir⁵⁵.

Bununla birlikte, *“her iki makamın da Cumhurbaşkanı'na karşı sorumlu olduğu”* gerçeğinden yola çıkarak Cumhurbaşkanı yardımcısı ile bakanlar

⁵² Atay, s.233.

⁵³ Anayurt/Ekinci, s.488; Doğan/Erdoğan (2021a), s.3.

⁵⁴ Nitekim 2017 değişiklikleri sonrasında, bakanların kendi bakanlıkları üzerindeki tek yetkili hiyerarşik amir olma konumundan; hiyerarşi zincirinin ara halkalarından biri olma pozisyonuna çekildikleri ifade edilmiştir. Okşar, s.93. Ayrıca yazara göre, Cumhurbaşkanı ile bakanlar arasındaki ilişki; siyasi değil, hiyerarşik niteliktedir (s. 92).

⁵⁵ *“İdarenin bütünlüğü ilkesi”, bir bakıma etkili yönetimin ve hatta eşyanın tabiatı gereğidir. Devlet denen şey tek bir organizmaysa, bunun tek bir başı bulunmalı, organizmanın diğer uzuvları bu başa itaat etmelidir. Aksi takdirde, organizmanın her uzvu kendi başına hareket ederse, organizma hiçbir iş yapamaz, bloke olur; ortaya korkunç bir karmaşa çıkar. Parçalı yapıda bulunan idare içinde, bir bütünlüğe en azından bir koordinasyona ihtiyaç vardır.”* Gözler/Kaplan, s.112.

arasında hiyerarşi ilişkisinin olmadığı ifade edilmiştir⁵⁶. Ancak bu makamların Cumhurbaşkanı'na karşı sorumlu olmalarının, ülkemiz hükümet sisteminin bir sonucu olduğu düşünülebilir. Zira hükümet sistemimizde yürütme yetkisi ve sorumluluğu Cumhurbaşkanı'na aittir. Bu itibarla, Cumhurbaşkanı yardımcıları ile bakanların gerçekleştirdiği yürütme görevleri de Cumhurbaşkanı adına gerçekleştirilmiş olacaktırlar. Bu makamların yürütmeye ilişkin eylem ve işlemlerinin siyasi riskini Cumhurbaşkanı taşıyacak, seçimlerde halka hesabı Cumhurbaşkanı verecektir⁵⁷. Bu nedenle de söz konusu makamlar Cumhurbaşkanı'na karşı sorumlu olacaktırlar⁵⁸. Aksi bir durum, yani Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na karşı sorumlu olduğu ve fakat bakanların Cumhurbaşkanı yardımcısına karşı sorumlu olduğu bir sistem ise; tek başlı yürütme esasına⁵⁹ aykırı olacaktır⁶⁰.

D. DENETİMİ

Cumhurbaşkanı yardımcısının denetimi birkaç açıdan ele anılabilir. Zira söz konusu makam ülkemiz idari teşkilatında yer aldığından, genel olarak idarenin bağlı olduğu sorumluluk esaslarına tabi olacak ve idarenin denetlenebileceği usuller ile denetlenebilecektir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı yardımcısının siyasi denetime, idari denetime, kamuoyu denetimine ve yargısal denetime tabi olacağı söylenebilir. Çalışmanın bu kısmında, bahsi geçen denetim usullerine yer verilecektir.

1. Siyasi Denetim

Siyasi denetim, yasama organının çeşitli usullerle idareyi denetlenmesidir⁶¹. Siyasi denetim usulüne ilişkin temel normlar, Anayasa'nın 98. maddesinde ve diğer bazı maddelerinde yer almaktadırlar. Anayasa'nın

⁵⁶ Gözler/Kaplan, s.115.

⁵⁷ Atar, s.178.

⁵⁸ Karatepe (2018a), s.268-282.

⁵⁹ Atar, s.292; Atay, s.213.

⁶⁰ Nitekim bakanların bir makama karşı sorumlu olmalarının, söz konusu makam ile bakanlar arasında hiyerarşik bir ilişkinin olduğunu tek başına göstermeyeceği de ifade edilmiştir. Günday, s.82.

⁶¹ Kalabalık, Halil (2021) İdare Hukuku Dersleri, C:II, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.449.

“Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgi edinme ve denetim yolları” başlıklı 98. maddesi, TBMM’nin meclis araştırması, genel görüşme, meclis soruşturması ve yazılı soru yollarıyla bilgi edinme ve denetleme yetkisini kullanabileceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda Cumhurbaşkanı yardımcısı, yukarıda yer verilen yöntemlerle siyasi denetime tabi tutulabilir. Ancak bu denetim ya da bilgi edinme yolları sonucunda, Cumhurbaşkanı yardımcısının görevine TBMM tarafından son verilebilmesi mümkün değildir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanı yardımcılığı görevi ancak Cumhurbaşkanı tarafından sona erdirilebilmektedir. Bu itibarla, gensoru ile görevden alınabilmeyi ifade eden siyasi sorumluluk çerçevesinde⁶², Cumhurbaşkanı yardımcısının TBMM’ye karşı siyasi sorumluluğunun olmadığı söylenebilir⁶³. Başka bir ifadeyle Cumhurbaşkanı yardımcısının siyasi sorumluluğu TBMM’ye değil, Cumhurbaşkanı’na karşıdır⁶⁴.

Cumhurbaşkanı yardımcısının gensoru ile denetlenememesine çeşitli açıklamalar getirilmiştir. Bu kapsamda, gensorunun parlamenter sistemin doğasından kaynaklandığı; zira parlamenter sistemde yürütmenin yasamaya karşı sorumlu olduğu, ülkemiz sisteminde ise yürütmenin doğrudan halka karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir⁶⁵. Yine gensoru usulünün kaldırılması ile siyasi istikrarın bozulmasının önüne geçildiği de ifade edilmiştir⁶⁶. Son olarak, her ne kadar TBMM’nin Cumhurbaşkanı yardımcısını gensoru yoluyla görevden alabilmesi mümkün değil ise de; seçimlerin yenilenmesine karar vererek,

⁶² Siyasi sorumluluk şu şekilde tanımlanmıştır: “Siyasi sorumluluk, yöneticilerin politik icraatlarından dolayı hesap verebilmeleri ve bunun müeyyidesine katlanmaları dolayısıyla yapmış oldukları siyasi icraatları nedeniyle görevlerine son verilebilmesi anlamına gelmektedir.” **Doğan, Bayram/Erdoğan, Didem** (2021b) “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ile Bakanların Sorumlulukları Meselesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23, S:1, s.163-191, s.169. Yine siyasi sorumluluğun esas olarak, seçilmiş bir yöneticinin halka ve parlamentoya karşı sorumluluğunu ifade ettiği ve gensoru yoluyla kullanıldığı ifade edilmiştir. **Atar**, s.306.

⁶³ **Tunç**, s.310; **Çağlayan**, s.146.

⁶⁴ **Atar**, s.304.

⁶⁵ **Gülener/Miş**, s.12.

⁶⁶ **Akçakaya / Özdemir**, s.934.

dolaylı da olsa Cumhurbaşkanı yardımcısını görevden alabileceğine işaret edilmiştir⁶⁷.

Bu denetim usullerinin yanında, Anayasa'nın 74. maddesiyle düzenlenen dilekçe hakkı da bir çeşit siyasi denetim usulü olarak görülebilir. Bu kapsamda, Cumhurbaşkanı yardımcısının dilekçe hakkına konu edilmesini engelleyen bir hükme, TBMM İç Tüzüğünde yer verilmemiştir. Ancak bu ihtimalde dilekçeler üzerine verilen kararların kesin hüküm ya da icrai nitelik arz etmedikleri⁶⁸ ve bunların herhangi bir bağlayıcı gücünün olmadığı ifade edilmiştir⁶⁹. Yine TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu tarafından gerçekleştirilecek denetimin de siyasi bir denetim olduğu düşünülebilir. 3686 s. Kanun, Cumhurbaşkanı yardımcısı hakkında TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonuna başvuru yapılmasını yasaklamamaktadır. Ancak her ne kadar Komisyon raporlarının TBMM Genel Kurulunda okunması yoluyla Genel Kurulun dikkati çekilerek, düzenleme yapılmasının sağlanması veya soru, genel görüşme, meclis araştırması ve meclis soruşturması gibi diğer denetim araçlarına ön ayak olunması mümkün görülmüş ise de⁷⁰, doğrudan Komisyona tanınan yetkilerin icrai niteliği haiz olmadıkları ifade edilmiştir⁷¹.

Bu düzenlemeler dışında, bütçe ve kesin hesap tasarılarının kabul edilmesi yoluyla da idarenin yasama organı tarafından denetlenebileceği ifade edilmiştir⁷². Ancak Cumhurbaşkanı yardımcılığının kendine ait bütçesi bulunmadığından, bahsi geçen denetime doğrudan tabi olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Fakat içerisinde yer aldığı merkezi idarenin denetimi kapsamında dolaylı olarak denetlenebilecektir. Sonuç olarak,

⁶⁷ Doğan/Erdoğan (2021b), s.176.

⁶⁸ Gözler/Kaplan, s.739.

⁶⁹ Kalabalık (2021), s.451.

⁷⁰ Boyar, Oya/Çınarlı, Gülden (2020) "Parlamentar Denetim Aracı Olarak İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:26, S:2, s.608-632, s.624.

⁷¹ Eroğlu, İzzet (2006) "TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu", Yasama Dergisi, S:2, s.32-74, s.50.

⁷² Gözler/Kaplan, s.739.

Cumhurbaşkanı yardımcısının siyasi denetimi bakımından TBMM'nin etkin mekanizmalara sahip olmadığı söylenebilir⁷³.

2. İdari Denetim

İdari denetim; idarenin, yasama veya yargı organı yerine bizzat kendisi tarafından denetlenmesini ifade etmektedir⁷⁴. Bu denetim şeklinde merkezi idarenin mahalli idareleri çeşitli usullerle denetlemesi söz konusu olduğu gibi, çeşitli denetim mekanizmaları ile kendisini denetlemesi de mümkündür⁷⁵. Bu doğrultuda idare; isti'taf, hiyerarşi ve idari vesayetle denetlenebileceği gibi; çeşitli denetleme kurulları ya da Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu gibi çeşitli birimler tarafından denetlenebilecektir⁷⁶. Bunlardan idarenin kendi kendini denetlemesine ilişkin usuller iç idari denetim, kendisi dışındaki diğer idari birimler tarafından denetlenmesine ilişkin usuller ise dış idari denetim olarak ifade edilmiştir⁷⁷.

Bu denetim usullerinden isti'taf denetimi, *“İdarenin bir eylem ve işlemiyle menfaat veya hakları ihlal edilen kişinin, bizzat bu eylemi yapan veya bu işlemi tesis eden idari makama başvurarak söz konusu idari işlemin geri alınmasını, ilga edilmesini veya değiştirilmesini, söz konusu eyleme son verilmesini ve varsa bu eylem ve işlemden dolayı uğradığı zararın tazmin edilmesini istemesidir.”*⁷⁸ Söz konusu denetim şeklinin bir örneğine 2577 s. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesinde yer verildiği gibi⁷⁹, yasada düzenlenmese dahi, vatandaşların bu denetim yetkisine sahip oldukları ifade edilmiştir⁸⁰. Bu doğrultuda Cumhurbaşkanı yardımcısının isti'taf denetimine tabi olduğu söylenebilir.

⁷³ Atay, s.235.

⁷⁴ Gözler/Kaplan, s.739.

⁷⁵ Yayla, Yıldızhan (2010) İdare Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, s.378.

⁷⁶ Gözler/Kaplan, s.740.

⁷⁷ Gözübüyük, A. Şeref (2014) Yönetim Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, s.365.

⁷⁸ Gözler/Kaplan, s.740.

⁷⁹ Kalabalık (2021), s.440.

⁸⁰ Gözler/Kaplan, s.740.

İsti'faf denetiminden farklı olarak hiyerarşi denetimi ise; denetime konu makamın aynı tüzel kişilikte yer alan üst makamı tarafından denetlenmesidir⁸¹. Bu usulde hem hukuka uygunluk hem de yerindelik açısından bir denetim söz konusudur⁸². Bu doğrultuda Cumhurbaşkanı yardımcısı ile Cumhurbaşkanı arasında hiyerarşik bir ilişki bulunduğundan, Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'nın hiyerarşik denetimine tabi olduğu söylenebilir.

İdari vesayet denetimi; merkezi idareden ayrı birer tüzel kişilik olan mahalli idarelerin, merkezi idare tarafından denetlenmesidir⁸³. Cumhurbaşkanı yardımcısı Devlet tüzel kişiliği ve merkezi idare içerisinde yer aldığından, idari vesayet denetimine tabi değildir.

Bu denetim usulleri dışında, Cumhurbaşkanı yardımcısının bilgi edinme hakkına konu edilmesi de teorik olarak mümkündür. Ancak Bilgi Edinme ve Değerlendirme Kurulu üyelerinin tamamı Cumhurbaşkanı tarafından göreve getirildiğinden ve Kurulun sekretarya hizmetleri ile bütçesi Adalet Bakanlığı tarafından sağlandığından, Kurulun hiyerarşik olarak üstünde yer alan Cumhurbaşkanı yardımcısını denetleyebilmesi pratikte pek mümkün görünmemektedir. Benzer şekilde, Devlet Denetleme Kurulu da Cumhurbaşkanlığı bünyesinde yer aldığından, Cumhurbaşkanı yardımcısını denetleyebilmesi olası değildir. Zira yukarıda ifade edildiği üzere Cumhurbaşkanı'na en yakın kişi Cumhurbaşkanı yardımcısıdır. Bu itibarla, Cumhurbaşkanı yardımcısının hiyerarşik olarak Kurulun üzerinde yer aldığı söylenebilir.

Bu usuller dışında, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) ve Kamu Denetçiliği Kurumu (KDK) tarafından gerçekleştirilecek denetimler bakımından bir değerlendirme yapıldığında, öncelikle Cumhurbaşkanı yardımcısının her iki kuruma yapılan başvurulara da konu edilmesinin

⁸¹ **Onar, Sıddık Sami** (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları, C:2, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, s.603. Ancak 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında; genel idareye, kamu tüzel kişiliğine sahip kurumlar üzerinde de hiyerarşi yetkisine benzer yetkilerin tanındığı; bu nedenle geline nokta, hiyerarşi denetiminden söz edebilmek için aynı tüzel kişilik içerisinde yer alma şartının genel bir kural olmadığı ifade edilmiştir. **Ulusoy**, s.147.

⁸² **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.179.

⁸³ **Çağlayan**, s.125.

mümkün olduğu söylenebilir. Ancak TİHEK örneğinde, Kurum Başkan ve üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından göreve getirildiği ve Kurumun Adalet Bakanlığının ilişkili kuruluşu olarak konumlandırıldığı⁸⁴ gerçeği karşısında, TİHEK'in Cumhurbaşkanı yardımcısını denetlemesi pek mümkün görünmemektedir. KDK örneğinde ise, Kurum TBMM'ye bağlı olduğundan ve Kamu Başdenetçisi ile Denetçiler TBMM tarafından göreve getirildiklerinden; Cumhurbaşkanı yardımcısının KDK tarafından denetlenmesi daha olasıdır. Ancak KDK kararları tavsiye niteliğindedir.

3. Yargısal Denetim

Cumhurbaşkanı yardımcısının yargısal sorumluluğu kapsamında tabi olduğu denetim usulleri, gerçekleştirilecek yargısal denetimin cezai mi yoksa hukuki mi olduğuna göre değişmektedir. Cumhurbaşkanı yardımcısının cezai sorumluluğu kapsamında; göreviyle ilgili fiilleri hakkındaki yargısal denetim, Anayasa Mahkemesi tarafından Yüce Divan sıfatı ile gerçekleştirilecektir (Anayasa md. 106/f. 7, 148/f. 6)⁸⁵. Göreviyle ilgili olmayan fiilleri hakkındaki yargısal denetim ise, genel hükümlere göre gerçekleştirilecektir. Ancak her iki fiil bakımından da Cumhurbaşkanı yardımcısının yargısal denetiminin bazı özel şartlara bağlandığı ifade edilebilir.

Cumhurbaşkanı yardımcısının göreviyle ilgili fiilleri hakkında TBMM tarafından Yüce Divana sevk edilmesi, göreviyle ilgili olmayan fiilleri bakımından ise dokunulmazlığının kaldırılması gerekmektedir (Anayasa md. 106)⁸⁶. İfade edilmelidir ki, seçimle göreve gelmeyen bir makamın dokunulmazlığa sahip olması ve görev suçları bakımından Cumhurbaşkanı ile

⁸⁴ TİHEK (2020) “2020 Yılı Faaliyet Raporu”, <https://www.tih.gov.tr/upload/file_editor/2021/02/1614496238.pdf> s.e.t. 17.09.2021, s.17.

⁸⁵ Cumhurbaşkanı yardımcısının, mevzuatta kendisine tanınan görevlerin ifası sırasında ve bu mevzuattan kaynaklanan yetkileri kullanması sonucu işlediği suçlar; görev suçu olarak nitelendirilmiştir. Akkaş, s.157.

⁸⁶ Cumhurbaşkanı'nın göreviyle ilgili olmayan şahsi suçları bakımından da Yüce Divana sevk gerektiğinden; Cumhurbaşkanı yardımcısı açısından ifade edilen, göreviyle ilgili suçlar bakımından Yüce Divana sevk edilebilme, göreviyle ilgili olmayan suçlar bakımından ise dokunulmazlığın kaldırılmasının ardından genel mahkemelerde yargılanabilme esasının daha makul olduğu ifade edilmiştir. Özbudun, s.312.

aynı koşullara tabi olması “*tartışmalı bir düzenleme*” olarak nitelendirilmiştir⁸⁷. Yine Cumhurbaşkanı yardımcısının göreviyle ilgili olmayan suçlar bakımından da dokunulmazlığa sahip olmasının, Başkanlık sisteminin temel mantığına aykırı olduğu ifade edilmiştir⁸⁸. Ancak her ne kadar halk tarafından seçilmemiş ise de, yerine getirdiği görevlerin ve kullandığı yetkilerin önemi nedeniyle; Cumhurbaşkanı yardımcısının asılsız soruşturmalara maruz kalmaması, kişisel ve siyasi saiklerle zan altında kalmasının önlenmesi daha doğru görünmektedir⁸⁹. Ayrıca söz konusu dokunulmazlık, mutlak bir dokunulmazlık da değildir; istisnalara sahiptir⁹⁰.

Cumhurbaşkanı yardımcısının Yüce Divana sevk, meclis soruşturması usulüyle gerçekleştirilebilmektedir. Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanı yardımcısının seçilmeye engel olacak bir suçtan mahkûm olması halinde, görevi sona erecektir⁹¹. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararları da TBMM tarafından verilmektedirler. Ancak söz konusu kararın verilmesi halinde gerçekleştirilecek cezai yargılamalarda, genel hükümler uygulanacaktır⁹².

Cumhurbaşkanı yardımcısının tabi olduğu hukuk yargılamalarında, yargılamaya konu fiilin kişisel bir fiil mi yoksa görevle ilgili bir fiil mi olduğuna göre farkı uygulamalar söz konusu olabilecektir. Bu çerçevede Cumhurbaşkanı yardımcısı; göreviyle ilgili olmayan, bir başka deyişle kişisel fiilleri bakımından; diğer tüm gerçek kişiler gibi, genel hükümlere tabidir⁹³. Cumhurbaşkanı yardımcısının göreviyle ilgili fiilleri bakımından ise, idarenin kusurlu

⁸⁷ **Uluslararası Şeffaflık Derneği** (2018) Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi-Şeffaflık, Hesap Verilebilirlik, Katılımcılık, Denge ve Denetleme, <<http://www.seffaflik.org/wp-content/uploads/2018/10/Cumhurbaşkanlığı-Hükümet-Sistemi.pdf>> s.e.t. 24.09.2021, s.18.

⁸⁸ **Tunç**, s.311.

⁸⁹ Aynı yönde: **Gözler / Kaplan**, s.841; **Yıldız**, s.529.

⁹⁰ **Gözler / Kaplan**, s.841

⁹¹ Bu itibarla Anayasa değişikliklerinden önce, Yüce Divana sevk kararı verilmesinin tek başına bakanlığın düşürülmesine yeteceği konusundaki düzenlemenin daha isabetli olduğu ifade edilmiştir. **Özbudun**, s.312.

⁹² Hükümet sistemi değişiklikleri ve Siyasi Partiler Kanununda yer alan düzenlemelerden yola çıkarak, mevcut sistemde Cumhurbaşkanı yardımcısının cezai sorumluluğuna gidilmesinin pek de mümkün olmadığı ifade edilmiştir. **Doğan / Erdoğan** (2021b), s.187.

⁹³ **Atar**, s.308.

sorumluluğu çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı'na karşı dava açılabileceği; göreviyle ilgili ya da görev esnasında olmasına rağmen kişisel kusur teşkil eden fiiller bakımından da Anayasa'nın 129. maddesi gereği yine idare aleyhine dava açılabileceği ifade edilmiştir⁹⁴.

4. Kamuoyu Denetimi

Kamuoyu denetimi, vatandaşların kendi ortak menfaatlerine ilişkin idari faaliyetleri, geçmişe ve geleceğe dönük olarak etkileyebilmeleri şeklinde ifade edilebilir⁹⁵. Bu denetim usulünde, kamuoyu tepkisinin idareyi hukuka uygun davranmak konusunda zorlayabilmesi söz konusudur⁹⁶. Bu çerçevede, dilekçe hakkı,⁹⁷ bilgi edinme hakkı⁹⁸ ya da Kamu Denetçisine başvuru hakkı⁹⁹ gibi usullerle kamuoyu denetiminin gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca seçimler yoluyla da söz konusu denetim usulünün uygulanması mümkündür¹⁰⁰.

Cumhurbaşkanı yardımcısı ile ilgili dilekçe, bilgi edinme ya da Kamu Denetçisine başvuru hakkına ilişkin değerlendirmelere yukarıda yer verilmiştir. Seçimler yoluyla gerçekleştirilecek denetimlerde ise, halkın Cumhurbaşkanı yardımcısını seçmesi mümkün olmadığından, bahsi geçen denetimlerin ancak Cumhurbaşkanı için söz konusu olabileceği söylenebilir. Fakat bu durumda da Cumhurbaşkanı, kimi kendisine yardımcı olarak atayacağını Cumhurbaşkanlığı'na adaylık sürecinde belirtmek zorunda değildir.

Cumhurbaşkanı yardımcılığına benzer makamlara yer veren ülke örneklerinde ise, genellikle bu makamın halk oyu ile seçildiği belirtilmiş ve buna ilişkin çeşitli uygulama örneklerine yer verilmiştir¹⁰¹. Örneğin ABD'de, Başkan yardımcısının Başkan ile birlikte seçildiği, bu uygulamanın ise

⁹⁴ **Gözler** (2018), s.843; **Kalabalık** (2019), s.167.

⁹⁵ **Altun, Murat/Kuluçlu, Erdal** (2005) "Doktrin ve Mevzuat Işığında Kamuoyu Denetimine Genel Bir Bakış", *Sayıştay Dergisi*, S:56, s.23-51, s.31.

⁹⁶ **Önen, S. Mustafa** (2019) "Denetim", *Kamu Yönetimi Ansiklopedisi*, 2. Baskı, Ankara, Astana Yayıncılık, s.160.

⁹⁷ **Altun/Kuluçlu**, s.34.

⁹⁸ **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.514.

⁹⁹ **Kalabalık** (2021), s.454.

¹⁰⁰ **Karatepe, Şükrü** (2018b) *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, s.277.

¹⁰¹ **Tunç**, s.241, 242.

demokratik ve meşru olduğu, ayrıca Başkan yardımcısının halk tarafından tanınmasına hizmet ettiği ifade edilmiştir¹⁰². Bununla birlikte, konuya ilişkin değerlendirmelerde bulunurken; başkanlık makamının boşalması halinde izlenecek usul bakımından ülkemiz ile ABD örneği arasındaki farkın da dikkate alınması yerinde olacaktır. Zira ABD uygulamasında, Başkanlık makamının boşalması halinde Başkan yardımcısı kalan süreyi tamamlayacakken, ülkemiz örneğinde, Cumhurbaşkanlığı makamının boşalması halinde seçime gidilecektir. Böylece boşalan Cumhurbaşkanlığı makamı yine demokratik bir usulle doldurulmuş olacaktır¹⁰³. Ayrıca Amerika’da söz konusu olan, Başkanın atamalarının kongrenin onayına tabi olması uygulamasının; Başkanı bütünüyle güçsüz hale getireceği de ifade edilmiştir¹⁰⁴.

II. CUMHURBAŞKANI YARDIMCILIĞININ KÖKENLERİ BAĞLAMINDA SADRAZAMLIK ÖRNEĞİ

Çalışmanın bu bölümü, Osmanlı Devletindeki Sadrazamlık makamını incelemeyi hedeflemektedir. Bu doğrultuda, öncelikle Sadrazamlığın kavramsal ve tarihsel süreci ifade edilecektir. Bunun devamında ise, Cumhurbaşkanı yardımcısının incelenmesine benzer olarak; Sadrazam’ın göreve gelme ve görevden ayrılma şekline, yetki ve görevlerine, idari teşkilat içerisindeki konumuna ve son olarak denetimine yer verilecektir.

A. KAVRAMSAL VE TARİHSEL SÜRECİ

Sadrazam, Osmanlı Devletinde Padişah’tan sonra gelen en yetkili idareciyi belirtmekte kullanılan ve “Başvekil” anlamına gelen bir sözcüktür¹⁰⁵. Sadrazamlık; Sultan Orhan Bey döneminde kurulan vezirlik makamının, Sultan I. Murat döneminde sayıca artırılması ve vezirlerden birine daha geniş

¹⁰² Doğan/Erdoğan (2021a), s.6.

¹⁰³ Buradan hareketle, ülkemiz sisteminin demokratiklik bakımından bir sorununun olmadığı ifade edilmiştir. Yıldız, s.516.

¹⁰⁴ Atar, s.179.

¹⁰⁵ Yeğin, Abdullah (2008) Yeni Lügat, Genişletilmiş Baskı, İstanbul, Hizmet Vakfı Yayınları, s.843.

yetkilerin tanınmasıyla teşkil edilmiştir¹⁰⁶. Önceleri “*Vezir-i Azam*” adıyla anılan bu makam, Kanuni Sultan Süleyman döneminden itibaren “*Sadrazam*” olarak adlandırılmıştır¹⁰⁷.

Osmanlı Devletindeki ilk Sadrazam’ın; Sultan 1. Murat döneminde vezir sayısının artırılmasıyla, kendisine vezir-i azam denilen Çandarlı Kara Halil Hayreddin Paşa olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁸. Bununla beraber, Sadrazamlık makamının kökenleri daha eskiye dayanmaktadır. Zira öncelikle vezirliğin temellerinin Abbasilere kadar dayandığı ifade edilmiştir¹⁰⁹. Abbasi Devleti yönetimindeki iki tür vezirlikten biri olan ve halife adına devlet işlerini yürütmek, velayet atamak ve atanan memurları işten çıkartmak gibi halifenin tek başına yapacağı işlemler dışındaki işleri yapmakla görevlendirilen “*Vezir-i Tefviz*” in; gerçek anlamda hükümdar vekili olan baş vezirliğe, diğer bir deyişle Sadrazamlığa ilk örnek olduğu belirtilmiştir¹¹⁰. Yine Büyük Selçuklu Devleti döneminde büyük hizmetlerde bulunmuş bir devlet adamı olan Nizam-ül Mülk’ün de bir vezir-i azam olduğu ifade edilmiştir¹¹¹.

İlk Osmanlı Sadrazam’ından İstanbul’un fethine kadar, Çandarlı ailesi mensupları Sadrazamlık makamına egemen olmuşlardır. Bu ailenin söz konusu egemenliği nedeniyle “*Saltanat Al-i Osman’a, sadaret Çandarlılar’a ait ve*

¹⁰⁶ **Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1988) Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.111; **Aydın, M. Akif** (2014) Türk Hukuk Tarihi, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, s.134; **Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2019) Türk Hukuk Tarihi, 11. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s.143.

¹⁰⁷ **Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.240. Diğer yandan “*Sadrazam*” ifadesinin Fatih döneminden itibaren kullanılmaya başlandığı da ifade edilmiştir. **Kaşıkcı, Osman** (2015) “Osmanlı Devletinde Vezir-i Azam (Sadrazam)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:21, S:2 (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan), s.111-117, s.112.

¹⁰⁸ **İpşirli, Mehmet** (2008) “Sadrazam”, *TDV İslam Ansiklopedisi*, C:35, Ankara, TDV, s.415.

¹⁰⁹ **Gökçe, Turan** (1993) “Vüzerâ Kanunnamesi”, *Tarih İncelemeleri Dergisi*, C:8, S:1, s.99-125, s.101.

¹¹⁰ **Üçok, Coşkun/Mumcu, Ahmet/Bozkurt, Gülnihal** (2015) Türk Hukuk Tarihi, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.170.

¹¹¹ **Köymen, Mehmet Altay** (2002) “Büyük Selçuklu Veziri Nizâmü’l-Mülk ve Tarihi Rolü”, *Türkler Ansiklopedisi*, C:5, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, s.496.

münasiptir" kanaati halk arasında yayılmıştır¹¹². Fakat İstanbul'u fetheden Fatih bu anlayışı değiştirmiş ve son Çandarlı vezir-i azamını öldürttüktan sonra kul sistemi asıllı kişileri Sadrazamlığa getirerek, nüfuzlu Türk ailelerini Sadrazamlıktan uzaklaştırmıştır¹¹³. Böylece, devlet yönetiminde Osmanlı hanedanı dışında bir başka güçlü ailenin söz sahibi olması engellenmiştir.¹¹⁴ Bu gelişmelerin, Fatih'in Sadrazamlık makamını sistematize etmek amacıyla attığı adımlardan sayılabilmesi mümkündür¹¹⁵. Bununla birlikte; Osmanlı Devletinin, altı yüz seneden fazla tek bir hanedan tarafından yönetilmesinin; Fatih tarafından kabul edilen bu siyasetin, ondan sonra gelen hükümdarlar tarafından da uygulanmasıyla doğrudan ilgili olduğu belirtilmiştir¹¹⁶.

Sadrazamların yetkileri ve devlet yönetimindeki etkinlikleri, 16. yüzyılın sonlarına doğru azalmaya başlamıştır¹¹⁷. Köprülüler döneminden itibaren Sadrazam dairesi saraydan tamamen ayrılarak, Bâb-ı Âli adı verilen hükümet işlerinin merkezi haline gelmiştir¹¹⁸. Tanzimat dönemine yaklaşılana süreçte ise Sadrazamların rolleri tartışılmaya başlanmış ve etkinlikleri giderek azalmıştır¹¹⁹. Öncelikle, II. Mahmut döneminde çıkarılan bir fermanla, Sadrazamlar "*Başvekil*" olarak adlandırılmış ve yeni geçilen kabine sisteminde diğer nazırlıklar arasındaki işbirliğini ve uyumu sağlamakla görevlendirilerek

¹¹² İpşirli, s.415.

¹¹³ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.228.

¹¹⁴ Aydın (2014), s.134.

¹¹⁵ Mumcu, Ahmet (1986) Divanı-ı Hümayun, 2. Baskı, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları, s.42.

¹¹⁶ Aydın (2014), s.134.

¹¹⁷ Uzunçarşılı (1988), s.115. Bu duruma, sadrazamların devleti idare etme faaliyetlerine saraydan ya da merkez bürokrasisinden müdahalelerde bulunmasının neden olduğu ifade edilmiştir. Aydın (2014), s.134.

¹¹⁸ Ayrıca bu dönemde devlet yönetim merkezinin saray değil Bâb-ı Ali olduğu, Sadrazam'ın da devletin gerçek başı haline geldiği ifade edilmiştir. Cin/Akyılmaz, s.145. Bu gelişmenin, köprülüler devrinde değil, bu devirden sonra gerçekleştiği de ifade edilmiştir. Avcı, Mustafa (2018) Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Konya, Atlas Akademi, s.135.

¹¹⁹ Yaman, Ahmet Emin (2002) "Sadır-ı Azamlık", *Türkler Ansiklopedisi*, C:13, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları, s.1041.

üstün konumları kırılmak istenmiştir¹²⁰. Bundan sonra 1876 Kanun-i Esasisinde tekrar Sadrazam olarak adlandırılmalarına rağmen, vekil-i mutlak olma nitelikleri bir kenara bırakılarak “*dahili ve haricî umuru mühimmenin mercii*” ve Meclis-i Vükela’nın başkanı oldukları belirtilmiştir¹²¹. Böylece Sadrazam kelimesi başvekil anlamından ziyade devlet yönetiminde önde gelenlerden en büyüğü manasında kullanılmaya başlanmıştır. Daha sonra devlet sona erene kadar başvekil yerine Sadrazam ifadesi kullanılmıştır¹²².

292 defa sadaret değişikliği yapılan Osmanlı Devletinde, birden fazla bu görevi yapanların olması nedeniyle 215 kişi Sadrazamlık görevinde bulunmuştur¹²³. Sadrazamlık uygulaması, TBMM’nin 1 Kasım 1922 gününde kabul ettiği “*Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Hukuku Hâkimiyet ve Hükümranininin Mümessili Hakikisi Olduğuna Dair Kararname*” ile sona ermiştir.

B. GÖREVİNİN BAŞLAMASI VE SONA ERMESİ

Sadrazamların atanması, Padişah tarafından ve bir ferman ile gerçekleştirilmiştir¹²⁴. Sadrazamlar, Osmanlı Devletinin kuruluşundan İstanbul’un fethine kadarki dönemde genellikle ilmiye sınıfından gelmekteyken; İstanbul’un fethinden 19. yüzyıla kadar, bazı istisnalar hariç kul menşeli ve askeri-idari kariyere sahip olanlardan; Tanzimat döneminden

¹²⁰ Karal, Enver Ziya (2007) Osmanlı Tarihi, C:6, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.117; Cin/Akyılmaz, s.146.

¹²¹ Yaman, s.1041.

¹²² Uzunçarşılı (1988), s.179; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s.231.

¹²³ Yaman, s.1042. Diğer yandan Osmanlı Devletinde 295 defa sadrazam değişikliği yapıldığı ve bu görevi 218 kişinin yerine getirdiği de ifade edilmiştir. Satsı, İhsan (2011) “Sadâret’ten Başvekâlet’e Sadrazamlık”, Turkish Studies, C:6, S:3, s.1715-1728, s.1724. Örneğin 2. Abdülhamid’in 33 yıllık saltanat döneminde 28 Sadrazam’ın görev yaptığı, bu durumun sadrazamlık makamında bir devlet tecrübesinin oluşturulmadığını gösterdiği ifade edilmiştir. Yürük, Hüseyin (2019) “Osmanlı Devleti’nde Son Dönem Kamu Yönetimi Sorunları ve Reform Çabaları”, Türk İdare Dergisi, S:488, s.525-557, s.545.

¹²⁴ Cin/Akgündüz, s.240. Bununla birlikte, Padişahların tek başlarına atama yetkilerinin kimseye danışmadıkları anlamına gelmediği; söz konusu atamayı yaparken diğer yöneticilere de danıştıkları ifade edilmiştir. Kaşıkçı, s.113.

itibaren ise, tamamen sivil niteliğe sahip ve mülkiyeden gelenlerden seçilmişlerdir¹²⁵.

Bu kapsamda, Sadrazamlığın boşalması halinde ikinci vezirin bu göreve aday olacağı konusunda bir teamülün olduğu ifade edilmiştir¹²⁶. Diğer taraftan 17. yüzyıldan itibaren, söz konusu teamül dikkate alınmaksızın atamaların yapıldığı da belirtilmiştir¹²⁷.

Sadrazamların görev süreleri bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu itibarla görevden alınana kadar ya da ölüm gibi görev yapmaya engel bir durum gerçekleşene dek Sadrazamlar görevde kalmışlardır¹²⁸. Sadrazamların görevden alınmaları ise, göreve başlamaları amacıyla Padişah tarafından verilen ve görevleri süresince mukaddes bir eşya olarak koyunlarında taşıdıkları “*mühr-i hümayun*”un Padişah tarafından geri istenmesi ile gerçekleşmiştir¹²⁹. Bu noktada, görevden alma konusunda Padişah’ın herhangi bir gerekçe gösterme zorunluluğunun olmadığı, dilediği zaman Sadrazam’ı görevden alabileceği ifade edilmiştir¹³⁰. Görevden alınma sebepleri incelendiğinde gerçekten azli gerektiren nedenlerin yanında, nispeten daha gereksiz nedenlerle de görevden almaların olduğu belirtilmiş ve bu nedenlere yaşlılık, dirayetsizlik, sert davranma, geçimsizlik, cesaretsizlik sefer sırasındaki başarısızlık gibi sebepler, örnek gösterilmiştir¹³¹. Son olarak görevden alınma dışında, sağlık nedenleri ya da savaş esnasında ölüm gibi nedenlerle de Sadrazamlık görevi sona ermiştir.

¹²⁵ **Avcı**, s.134; **İpşirli**, s.415.

¹²⁶ **İnalçık, Halil** (2003) Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ. 1. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları (Çeviren: Sezer, Ruşen (2002) The Ottoman Empire, The Classical Age, 3. Baskı, London, Phonenix Press) s.104.

¹²⁷ **İpşirli**, s.415. **İnan, İbn-ül Emin Mahmut Kemal** (1982) Son Sadrazamlar, C:1, 3. Baskı, İstanbul, Dergah Yayınları, s.2.

¹²⁸ **Kaşıkcı**, s.116; **Uzunçarşılı** (1988), s.117.

¹²⁹ **Üçok/Mumcu/Bozkurt**, s.229.

¹³⁰ **Kaşıkcı**, s.116.

¹³¹ Ayrıca yazar tarafından sefer sırasındaki başarısızlığın azle ek olarak bir idam sebebi olduğu da belirtilmiştir. **İpşirli**, s.416; **Avcı**, s.135.

C. YETKİ VE GÖREVLERİ

Sadrazamların yetki ve görevleri, Fatih Kanunnamesi¹³² ile Tevki-i Abdurrahman Paşa Kanunnamesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir¹³³. Bununla birlikte, Sadrazamların atama fermanlarında¹³⁴ ve yine atamalarından sonra kendilerine gönderilen hatt-ı hümayunlarda da yapmaları gereken iş ve işlemlere yer verildiği ifade edilmiştir¹³⁵.

Sadrazamlar, klasik dönemde Padişah'ın mutlak vekili şeklinde konumlandırıldıklarından; din, devlet ve saltanata ait her işi görmekle yetkilendirilmişlerdir¹³⁶. Diğer yandan mutlak vekillik sıfatlarının Padişah'ın iradesi ile sınırlı olduğu da belirtilmiştir¹³⁷. Bu doğrultuda Sadrazamların yetki ve görevlerinin şu şekilde sıralanabilmesi mümkündür¹³⁸.

- Padişah'ın katılmadığı Divan-ı Hümayun toplantılarına başkanlık etmek,¹³⁹
- Din, devlet ve saltanata dair bütün hizmetlerin yürütülmesini sağlamak,

¹³² **Akgündüz, Ahmet** (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, C:1, İstanbul, FEY Vakfı Yayınları, s.138.

¹³³ **Akgündüz, Ahmet** (2011) "Kamu Hukuku", *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı*, C:1, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, s.263, 264.

¹³⁴ **Kaşıkçı**, s.113.

¹³⁵ **Uzunçarşılı** (1988), s.125.

¹³⁶ **Avcı**, s.134. Diğer yandan, sadrazamların ikinci bir hükümdar olmalarını önlemek amacıyla, adliye ve maliye işlerinde ya da Padişah'ın askerleri sayılan kapıkulu askerleri üzerinde yetkilerinin kısıtlı tutulduğu ve büyük dirlikler üzerinde Padişah'a danışmadan hareket edemedikleri ifade edilmiştir. **Ortaylı, İlber** (2017) Türkiye Teşkilatı ve İdare Tarihi, 6. Baskı, Ankara, Cedit Neşriyat, s.220.

¹³⁷ **Mumcu**, s.43.

¹³⁸ **Uzunçarşılı** (1988), s.136 vd.; **Cin/Akyılmaz**, s.143, 144.

¹³⁹ **Avcı**, s.134. Ancak Fatih döneminden itibaren, Divan-ı Hümayun Başkanlığı görevinin sadrazamlar tarafından yürütüldüğü ifade edilmiştir. **Kaşıkçı**, s.114. Yine Divan-ı Hümayunun gerçek başkanının sadrazam olduğu belirtilmiştir. **Mumcu**, s.122. Bunun yerine sadrazamların Divana başkanlıklarının, Fatih döneminden itibaren zaman zaman gerçekleştiği; Kanuni devrinden itibaren ise, sürekli olarak Divan başkanı oldukları ifade edilmiştir. **Cin/Akyılmaz**, s.144.

- Had, kısas, hapis ve sürgün cezaları ile bütün ta'zir ve siyaset cezalarını yerine getirmek,
- Siyaseten katl cezasına karar vermek,¹⁴⁰
- Gerektiği hallerde dava dinlemek ya da hukuka uygun olduğu konusunda kuşku duyduğu kararları kazaskerlik yapmış görevlilere incelettirmek,¹⁴¹
- Şeriatın hükümlerini uygulamak ve haksızlıklara engel olmak,
- Ülkenin idari teşkilatını düzenlemek; tımar, zeamet ve ulufeleri belirlemek,
- Padişah'ın malını gözetlemek, Padişah'ın malının vekili olan defterdarı denetlemek,¹⁴²
- Beylerbeyliği, sancak beyliği, mütevellilik, imamlık, kadılık gibi tüm askeri ve ilmi memurları atamak ya da görevden almak,¹⁴³
- Padişah'ın katılmadığı savaşlarda “*Serdar-ı Ekrem*” sıfatıyla ordu komutanlığını icra etmek ve sefer esnasındaki terfi, tayin, sürgün ya da idamlara karar vermek,¹⁴⁴
- Yabancı ülke yetkilileri ile müzakerelerde bulunmak,¹⁴⁵

¹⁴⁰ **Ortaylı**, s.220.

¹⁴¹ **Kaşıkçı**, s.115. Bu kapsamda idari ve örfi davaları Sadrazam'ın dinlediği, şer'i davaları ise kazaskere havale ettiği ifade edilmiştir. **Avcı**, s.134; **Mumcu**, s.127.

¹⁴² **Ağar, Serkan** (2007) “Geçmişten Bugüne Mali İdare”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:73, s.372-432, s.379, 385.

¹⁴³ **Aydın** (2014), s.133. Bununla birlikte, ilmiye dışındaki tüm tayinlerin sadrazam tarafından doğrudan Padişah'a arz edildiği; ilmiyeye mensup atamaların ise, şeyh-ül islamın teklifi, Sadrazam'ın Padişah'a arzı ve Padişah'ın atamayı gerçekleştirmesi şeklinde yapıldığı ifade edilmiştir. **Avcı**, s.134. Yine Osmanlı Devletinde vezirler ve diğer memurların birer yılığine göreve getirildiği, süresi dolan görevlilerden hizmeti beğenilenlerinin ya kendi talepleri ile ya da Sadrazam'ın uygun görmesi ile görevlerine devam ettikleri ifade edilmiştir. **Uzunçarşılı** (1988), s.150. Bununla birlikte yukarıda sayılan askeri sınıfa dâhil olan yeniçeri ağasının, doğrudan Padişah tarafından atandığı ve Sadrazam'ın bu konuda yetkili olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. **İnalçık**, s.102.

¹⁴⁴ **Halaçoğlu, Yusuf** (1991) XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.12; **Kaşıkçı**, s.115.

¹⁴⁵ **İpşirli**, s.417.

- İstanbul'un asayiş ve ticari disiplinini teftiş etmek, bu çerçevede örneğin pazarları ve tersaneleri denetlemek¹⁴⁶.

Sadrazamlar, bu yetki ve görevlerini “*buyruclu*” adı verilen yazılı emirler ve “*emri sâmi*” adı verilen sözlü emirlerle yerine getirmişlerdir.¹⁴⁷ Bu yetki ve görevler dışında, Fatih ve Kanuni'nin yaptırdığı vakıfların idaresi de Sadrazamlara verilmiştir¹⁴⁸.

Sadrazamlar, Divan-ı Hümayun toplantıları dışında; İkinci Divanı, Çarşamba Divanı ve Cuma Divanı toplantılarında da kendilerine verilen yetki ve görevleri yerine getirmişlerdir¹⁴⁹. Bunlardan İkinci Divanı; Sadrazam'ın konağında, salı ve perşembe günleri dışında toplanan ve idari meseleler ile davaların karara bağlandığı divandır. Bu divanda, Padişah'ın onayını gerektirmeyen ikinci derecedeki konular incelenmiş, davalar dinlenmiştir. Bununla birlikte Divan-ı Hümayunda müzakereyi gerektiren konular, yine Divan-ı Hümayuna havale olunmuştur¹⁵⁰. İkinci Divanı, herkese açık olan, halkın şikâyet ve isteklerini rahatça iletebildiği bir divan şeklinde teşkil edilmiştir¹⁵¹. İkinci Divanı, Sadrazam'ın bizzat kendisine tanınan yetki ile topladığı ve başkanlık ettiği bir divan olması yönüyle, Divan-ı Hümayundan ayrılmaktadır. Zira Divanı-ı Hümayunda Sadrazam'ın görevi başkanlık değil, Padişah'a vekâlettir. Bu farkın temel sonucu olarak; İkinci Divanında Padişah adına karar verme sorumluluğunu hissetmeyen Sadrazam'ın daha özgür davrandığı ifade edilmiştir¹⁵². Çarşamba Divanı ise, çarşamba günü sabahları

¹⁴⁶ Ortaylı, s.222.

¹⁴⁷ Kaşıkçı, s.115.

¹⁴⁸ Uzunçarşılı (1988), s.176; Ağar, s.400.

¹⁴⁹ Aydın, M. Akif (2020) Osmanlı Hukuku- Devlet-i Aliyye'nin Temeli, 1. Baskı, Ankara, Türk Diyanet Vakfı, s.230 vd.

¹⁵⁰ Uzunçarşılı, İsmail Hakkı (2011) Osmanlı Tarihi (XVI. Yüzyıl Ortalarından XVII. Yüzyıl Sonuna Kadar), 6. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.327; Ortaylı, s.222.

¹⁵¹ İpşirli, s.417.

¹⁵² Yetkin, Aydın (2012) “Divan-ı Hümayun”, The Journal of Academic Social Science Studies, C:5, S:5, s.353-390, s.364. İkinci Divanı ile Divan-ı Hümayunun fonksiyonel olarak benzer olması, bunlar arasındaki yetki sınırının açıkça belirtilmemesi ve bir konunun Divan-ı Hümayunda görüşülmesine karar verirken dikkate alınacak kriterlerin belirsiz olması gibi nedenlerle, Divan-ı Hümayunun öneminin azaldığı ve Divan teşkilatının bozulduğu ifade edilmiştir. Cin/Akyılmaz, s.145.

toplanan, hukuki uyuşmazlıklar ile İstanbul'un belediye işlerinin görüşüldüğü divandır¹⁵³. Son olarak Cuma Divanı ise, her cuma sabah namazından sonra toplanan; ve ağırlıklı olarak hukuki uyuşmazlıkların yanında ilmiyeye ait bazı meselelerin karara bağlandığı; “*huzur murafaası*” şeklinde adlandırılan divandır¹⁵⁴.

D. KONUMU

Sadrazamlık makamı, devlet teşkilatı içerisinde; devlet başkanından sonra, ikinci en önemli konumda yer almaktadır¹⁵⁵. Asafname-i Lütfi Paşa, Sadrazamlıktan daha yüksek bir devlet görevliliği makamının olmadığını ifade etmiştir¹⁵⁶. Benzer şekilde, Telhisü'l-Beyân Fî Kavânin-i Âl-i Osmân isimli eserde, Sadrazamlık için “*Bu Devlet-i Aliyye’de rütbe-i saltanattan sonra bunun fevkinde bir mertebe dahi yoktur*” ifadelerine yer verilmiştir¹⁵⁷. Yine yukarıda yer verilen Fatih Kanunnamesinde Sadrazam’ın diğer vezir ve emredenlerin başı, ayrıca bütün işlerde Padişah’ın mutlak vekili olduğu ifade edilmiş; diğer teşkilat görevlileri üzerindeki konumu açıkça düzenlenmiştir. Bu doğrultuda Padişah’ın mühür-ü azamını taşıma yetkisi de Sadrazam’a tanınmıştır¹⁵⁸.

Sadrazam’ın bu konumunun bir sonucu olarak, diğer devlet görevlilerinin de üzerinde yer aldığı söylenebilir¹⁵⁹. Bu durum, Osmanlı Devletinin idare şekliyle yakından ilgilidir. Zira Osmanlı Devleti idaresinde

¹⁵³ Yetkin, s.365.

¹⁵⁴ Cuma Divanının, yargılamalar bakımından Divan-ı Hümayunun küçük bir modeli olduğu ifade edilmiştir. Aydın (2020), s.230. Sadrazam’ın düzenli olarak topladığı bu divanlar dışında, Osmanlı devletinin ilk dönemlerinden itibaren zaman zaman toplanan meşveret meclisine, Padişah’ın olmadığı hallerde başkanlık etmesi de söz konusu olmuştur. Bkz. Akyıldız, Ali (2003) “Meclis-i Meşveret”, TDV İslam Ansiklopedisi, C:28, Ankara, TDV, s.248.

¹⁵⁵ Uzunçarşılı (1988), s.112; Gökçe, s.102; Aydın (2014), s.133; Cin/Akyılmaz, s.143.

¹⁵⁶ Uğur, Ahmet (1980) “Âsaf-Nâme-i Vezir Lütfi Paşa”, İslam İlimleri Enstitüsü Dergisi, S:4, s.243-258, s.244.

¹⁵⁷ İlgürel, Sevim (1998) Hezarfen Hüseyin Efendi Telhisü'l-Beyan fî Kavanin-i Al-i Osman, Ankara, Türk Tarih Kurumu, s.83.

¹⁵⁸ Akgündüz (1990), s.318,328.

¹⁵⁹ Akgündüz (2011), s.264.

kabul edilen en önemli prensip, Padişah otoritesinin bütünlüğü olduğundan; Devletin yetkileri doğrudan ve tamamen Sadrazam tarafından kullanılmış, diğer vezirler ise Sadrazam'ın danışmanı gibi hareket etmişlerdir¹⁶⁰. Bu doğrultuda, başta şeyhülislam olmak üzere, ulema, kaptan paşa, valiler, darüssaadde ağası gibi üst düzey bürokratların Padişah'a arz etmek istedikleri hususların öncelikle Sadrazam'a gönderildiği ve Sadrazam tarafından Padişah'a arz edildiği ifade edilmiştir¹⁶¹.

E. DENETİMİ

Sadrazamlar, Padişah'ın iradesi ile şer'i ve örfi hukuk kurallarına uygun hareket etmekle yükümlü kılınmışlardır¹⁶². Sadrazamların bu hususlara uygun hareket edip etmedikleri, Padişah tarafından denetlenmiştir. Bu itibarla Sadrazamların, Padişah'a karşı ve hayatları ile sorumlu oldukları ifade edilmiştir¹⁶³. Zira Sadrazamlar, Padişah'tan sonra ikinci en önemli makamda yer aldıklarından, onların denetimi de en üstte yer alan makam tarafından gerçekleştirilmiştir¹⁶⁴.

Bu amaçla, Sadrazamların önemli devlet meseleleri ya da tayinler hakkında verdikleri kararlar telhis yoluyla Padişah'ın onayına sunulmuş,¹⁶⁵ ya da Padişah'a arz edilmiştir¹⁶⁶. Sadrazamlar tarafından gönderilen ya da arz edilen telhislerdeki işlemler hakkındaki Padişah'ın reyî üzerine "*manzurum oldu*", "*verilsin*", "*verdim*", "*tedarik edesin*", "*zamanı değildir*", "*berhudar olasın*", "*olmaz*" gibi ifadeler eklenerek gereği yapılmak üzere Sadrazam'a tekrar gönderilmiştir¹⁶⁷. Bu denetim usulü dışında, Sadrazam'ın Padişah tarafından

¹⁶⁰ **Avcı**, s.133.

¹⁶¹ Diğer görevliler ise talep ve isteklerini Sadrazam'a arz edeceklerdir. **Uzunçarşılı** (1988), s.134; **Kaşıkçı**, s.115; **Akgündüz** (2011), s.264.

¹⁶² **Cin/Akgündüz**, s.241.

¹⁶³ **Ortaylı**, s.220.

¹⁶⁴ **Mumcu**, s.135. Bu doğrultuda, sadrazamların idam edilmesine ancak Padişah tarafından karar verilebildiği ifade edilmiştir. **Halaçoğlu**, s.13.

¹⁶⁵ **Uzunçarşılı** (1988), s.132; **Akgündüz** (2011), s.264.

¹⁶⁶ **Mumcu**, s.131 vd.

¹⁶⁷ **İpsirli**, s.418.

denetlenebilmesinin her zaman mümkün olduğu belirtilmiş ve Padişah denetiminin gerçek anlamda bir “*hiyerarşik denetim*” olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁸. Buna göre Padişah, Divanı-Hümayunu gizlice dinleyerek “*kafes arkası denetimi*” usulünü işletmiş ya da casus tutarak veya tebdil-i kıyafet edip halkın arasına karışarak, halkın Sadrazam hakkındaki görüşlerini dinlemiş, böylece bir çeşit kamuoyu denetimi gerçekleştirmiştir.

Sadrazam’ın Padişah tarafından denetlenmesi sonrasında görevden alınmasına, sürgüne gönderilmesine, idam edilmesine ya da mallarının müsadere edilmesine karar verilebildiği ifade edilebilir¹⁶⁹. Diğer yandan, yapılan denetimler sonucunda Sadrazam’ın idamına değil, görevden alınmasına ya da sürgüne gönderilmesine karar verilmesinin daha yerinde olduğu, zira devlet görevlilerinin kolay yetişmediği de ifade edilmiştir¹⁷⁰.

Sadrazam’ın bir başka denetlenme usulü ise, başkanlığını yürüttüğü Divan-ı Hümayunun devlet yönetiminde etkinlik göstermemesi ve Padişah’ın da bu durumu değiştirememesi halinde; hiyerarşik denetim yetkisi olmayan grup ya da organlar tarafından “*ayaklanma*” usulüyle, fiili olarak denetlenmesidir¹⁷¹. Bu doğrultuda Sadrazam aleyhine tertip edilen isyanların hızlı bir şekilde Sadrazam’ı hiçe indirebildiği ya da yok edebildiği belirtilmiş, “*Sadrazam’ın yakayı kurtarmasının bir şans eseri sayılacağı kadar nazik devirlerin çok görüldüğü*” ifade edilmiştir¹⁷².

III. CUMHURBAŞKANI YARDIMCISI İLE SADRAZAMIN MUKAYESE EDİLMESİ

Çalışmanın bu başlığı altında, Cumhurbaşkanı yardımcısı ile Sadrazam’ın mukayese edilmesi amaçlanmaktadır. Bu karşılaştırma kapsamında, her iki makamın incelenme şekline uygun olarak; görevlerin

¹⁶⁸ Mumcu, s.135 vd. Yazara göre kafes arkası denetim usulü, arz usulünden daha etkin bir denetim mekanizmasıdır (s.138).

¹⁶⁹ Ortaylı, s.221.

¹⁷⁰ İlgürel, s.73.

¹⁷¹ Mumcu, s.135.

¹⁷² Uzunçarşılı (1988), s.117.

başlaması ve sona ermesi, yetki ve görevler, idari teşkilat içerisindeki konum ve denetim usulleri bakımından çeşitli değerlendirmelere yer verilecektir.

A. GÖREVİN BAŞLAMASI VE SONA ERMESİ BAKIMINDAN

Cumhurbaşkanı yardımcısı ile Sadrazam'ın göreve gelme ve görevden ayrılma bakımından karşılaştırılmaları halinde, büyük oranda birbirlerine benzedikleri görülmektedir. Zira her iki örnekte de göreve gelme ve görevden ayrılma, devlet başkanının kararı ile gerçekleşmektedir.

Bununla birlikte, Sadrazamlık ile Cumhurbaşkanı yardımcılığı arasında, sayı bakımından bir farklılık söz konusudur. Zira kaç Cumhurbaşkanı yardımcısı atayacağı konusunda Cumhurbaşkanı'nın takdir hakkı bulunmaktayken, Sadrazamlığın mantığı gereği tek bir Sadrazam bulunmaktadır. Zira yukarıda ifade edildiği üzere Sadrazamlık kavramı, sayısı birden fazla olan vezirlerden birini daha önde konumlandırmak amacıyla kullanılmaktadır.

Göreve gelme için aranan şartlar bakımından; Cumhurbaşkanı yardımcılığı için en azından milletvekili seçilebilme şartları aranmaktayken, Sadrazamlık açısından böyle bir durumun söz konusu olmadığı söylenebilir. Hangi şartlara sahip kişilerin Sadrazamlık görevine getirileceği konusunda Padişah'ın takdir yetkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte, milletvekili seçilebilme şartlarına bakıldığında da, Cumhurbaşkanı'nın kimi yardımcısı olarak atayacağı konusunda geniş sayılabilecek bir takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir.

B. YETKİ VE GÖREVLER BAKIMINDAN

Cumhurbaşkanı yardımcısı ile Sadrazam arasında, yetki ve görevler bakımından bir değerlendirme yapıldığında; Sadrazam'ın daha geniş yetkilere sahip olduğu görülmektedir. Zira Sadrazam din, devlet ve saltanata ait her iş konusunda yetkilendirilmiş, bu kapsamda yargısal konularda da çeşitli faaliyetler yürütmüştür. Ancak bu durum, Osmanlı Devletinde kuvvetler birliği ilkesinin kabul edilmesinin bir sonucudur.

Bu ilke çerçevesinde Padişah'ın yasama, yürütme ve yargı faaliyetlerine ilişkin yetki ve görevleri bulunduğu; Padişah'ın mutlak vekili olan Sadrazam'ın da benzer konularda yetki ve görevleri söz konusu olmuştur. Bu itibarla, Cumhurbaşkanı yardımcısının yargı ya da yasama konusunda yetkisinin olmaması, Cumhurbaşkanı'nın da söz konusu yetkilere sahip olmamasından kaynaklanmaktadır. Zira ülkemizde kuvvetler ayrılığı ilkesi kabul edilmiştir¹⁷³.

Buradan hareketle, devlet başkanına vekalet etmek ve bu çerçevede devlet başkanının yetkilerini kullanmak konusunda her iki makamın da ortak olduğu söylenebilir. Ancak Sadrazam'ın mutlak vekillik çerçevesinde yürüttüğü faaliyetlerin ve kullandığı yetkilerin daha yaygın bir zaman diliminde söz konusu olduğu ifade edilebilir. Zira Divan-ı Hümayun toplantılarına katılıp katılmamak ya da yetkilerini bizzat kullanıp kullanmamak konusunda Padişah'ın takdir hakkı bulunmaktadır. Bu durumda Padişah'ın, Divan-ı Hümayun toplantılarına katılmamayı ya da yetkilerini kullanmayı Sadrazam'a bırakmayı tercih etmesi halinde; Sadrazam'ın vekalet görevi, Cumhurbaşkanı yardımcısına göre daha uzun bir süre söz konusu olacaktır. Ancak mevcut sistemimizde Cumhurbaşkanı'nın görevini vekaleten devretme konusunda takdir hakkı bulunmadığından; Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekalet görevi Sadrazam'a göre daha sınırlı bir süre açısından söz konusudur.

Son olarak, Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanı'na vekalet görevi dışında da çeşitli yetki ve görevleri bulunmaktayken; Sadrazam'ın yetki ve görevlerinin doğrudan Padişah'a mutlak vekillik sıfatından kaynaklandığı ifade edilebilir.

¹⁷³ Bu nedenle kuvvetler birliği ilkesine uygun şekilde idare edilen Osmanlı Devleti ile kuvvetler ayrılığı ilkesine göre teşkilatlanan ülkemizin, teşkilat bakımından birebir kıyaslanması mümkün görünmemektedir. **Ekinci, Murat** (2017) "İdare Hukuku Açısından Divan-ı Hümayun", *Uluslararası Politik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Kongresi Bildiri Özetleri Kitabı*, Ankara, Pesa Publications, s.310.

C. KONUMLARI BAKIMINDAN

Cumhurbaşkanı yardımcısı ile Sadrazam'ın konumları büyük ölçüde benzeşmektedir. Zira her ikisi de devlet başkanından sonraki en önemli kişi konumunda yer almaktadırlar. Yine her iki makam üzerinde de devlet başkanının hiyerarşik yetkileri bulunmaktadır. Ayrıca Sadrazam'ın da Cumhurbaşkanı yardımcısına benzer şekilde hem siyasi hem de idari bir yöne sahip olduğu söylenebilir. Zira Sadrazam'ın yürüttüğü idari nitelikteki birçok görevinin yanında, ülke siyasetine ilişkin faaliyetleri de söz konusu olmuştur.

D. DENETİMLERİ BAKIMINDAN

Cumhurbaşkanı yardımcısı ile Sadrazam'ın denetimleri bakımından bir mukayese yapıldığında, bazı farklılıklarla birlikte benzer yönlerin olduğu ifade edilebilir. Öncelikle Cumhurbaşkanı yardımcısının yasama organı tarafından denetlenebilmesi mümkün iken; Osmanlı Devletinde ayrı bir yasama organı bulunmadığından, Sadrazam'ın yasama organı tarafından denetlenebildiğini söylemek güçtür.

Bununla birlikte, siyasi denetim bakımından; her iki makamın da benzer olduğu söylenebilir. Zira yasama organının Cumhurbaşkanı yardımcısını gensoru ile görevden alabilmesi mümkün değildir. Yine Sadrazam da ancak devlet başkanı tarafından görevden alınabilmektedir. Bu çerçevede her iki makamın siyasi sorumluluğunun da devlet başkanına karşı olduğu söylenebilir. Benzer şekilde, idari denetim bakımından; her iki makamın da devlet başkanının hiyerarşik denetimine tabi olduğu ifade edilebilir.

Sadrazamdan farklı olarak, Cumhurbaşkanı yardımcısının yargısal denetimi bağlamında çeşitli usuller öngörülmüştür. Ancak gerek Yüce Divana sevk kararı alınırken çoğunluğun sağlanmasındaki zorluklar, gerekse Cumhurbaşkanı yardımcısının dokunulmazlıktan yararlanması karşısında; Cumhurbaşkanı yardımcısının denetlenmesinde kullanılacak en etkin yolun Cumhurbaşkanı tarafından yapılacak hiyerarşik ve siyasi denetim olduğu söylenebilir. Bu itibarla, Sadrazam'ın sadece Padişah'a karşı sorumlu olmasına ve sadece Padişah tarafından denetlenmesine benzer şekilde; uygulamada

Cumhurbaşkanı yardımcısının da en etkin şekilde Cumhurbaşkanı tarafından denetlenebileceği ifade edilebilir.

Son olarak kamuoyu denetimi bakımından da benzer hususların olduğu düşünülebilir. Zira Cumhurbaşkanı yardımcısı atama yoluyla göreve geldiğinden, halk tarafından seçimler yoluyla denetlenememektedir. Sadrazam da atanarak göreve geldiğinden doğrudan halk tarafından seçim yoluyla denetlenememektedir. Bununla birlikte; Osmanlı Devletinde Padişahlar, bazı hallerde casus tutarak bazı hallerde ise tebdil-i kıyafet ederek halkın arasına karışmış ve halkın şikâyetlerini dinlemişlerdir. Buradan hareketle, Osmanlı Devletinde de kamuoyu denetiminin sağlanması amacıyla çeşitli usullerin öngörüldüğü söylenebilir.

SONUÇ

Cumhurbaşkanı yardımcılığı ülkemiz idari teşkilatı için yeni bir makamdır. Bu nedenle, uygulamada ortaya çıkan sorunların ya da eksikliklerin giderilmesi amacıyla çeşitli reformlara konu edilebilir. Çalışmada, bu amaçla çeşitli düzenlemelerin yapılması önerilmiştir.

Ayrıca Cumhurbaşkanı yardımcısının Cumhurbaşkanlığı hiyerarşisine dahil olduğu ve bu ilişkide bakanlardan daha yukarıda konumlandırıldığı; göreve başlamak için ant içmesinin gerektiği; mevcut durumda, en etkin şekilde hiyerarşi ile denetlenebileceği ve Cumhurbaşkanlığı görevinin sona ermesiyle Cumhurbaşkanı yardımcılığı görevinin kendiliğinden sona ermeyeceği bu çalışmada tespit edilmiştir.

Çalışmada tespit edilen bir başka husus ise Cumhurbaşkanı yardımcılığının; göreve geliş ve görevden ayrılma şekli, devlet başkanına vekalet yetkisi, devlet teşkilatı içerisindeki konumu, sorumluluğu ve denetimi konularında Sadrazamlık ile benzer olduğudur. Buradan hareketle her ne kadar ismi farklı olsa da, Cumhurbaşkanı yardımcılığına benzer bir müessesenin Osmanlı Devleti döneminde de var olduğu söylenebilir.

Aslında bu durum yadırganmamalıdır. Zira Cumhurbaşkanlığı makamı, monarşi rejiminin yerini alan Cumhuriyet rejimlerinde; monarkın yerine

öngörülen ve oluşturulan bir makamdır¹⁷⁴. Bu gerçek karşısında; Osmanlı Devletinde Padişah'ın mutlak vekili olan Sadrazam yerine, Cumhuriyet rejimi ilkelerine uygun bir makamın öngörülmesi de olağan karşılanabilecek bir durumdur.

Sadrazamlığın, sayısı birden fazla olan vezirlerden birini daha önde konumlandırmak amacıyla teşkil edildiğinden yola çıkarak; benzer bir durumun Başbakanlık açısından da söz konusu olduğu, bu nedenle de Sadrazam'ın Başbakanlık ile benzeştiği düşünülebilirse de; Başbakan'ın devlet başkanına vekalet yetkisinin bulunmaması, meclis tarafından gensoru ile görevden alınabilmesi, bakanlar karşısında eşitler arasında birinci konumda olması gibi yönlerle Sadrazamlıktan ayrıldığı ifade edilebilir.

Cumhurbaşkanı yardımcısının, ilga edilmiş bir makam ile mukayese edilmesi; gereksiz bir karşılaştırma olarak görülebilir. Ancak Cumhurbaşkanı yardımcılığının, Cumhuriyet ilkelerine uygun şekilde iyileştirilmesi esnasında; sosyal, siyasal ve kültürel yapımızdan ortaya çıkan ve yüzyıllarca devlet geleneğimizde başarıyla uygulanan bir modelin tecrübesinden faydalanmanın yararlı olabileceği söylenebilir.

¹⁷⁴ Atay, s.215.

KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan** (2007) “Geçmişten Bugüne Mali İdare”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:73, s.372-432.
- Akçakaya, Murat/Özdemir, Abdulkadir** (2018) “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi ve Siyasal İstikrar”, Üçüncü Sektör Sosyal Ekonomi, C:3, S:53, s.922-944.
- Akgündüz, Ahmet** (1990) Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, Cilt: 1, İstanbul, FEY Vakfı Yayınları.
- Akgündüz, Ahmet** (2011) “Kamu Hukuku” *İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı* C:1, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman** (2017) İdare Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Der Yayınları.
- Akkaş, Ahmet Hulusi** (2020) “Cumhurbaşkanı Yardımcılarının ve Bakanların Ceza Sorumluluğu”, Ceza Hukuku Dergisi, C:15, S:42, s.151-173.
- Akyıldız, Ali** (2003) “Meclis-i Meşveret” *TDV İslam Ansiklopedisi* C:28, Ankara, TDV.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2019) Türk İdare Hukuku, 10. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Alkan, Haluk** (2018) “Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Kurumsal Özellikleri ve Demokratikleşme Sürecine Olası Etkileri”, Türkiye İletişim Araştırmaları Dergisi, S:Özel Sayı, s.139-153.
- Altun, Murat/Kuluçlu, Erdal** (2005) “Doktrin ve Mevzuat Işığında Kamuoyu Denetimine Genel Bir Bakış”, Sayıştay Dergisi, S:56, s.23-51.
- Anayurt, Ömer/Ekinci, Ahmet** (2017) “Tek Başlı Yürütme Esasına Dayalı Hükümet Sistemlerinde Başkan Yardımcılığı ve 2017 Anayasa Değişikliği ile Getirilen Sistemde Cumhurbaşkanlığı Kurumu Üzerine Karşılaştırmalı Bir Analiz” Prof. Dr. Zafer Gören Armağanı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Atar, Yavuz** (2019) Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Atay, Ender Ethem** (2019) İdare Hukuku, 7. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.

- Avcı, Mustafa** (2018) Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Konya, Atlas Akademi.
- Aydın, M. Akif** (2014) Türk Hukuk Tarihi, 12. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Aydın, M. Akif** (2020) Osmanlı Hukuku - Devlet-i Aliyye'nin Temeli, 1. Baskı, Ankara, Türk Diyanet Vakfı.
- Boyar, Oya/Çınarlı, Gülден** (2020) "Parlamentar Denetim Aracı Olarak İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:26, S:2, s.608-632.
- Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet** (2011) Türk Hukuk Tarihi, İstanbul, Osmanlı Araştırmaları Vakfı.
- Cin, Halil/Akyılmaz, Gül** (2019) Türk Hukuk Tarihi, 11. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Çağlayan, Ramazan** (2020) İdare Hukuku Dersleri, 9. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Danıştay 11. Daire**, E: 2001/481, K: 2003/5610, T: 22.12.2003, Legalbank, <https://ea70330bbfe919e2312426c9be35e661274d7d97.vetisonline.com/belge/d-11-d-e-2001-481-k-2003-5610-t-22-12-2003-vekalet-gorevi-ve-aylik-verilmesinin-sartlari/387590/> s.e.t. 07.12.2021.
- Doğan, Bayram/Erdoğan, Didem** (2021b) "Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ile Bakanların Sorumlulukları Meselesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:23, S:1, s.163-191.
- Doğan, Bayram/Erdoğan, Zahide** (2021a) "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Cumhurbaşkanı Yardımcıları ve Bakanlar", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:4, S:1, s.1-27.
- Ekinci, Murat** (2017) "İdare Hukuku Açısından Divan-ı Hümayun" *Uluslararası Politik, Ekonomik ve Sosyal Araştırmalar Kongresi Bildiri Özetleri Kitabı*, Ankara, Pesa Publications.
- Eroğlu, İzzet** (2006) "TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu", Yasama Dergisi, S:2, s.32-74.

- Gökçe, Turan** (1993) “Vüzera Kanunnamesi”, Tarih İncelemeleri Dergisi, C:8, S:1, s.99-125.
- Gözler, Kemal** (2016) “Elveda Kuvvetler Ayrılığı, Elveda Anayasa - 10 Aralık 2016 Tarihli Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri”, Ankara Barosu Dergisi, S:2016/4, s.25-36.
- Gözler, Kemal** (2018) Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözler, Kemal/Kaplan, Gürsel** (2020) İdare Hukuku Dersleri, 22. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözübüyük, A. Şeref** (2014) Yönetim Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Gülener, Serdar/Miş, Nebi** (2017) “Cumhurbaşkanlığı Sistemi”, Analiz, S:190.
- Günday, Metin** (2017) İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, İmaj Kitabevi.
- Halaçoğlu, Yusuf** (1991) XIV-XVII. Yüzyıllarda Osmanlılarda Devlet Teşkilatı ve Sosyal Yapı, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- İlgürel, Sevim** (1998) Hezarfen Hüseyin Efendi Telhisü'l-Beyan fi Kavanin-i Al-i Osman, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- İnalçık, Halil** (2003) Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ, 1. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları (Çeviren: Sezer, Ruşen (2002) The Ottoman Empire, The Classical Age, 3. Baskı, London, Phonenix Press).
- İnan, İbn-ül Emin Mahmut Kemal** (1982) Son Sadrazamlar, C:1, 3. Baskı, İstanbul, Dergah Yayınları.
- İpşirli, Mehmet** (2008) “Sadrazam”TDV *İslam Ansiklopedisi* C:35, Ankara, TDV.
- Kalabalık, Halil** (2019) İdare Hukuku Dersleri, C:I, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Kalabalık, Halil** (2021) İdare Hukuku Dersleri, C:II, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Kalkar, Ömer Şafak / Yemen, Öcal Aysun** (2020) “Bir İçerik Analizi: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Balıkesir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:1, S:2, s.1-30.

- Karal, Enver Ziya** (2007) *Osmanlı Tarihi*, C:6, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Karatepe, Şükrü** (2018b) *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Karatepe, Şükrü** (2018a) *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi.
- Kaşıkcı, Osman** (2015) “Osmanlı Devletinde Vezir-i Azam (Sadrazam)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C:21, S:2 (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan), s.111-117.
- Kaya, Cemil** (2011) “İdare Hukukunda Tedviren Görevlendirme”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:2, s.95-103.
- Köymen, Mehmet Altay** (2002) “Büyük Selçuklu Veziri Nizâmü’l-Mülk ve Tarihi Rolü” *Türkler Ansiklopedisi* C:5, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları.
- Mumcu, Ahmet** (1986) *Divanı-ı Hümayun*, 2. Baskı, Ankara, Birey ve Toplum Yayınları.
- Mutlu, Azer Ebru** (2019) “Hukuki Statüsü ve İdari Teşkilattaki Yeriyle Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sisteminde Cumhurbaşkan Yardımcıları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:1, s.119-132.
- Oksar, Mustafa** (2019) *2017 Anayasa Değişiklikleri Çerçevesinde Yürütme Erkinin Üstünlüğü*, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Onar, Sıddık Sami** (1966) *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C:2, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası.
- Ortaylı, İlber** (2017) *Türkiye Teşkilatı ve İdare Tarihi*, 6. Baskı, Ankara, Cedit Neşriyat.
- Önen, S. Mustafa** (2019) “Denetim” *Kamu Yönetimi Ansiklopedisi*, 2. Baskı, Ankara, Astana Yayıncılık.
- Özay, İl Han** (2017) *Günüşiğinde Yönetim*, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Özbudun, Ergun** (2020) *Türk Anayasa Hukuku*, 20. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Parlatır, İsmail/Gözaydın, Nevzat/Zülfikar, Hamza** (1998) *Türkçe Sözlük*, 9. Baskı, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayınları.

- Sancakdar, Oğuz/Önüt, Lale Burcu/Us Doğan, Eser/Kasapoğlu Turhan, Mine/Seyhan, Serkan** (2020) *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Satış, İhsan** (2011) “Sadâret’ten Başvekâlet’e Sadrazamlık”, *Turkish Studies*, C:6, S:3, s.1715-1728.
- TDK** (2021) “ant içmek”, <https://sozluk.gov.tr/> s.e.t. 08.09.2021.
- TİHEK** (2020) “2020 Yılı Faaliyet Raporu”, https://www.tihe.gov.tr/upload/file_editor/2021/02/1614496238.pdf s.e.t. 17.09.2021.
- Tunç, Hasan** (2019) *Türk Anayasa Hukuku (Ders Kitabı)*, 2. Baskı, Ankara, Gazi Kitabevi.
- Uğur, Ahmet** (1980) “Âsaf-Nâme-i Vezir Lütü Paşa”, *İslam İlimleri Enstitüsü Dergisi*, S:4, s.243-258.
- Uluslararası Şeffaflık Derneği** (2018) “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi-Şeffaflık, Hesap Verilebilirlik, Katılımcılık, Denge ve Denetleme”, <http://www.seffaflik.org/wp-content/uploads/2018/10/Cumhurbaşkanlığı-Hükümet-Sistemi.pdf> s.e.t. 24.09.2021.
- Ulusoy, Ali D.** (2020) *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (1988) *Osmanlı Devletinin Merkez ve Bahriye Teşkilatı*, 3. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı** (2011) *Osmanlı Tarihi (XVI. Yüzyıl Ortalarından XVII. Yüzyıl Sonuna Kadar)*, 6. Baskı, Ankara, Türk Tarih Kurumu.
- Üçok, Coşkun / Mumcu, Ahmet / Bozkurt, Gülnihal** (2015) *Türk Hukuk Tarihi*, 17. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Yaman, Ahmet Emin** (2002) “Sadr-ı Azamlık” *Türkler Ansiklopedisi* C:13, Ankara, Yeni Türkiye Yayınları.
- Yayla, Yıldızhan** (2010) *İdare Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Yeğin, Abdullah** (2008) *Yeni Lügat, Genişletilmiş Baskı*, İstanbul, Hizmet Vakfı Yayınları.

- Yetkin, Aydın** (2012) “Divan-ı Hümayun”, The Journal of Academic Social Science Studies, C:5, S:5, s.353-390.
- Yıldız, Abdulkadir** (2018) “Amerika Birleşik Devletleri’nde Başkan Yardımcısı ile Türkiye’de Cumhurbaşkanı Yardımcısının Karşılaştırılması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:13, S:1, s.509-534.
- Yürük, Hüseyin** (2019) “Osmanlı Devleti’nde Son Dönem Kamu Yönetimi Sorunları ve Reform Çabaları”, Türk İdare Dergisi, S:488, s.525-557.

ANALYSE EINES KLASSISCHEN URTEILS DES BVerfG ZUM THEMA MEINUNGSFREIHEIT UND EHRENSCHUTZ: „SOLDATENURTEIL“*

Wiss. Mit. Can Eralp ELİBOL**

ZUSAMMENFASSUNG

Die Meinungsfreiheit ist eines der wichtigsten Grundrechte, die in liberal-demokratischen Rechtsstaaten anerkannt sind. Mithilfe der Meinungsfreiheit haben die Menschen die Möglichkeit, ihre Gedanken auszudrücken. Es ist nicht wichtig, ob die Mehrheit oder Minderheit der Gesellschaft dieser Meinungen annimmt. Vielmehr spielt die Meinungsfreiheit eine wichtige Rolle beim Schutz der Minderheit im Fall ihrer Meinungsäußerung. Deswegen genießen die zu der Minderheit gehörenden Personen die freie Meinungsäußerung, um eine neue soziale Debatte einzuleiten oder eine Meinung in einer bestehenden sozialen Debatte zu äußern und sicherzustellen, sodass ihre persönlichen Ansichten berücksichtigt werden können. Aufgrund der Wichtigkeit der Meinungsfreiheit wird Verfassungsschutz geboten. Tatsächlich wird die Meinungsfreiheit in Art. 5 Grundgesetz (GG) als Grundrecht gewährleistet. Aber die Meinungsfreiheit darf ohne Einschränkungen nicht genossen werden. In Art. 5 Abs. 2 GG wird beschrieben, in welchen Fällen die Meinungsfreiheit beschränkt wird. Einer von diesen Fällen ist die persönliche Ehre. Wenn es um die Ehre des Einzelnen geht, wird die Meinungsfreiheit nach der gesetzlichen Regelung beschränkt. In diesem Zusammenhang sind Meinungsfreiheit und persönliche Ehre zwei gegensätzliche Interessen. Diese Interessen sollen ausgeglichen werden. In diesem Aufsatz geht es um die Entscheidung sog. „Soldatenurteil“ des BVerfG hinsichtlich der Einstellung dieses Gleichgewichts, gegen die kritische Stimmen der Politiker und Gesellschaft hervorgerufen wurden.

Schlüsselwörter: „Soldatenurteil“, Ehrenschatz, Meinungsfreiheit, Diffamierung, Schmähkritik.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.913568- Geliş Tarihi: 11.04.2021 – Kabul Tarihi: 10.01.2022.

** Türkisch-Deutsche Universität, Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht, can.elibol@tau.edu.tr ORCID: 0000-0001-5866-2224.

ALMAN ANAYASA MAHKEMESİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE KİŞİLERİN ONURUNUN KORUNMASI HAKKINDA KLASİKLEŞMİŞ "ASKER KARARI" ÜZERİNE BİR İNCELEME

ÖZET

İfade özgürlüğü, liberal demokratik hukuk devletlerinde tanınmış en önemli bireysel hak ve özgürlüklerden biridir. İfade özgürlüğü sayesinde kişiler düşüncelerini açıklama imkânına sahip olurlar. Bu düşünceleri toplumun çoğunluğunun veya azınlığının benimsemesi önem arz etmez. Bununla birlikte, ifade özgürlüğünün azınlığın düşüncelerini ifade ederken sağladığı hukuki koruma sebebiyle özellikle önemli olduğu söylenebilir. Böylelikle toplumun azınlığını temsil eden fikirlere sahip bireyler, yeni bir toplumsal tartışma ortaya çıkarmak yahut hâlihazırda mevcut olan toplumsal bir tartışmada görüş beyan etmek için ifade özgürlüğünden faydalanırlar ve kendi görüşlerinin de hesaba katılmasını sağlarlar. İfade özgürlüğünün önemine binaen anayasal bir koruma sağlanmaktadır. Nitekim Alman Anayasası'nın "Temel Haklar" başlığı altında 5. maddesinde ifade özgürlüğü garanti altına alınmıştır. Ancak ifade özgürlüğü hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın istifade edilebilen bir hak değildir. Alman Anayasası'nın 5. maddesinin 2. fıkrasında ifade özgürlüğünün hangi hâllerde sınırlamaya tabi tutulduğu ifade edilmektedir. Bunlardan biri de bireylerin onurudur. Bireylerin onurunun söz konusu olduğu hâllerde ifade özgürlüğü kanunda belirtilen sınırlamalara tabidir. Bu bağlamda kişilerin ifade özgürlüğü ile bireylerin onuru çatışan iki menfaattir. Bunların arasında bir dengenin kurulması gerekir. Bu dengenin nasıl kurulacağı ile ilgili olarak Alman Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu ve verildiği dönemde oldukça tepki çeken "*Asker Kararı*", bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: "Asker Kararı", Kişinin Onurunun Korunması, İfade Özgürlüğü, Sövme, Aşığılayıcı Eleştiri.

I. EINFÜHRUNG

„Soldaten sind Mörder“ ist bisher eines der am häufig diskutierten Urteile gewesen¹. Der Inhalt dieser Diskussion beruhte auf die Zeitschrift von Kurt Tucholsky, die im Jahr 1931 in der Zeitung „Weltbühne“ veröffentlicht wurde². Besonders das folgende Zitat in dieser Zeitschrift führte zu einer starken Diskussion: „Da gab es vier Jahre lang ganze Quadratmeilen Landes, auf denen war der Mord obligatorisch, während er eine halbe Stunde davon entfernt ebenso streng verboten war. Sagte ich: Mord? Natürlich Mord. Soldaten sind Mörder.“³. Die Gedanken von Tucholsky über die Soldaten und die Bundeswehr hatten mehrere Personen geärgert, und Carl v. Ossietzky, der der damalige Redakteur der Zeitung war, wurde wegen Vorwurf der Beleidigung der Reichwehr verurteilt, da Tucholsky das Land verlassen hatte. Carl v. Ossietzky wurde freigesprochen, da die Betroffenen in diesem Fall keine konkreten Personenwaren⁴.

Nach diesem Ereignis wurde „Soldaten sind Mörder“ oder „Soldaten sind potentielle Mörder“ das Motto der Kriegsdienstverweigerer gewesen. Sie wurden als Beschwerdeführer (Bf.) zur Geldstrafe verurteilt, und dann wurde diese Sache im Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vorgenommen. BVerfG musste auf die in Art. 5 I GG gewährleistete Meinungsfreiheit und in Art. 5 II GG gewährleisteten Ehrenschutz Rücksicht nehmen und dieses Problem lösen. Zum Schluss hatte das BVerfG den Spielraum der Meinungsfreiheit verbreitet.

¹ **Collings, Justin** (2015) *Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court: 1951-2001*, New York, Oxford University Press, s.266.

² **Schmidt-De Caluwe, Reimund** (1992) "Von "potentiellen" und "geborenen Mördern" - Zwei neue Entscheidungen des BVerfG zur Meinungsäußerungsfreiheit", NVwZ, Heft: 12, s.1166.

³ **Tucholsky, Kurt** (1931) "Der bewachte Kriegsschauplatz": Die Weltbühne, <<https://www.textlog.de/tucholsky-kriegsschauplatz.html>> s.e.t. 15.11.2020.

⁴ **Dursun, Selman** (2018) "Bericht über die Entscheidung ‚Soldaten Sind Mörder‘ Meinungsfreiheit und Ehrschutzdelikte": Yenisey, Feridun/Özgenç, İzzet/Nuhoğlu, Ayşe/Sözüer, Adem/Turhan, Faruk (Hrsg.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.91.

II. SCHILDERUNG ZUM SACHVERHALT

Die Entscheidungen des BVerfG wurden für die vier unterschiedlichen Fälle getroffen. Der erste Fall fasst die Aktion eines Beschwerdeführers über die Bundeswehr zusammen. Er hatte negative Meinungen über die Bundeswehr bzw. die Soldaten und hat sie auf ein Bettuch geäußert bzw. veröffentlicht. Darauf stand „*A Soldier is a Murder (=ein Soldat ist ein Mord)*“.

Der zweite Fall ähnelt dem ersten Fall und ist über die Aussage eines Beschwerdeführers. Wegen seiner Karikaturen über die Bundeswehr und Soldaten auf einem Flugblatt wurde er bestraft. Auf dem Flugblatt wurde die Frage „*Sind die Soldaten potentielle Mörder?*“ gestellt und affirmativ beantwortet.

Im dritten Fall hatte der Beschwerdeführer eine Strafe bekommen, da er in der Zeitung einen Lesebrief, der so ein Zitat „*Alle Soldaten sind potentielle Mörder sind!*“ einleitete, veröffentlicht hat.

Im letzten Fall geht es um die Verteilung eines Flugblattes von einzigen Kriegsdienstverweigerern, und auf dem Flugblatt stand „*Soldaten sind potentielle Mörder*“. Hier wurde der Beschwerdeführer wie in den schon beschriebenen drei Fällen bestraft.

III. PROZESSGESCHICHTE

Im ersten Fall, nämlich 1 BvR 1476/91, stellte ein Bundeswehroffizier gegen den Beschwerdeführer Strafantrag. Im Jahr 1989 verurteilte das Amtsgericht Ansbach dem Beschwerdeführer zu einer Geldstrafe, weil er wegen der Beleidigung schuldig war. Dann bestätigte Landgericht Ansbach die Entscheidung des Amtsgerichts im Jahr 1990, und 1991 verwarf das Bayerische Oberste Landesgericht die Revision.

Im zweiten Fall, und zwar 1 BvR 1980/91, stellten ein Bundeswehroffizier und das Bundesverteidigungsministerium die Strafanträge gegen den Beschwerdeführer. Im Jahr 1990 verurteilte das Amtsgericht Landsberg dem Bf. zu einer Geldstrafe. Denn er beleidigte sowohl die Soldaten der Bundeswehr als auch die Bundeswehr. Und das Landgericht Augsburg erhöhte die Geldstrafe

und im Übrigen bestätigte die Entscheidung des Amtsgerichts. Letztlich verwarf das Bayerische Oberste Landesgericht die Revision im Jahr 1991.

Im dritten Fall, also 1 BvR 102/92, stellten daraufhin mehrere Soldaten die Strafanträge. Da er die Soldaten beleidigte, verurteilte das Amtsgericht dem Bf. zu einer Geldstrafe, dann verwarfen das Landgericht Mainz und das Oberlandesgericht Koblenz im Jahr 1991 die Revisionsanträge des Beschwerdeführers.

Im vierten und letzten Fall, nämlich 1 BvR 221/92, stellten drei aktive Soldaten Strafanträge gegen die Beschwerdeführerin. Im Jahr 1990 verurteilte das Amtsgericht München die Bf. wegen der gemeinschaftlichen Beleidigung zu einer Geldstrafe. Dann verwarfen das Landgericht München I und das Bayerische Oberste Landesgericht die Revision.

In diesen vier Fällen hob der Erste Senat des BVerfG die Urteile auf. Dann verwies das BVerfG die Sache an die oben erwähnten Amtsgerichte zurück.

IV. RECHTSPROBLEME

Hier gibt es einige Rechtsprobleme, die fast alle vom BVerfG gelöst wurden. Die Probleme fallen in die Bereiche des Verfassungsrechts und des Strafrechts ein. Da in den konkreten Fällen herabsetzende Äußerungen vorhanden sind, kommt § 185ff. StGB in Betracht. Erstes Problem ist, ob das Beleidigungsdelikt verfassungsmäßig betrachtet werden kann oder nicht. Falls es bejaht wird, dann ist das zweite Problem, ob § 185 StGB auch Kollektivbeleidigung (insbesondere staatliche Einrichtungen) enthält. Mit anderen Worten muss es festgelegt werden, ob die herabsetzenden Äußerungen, die bestimmte Berufsgruppen, Institutionen oder staatliche Einrichtungen betroffen haben, strafrechtlich relevant sind. Das letzte Problem ist, dass im Fall stehende Aussage beschränkt sein kann, weil diese herabsetzenden Äußerungen als Schmähkritik bzw. Diffamierung einzelner Soldaten und Bundeswehr bewertet werden können.

V. ERGEBNISSE UND BEGRÜNDUNGEN

Das BVerfG entschied sich über die Verfassungsmäßigkeit von § 185 StGB, dass keine drastischen verfassungsrechtlichen Gedanken gegen ihn bestanden⁵. Obwohl § 185 StGB keine Definition enthält, ist diese Norm nicht unbestimmt, da „über hundertjährige und in der wesentlich einhelligen Rechtsprechung einen hinreichend klaren Inhalt erlangt“⁶. Außerdem verfolgt § 185 StGB einen legitimen Zweck, nämlich den Ehrschutz⁷. Deswegen fand BVerfG die Regelung verfassungsmäßig.

Bezüglich des zweiten Problems umfasst der Schutz von § 185 StGB nicht nur die Personen, sondern auch die Behörden bzw. staatliche Einrichtungen⁸. Allerdings können die staatlichen Einrichtungen nicht als Träger des allgemeinen Persönlichkeitsrechts genannt werden⁹, und sie können keine persönliche Ehre besitzen. Trotzdem brauchen sie gesellschaftliche Akzeptanz, um ihre öffentlichen Aufgaben erfüllen zu können¹⁰. Deshalb genießen staatliche Einrichtungen den Schutz von § 185 StGB, aber nur in dem engeren Sinne. Solcher Schutz darf nicht dazu führen, staatliche Einrichtungen von im Art. 5 GG gewährleisteten Grundrecht abzuschirmen¹¹.

Als letztes muss es bestimmt werden, ob die Meinungsfreiheit der Beschwerdeführer verletzt wurde. Zunächst müssen die Äußerungen der Bf. ausgelegt werden, sodass die echte Deutung der Äußerungen herauskommen. Das ist ziemlich wichtig, weil wenn die Schmähkritik¹² in Frage kommt, tritt die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschutz zurück¹³. Im Prinzip sind

⁵ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 1995, - 1 BvR 1476/91 -, Rn.112, <http://www.bverfg.de/e/rs19951010_1bvr147691.html> s.e.t. 15.11.2020.

⁶ 1 BvR 1476/91, Rn.116.

⁷ Wie die Schranke vom Art. 5 II GG.

⁸ 1 BvR 1476/91, Rn.115.

⁹ 1 BvR 1476/91, Rn.115.

¹⁰ 1 BvR 1476/91, Rn.115.

¹¹ 1 BvR 1476/91, Rn.115.

¹² Schmähkritik kommt in Frage, wenn eine Meinungsäußerung *jenseits polemischer und überspitzter Kritik* in der Diffamierung der Person besteht. (Badura, Peter (2018) Staatsrecht, 7. überarbeitete Aufl., München, C.H. Beck, s.237.)

¹³ 1 BvR 1476/91, Rn.122.

die Auslegung und Anwendung der Strafgesetze die Sache von den Strafgerichten¹⁴. Allerdings unterliegt die Nachprüfung der Meinungsäußerungen durch das BVerfG, wenn es insbesondere einen intensiven bzw. „*repressiven und prohibitiven*“¹⁵ Grundrechtseingriff gibt¹⁶. Alle Umstände und alternativ kontextbezogene Deutungen bewertet werden müssen¹⁷. Denn der Sinn einer Äußerung kann nicht immer durch ihren Wortlaut determiniert werden¹⁸. Das Ziel ist, der objektive Sinn einer Äußerung zu ermitteln¹⁹. In den vorliegenden Fällen nahmen die Gerichte die nicht kontextbezogene Deutung an, und das führte zur starken strafrechtlichen Verantwortung der Beschwerdeführer²⁰. Die obengenannten herabsetzenden Äußerungen der Beschwerdeführer richteten nicht überhaupt auf einzelne Soldaten oder die Bundeswehr, sondern alle Soldaten gemeinsam²¹. Darüber hinaus lassen sich diese Äußerungen nicht so interpretieren, dass die Soldaten subjektive Merkmale des § 211 StGB erfüllten²². Es wäre keine kontextbezogene Auslegung. Außerdem legte das BVerfG es fest, dass auf die unüberschaubaren großen Gruppen richteten herabsetzenden Äußerungen die persönliche Ehre jedes einzelnen Angehörigen verletzen können²³. Und alle Soldaten sind wie „*alle Frauen*“ oder „*alle Katholiken*“ unüberschaubar²⁴. Nach der Entscheidung des BVerfG können herabsetzende Äußerungen über bestimmte Personen oder

¹⁴ 1 BvR 1476/91, Rn.117.

¹⁵ **Badura**, s.240.

¹⁶ 1 BvR 1476/91, Rn.127.

¹⁷ 1 BvR 1476/91, Rn.130.

¹⁸ **Grimm, Dieter** (1995) "Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", NJW, Heft: 27, s.1697.

¹⁹ 1 BvR 1476/91, Rn.125.

²⁰ 1 BvR 1476/91, Rn.131.

²¹ 1 BvR 1476/91, Rn.132.

²² 1 BvR 1476/91, Rn.133; Diese Äußerungen wurden umgangssprachlich benutzt. Und sie dürfen kein fachspezifischer Sinn bewertet werden. (**Kühl, Kristian** (2018) Lackner/Kühl Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München, C.H. Beck, StGB § 193 Rn. 12.)

²³ 1 BvR 1476/91, Rn.139.

²⁴ Aber alle Juden, die in Deutschland leben, könnte nicht als eine unüberschaubare Gruppe bewertet werden. (**Jäger, Christian** (2011) Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil, 4. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, §4 Rn.150.)

Personenvereinigungen nur in dem engeren Sinne als Schmähkritik in Betracht kommen²⁵. Da die Äußerungen der Bf. nicht auf bestimmte einzelne Soldaten in der Bundeswehr richteten, war es unmöglich, diese Äußerungen als Schmähkritik zu nennen. Obwohl sie scharfe Kritiken waren, konnten sie als keine Schmähkritik bzw. Diffamierung der Personen angesehen werden, weil die Beschwerdeführer mit diesen Äußerungen die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage, „*ob der Krieg oder Kriegsdienst und die damit verbundene Tötung sittlich ist*“²⁶, eine bestimmte Stellung nahmen.

VI. FRÜHERE RECHTSPRECHUNG

Sinnermittlung zu machen ist nicht neu für das BVerfG. Das BVerfG betont die Wichtigkeit, die Äußerungen im Kontext zu interpretieren. Andernfalls macht das BVerfG eine kontextbezogene Auslegung für von den Fachgerichten aus ihrem Zusammenhang gelöste Äußerungen²⁷.

Vor etwa 50 Jahre gab es einen berühmten Tucholsky-Fall, womit sich das BVerfG erstmals mit den Fällen hinsichtlich der Ehre der Soldaten und der Bundeswehr beschäftigte. Wegen der obenerwähnten Äußerungen Tucholskys wurde der Strafantrag gegen Tucholsky und den Chefherausgeber Ossietzky gestellt. Obwohl es zum Strafverfahren wegen der Beleidigung der Reichswehr zugelassen wurde, hatte den Angekl. (also Ossietzky, weil Tucholsky im Exil war.) freigesprochen²⁸. Im Jahr 1932 bestätigte dann das KG den Freispruch-Entscheidung, die zur Revision kam. Denn diese Äußerungen Tucholskys richteten nicht auf bestimmten Soldaten oder erkennbare Weise auf die deutsche Wehrmacht, obwohl die Meinungsäußerungen scharf und ungeheuerlich waren²⁹.

²⁵ 1 BvR 1476/91, Rn.147.

²⁶ 1 BvR 1476/91, Rn.146.

²⁷ Sehen Sie auch: BVerfG, Beschluß vom 13. 5. 1980 - 1 BvR 103/77, NJW 1980, s.2069.

²⁸ **Geppert, Klaus** (2013) "Zur Frage strafbarer Kollektivbeleidigung der Polizei oder einzelner Polizeibeamter durch Verwendung des Kürzels „a.c.a.b.“, NStZ, s.554.

²⁹ **Geppert**, s.554.

VII. LITERARISCHES ECHO UND ABWEICHENDE MEINUNG

Es ist umstritten, ob Verbände, Personenvereinigungen, juristische Personen, Behörden oder staatliche Einrichtungen (passiv) beleidigungsfähig sind. Nach der h.M. sind alle diese Personengemeinschaften, unter allem die Bundeswehr, trotz des klaren Wortlaut des § 194 StGB beleidigungsfähig, soweit sie „*rechtlich anerkannte soziale Funktion*“ erfüllen und „*einen einheitlichen Willen*“ bilden können³⁰. Und die Bundeswehr erfüllt gem. Art. 87a GG alle diese zwei Voraussetzungen³¹. Auf der anderen Seite ist die Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung möglich nur dann, wenn die Person zu einer überschaubaren Gruppe gehört und auf Grund einer Äußerung ihre Ehre verletzt³². Angesichts dieser Auskünfte bezeichnet die Aussage „*Alle Soldaten sind Mörder*“ alle Soldaten in der Welt und das ist grundsätzlich zu weit bzw. pauschal, deswegen kommt keine Kollektivbeleidigung (Sammelbeleidigung)³³ in Frage³⁴. Dagegen individualisiert die Aussage „*Alle Soldaten sind potentielle Mörder. Auch Sie Herr X*“ in der Persönlichkeit des Herrn X, deshalb macht sich der Bf. sich wegen der Beleidigung (gem. § 194 StGB) strafbar³⁵.

Die vorliegenden Fälle und der Beschluss vom BVerfG erregt Aufsehen auch in der deutschen Literatur. Nach einer Ansicht ist die Entscheidung des

³⁰ **Eisele, Jörg** (2012) Strafrecht - Besonderer Teil I, 2. überarbeitete Aufl., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, StGB § 185 Rn.584; **Wessels, Johannes/Hettinger, Michael** (2012) Strafrecht Besonderer Teil 1, 36., neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, § 10 Rn.468; **Jäger**, § 4 Rn.151; **Schmidhäuser, Eberhard** (1983) Strafrecht Besonderer Teil, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Sieback), § 5 Rn.5; **Rengier, Rudolf** (2015) Strafrecht Besonderer Teil II, 16. Aufl., München, C.H. Beck, § 28 Rn.10; Hier wird vom *Autoritätsschutz* besprochen, nicht die Ehre der Kollektivpersonen. (**Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred** (2009) Strafrecht Besonderer Teil: Teilband 1, 10. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, § 24 Rn.14.)

³¹ **Jäger**, § 4 Rn.153; **Maurach/Schroeder/Maiwald**, § 24 Rn.16.

³² **Wessels/Hettinger**, § 10 Rn.473; **Schmidhäuser**, § 5 Rn.6.

³³ Hier geht es um mehrere Einzelbeleidigungen, die kollektiv bezeichnet werden. (**Rengier**, § 28 Rn.13.)

³⁴ **Jäger**, § 4 Rn.153; **Möller, Thomas** (2016) Der Grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA, Baden-Baden, Nomos, s.260.

³⁵ **Jäger**, § 4 Rn.153.

BVerfG im Ergebnis richtig, aber das BVerfG versäumte, die Kollektivbeleidigung wegen Art. 103 II GG aus dem Bereich des Strafrechts endgültig zu entfernen³⁶. Stattdessen erkannte die Fähigkeit der Beleidigung der Bundeswehr und deren Soldaten an³⁷. In den vorliegenden Fällen gab es keinen „*individuellen Angriff einer Person*“, sondern „*ein politisch-moralisches Problem*“³⁸. Dagegen spricht, dass die Bezeichnung der Soldaten, die eine wichtige gesellschaftliche Funktion wahrnehmen, als Mörder nicht nötig und daher gerechtfertigt ist³⁹, weil sich eine Demokratie durch keine herabsetzenden und verdorbenen Äußerungen auszeichnet. In einer demokratischen Gesellschaft ist solche Toleranz eine notwendige Bedingung⁴⁰.

Gegen den Beschluss vom BVerfG schrieb die Richterin des BVerfG Dr. Haas eine abweichende Meinung. Dort lehnte sie die Meinung der Mehrheit ab. Ihrer Meinung nach haben die Fachgerichte die Obligation, die Aufklärung und Würdigung des Sachverhalts zu bestimmen. Und das BVerfG darf nur in dem engeren Sinne nachprüfen⁴¹. In den vorliegenden Fällen gab es keine Besonderheiten, für das BVerfG selbst die Äußerungen auszulegen⁴².

³⁶ **Gounalakis, Georgios** (1996) "Soldaten sind Mörder", NJW, Heft: 8, s.486.

³⁷ **Gounalakis**, s.486.

³⁸ **Gounalakis**, s.487.

³⁹ **Bützler, Volker/Ersan, Aykut** (2014) "Die Strafrechtlichen Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit im deutschen und türkischen Recht": Gropp, Walter/Öztürk, Bahri/Sözüer, Adem/Wörner, Liane (Hrsg.), Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden, Nomos, s.276-277.

⁴⁰ Nach einem damaligen Interview fand die Mehrheit der Befragten die Aussage „Soldaten sind Mörder“ falsch. [**Goldschmidt, Werner** (1996) "Judicial Correctness?", KJ, Vol. 29, Issue: 1, s.109; **Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf** (2007) Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichtes, Baden-Baden, Nomos, s.66.]

⁴¹ 1 BvR 1476/91, Rn.183.

⁴² 1 BvR 1476/91, Rn.184.

VIII. PERSÖNLICHE MEINUNG

Meiner Meinung nach ist die Meinungsfreiheit ein essentielles Grundrecht für liberal demokratischen Staat. Deswegen sollte derverbreitete Spielraum dieses Grundrechts im Vordergrund stehen. Das gilt nicht nur für das Parlament, das auf die Meinungsfreiheit achtete und verbreitete Gesetze beschließen sollte, als auch die Gerichte, die mit der Auslegung der Regelungen verpflichtet sind. Die Gerichte sollten die Vorschriften, die Risiko zur Gefahr für die Meinungsfreiheit darstellen, zugunsten der Meinungsfreiheit interpretieren. Deshalb finde ich den Beschluss vom BVerfG im Ergebnis ein Gewinn für die Meinungsfreiheit, weil nach der Entscheidung des BVerfG zwei Kriterien für die strafrechtliche Verantwortung der Kollektivbeleidigung erfüllt werden müssen. Erstes Kriterium ist, eine Gruppe muss überschaubar sein, und das zweite Kriterium ist, die Ehre der Person muss wegen seiner Angehörigkeit zu dieser Gruppe verletzt werden. Falls diese Kriterien nicht erfüllt werden, kommt die Kollektivbeleidigung nicht in Frage. Diese Annäherung des BVerfG verbreitet den Spielraum der Meinungsfreiheit. Allerdings lege ich es fest, dass der Beschluss des BVerfG auch eine negative Wirkung auf die Meinungsfreiheit hat. Denn das BVerfG erfasst die Möglichkeit der Kollektivbeleidigung. Anstatt dessen interpretierte das BVerfG § 185 StGB so, dass der Paragraph auch die Kollektivbeleidigung umfasst, d.h. bestimmte Berufsgruppen, Institutionen oder staatliche Einrichtungen sind beleidigungsfähig, solange sie wichtige soziale Funktionen erfüllen. Aus diesem Grund brauchen sie gesellschaftliche Akzeptanz, um ihre Funktionen zu erfüllen. Das BVerfG begründete seine Entscheidung, sodass es die Chance verlor, die Kollektivbeleidigung in allen Fällen aus dem Strafrecht zu verbannen. M.E. wäre solche Verbannung noch nicht ausreichend, weil das Beleidigungsdelikt vom Bereich des Strafrechts ausgeschlossen sein sollte, denn strafrechtliche Sanktionen sollten als letztes Mittel bleiben, und die Meinungsfreiheit sollte größeren Spielraum in einem liberalen Staat haben. Die Beleidigung stellt ein Unrecht dar, aber es reicht nicht für strafrechtliche Verantwortung, d.h. die Anerkennung strafrechtlicher Sanktionen, vor allem Freiheitsstrafe, für Beleidigung ist unverhältnismäßig. Im Endeffekt ist Beleidigung ein mündlicher Angriff und solcher verbale Angriff kann eine Entschädigung genügen. Noch mehr kann sie eine Rolle im

Strafrecht spielen. Als Beispiel kann es einen Milderungsgrund für strafrechtliche Verantwortung eines Täters in der Strafbemessungsphase sein. Aber meiner Meinung nach könnte oder dürfte die Beleidigung nicht als Delikt bleiben und die Meinungsfreiheit der Personen stark und unverhältnismäßig bedrohen, deshalb sollte dieses Delikt komplett außer Kraft setzen werden.

SCHLUSS

Die Meinungsfreiheit wurde im Art. 5 GG gewährleistet und auf diese Weise hat sie eine freiheitliche demokratische Staatsordnung gesichert⁴³. Jeder kann frei unabhängig davon sagen, dass die Äußerungen wahr und nachprüfbar sind oder nicht⁴⁴. Allerdings hat die Meinungsfreiheit auch ihre Schranken, die in Art. 5 II GG geschrieben haben. Einer dieser Schranken ist das Recht der persönlichen Ehre⁴⁵. Die persönliche Ehre lässt sich durch allgemeine Gesetze gewährleisten. Dies umfasst auch das Strafgesetzbuch⁴⁶. Strafrechtlicher Ehrenschatz durch das StGB kommt häufig mit dem § 185 ff. in Betracht. Aber so weit ausdehnende Interpretation des Begriffs der Beleidigung wäre unzulässig, weil solche Auslegung keinen Raum für die Meinungsfreiheit ließe⁴⁷. Wenn auf einzelne Personen oder Personenvereinigungen angelegt herabsetzende Äußerungen als Schmähkritik bewertet werden, tritt der Schutz

⁴³ **Kannengießner, Christoph** (2011) "Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre": Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Art. 5 GG Rn.2.

⁴⁴ **Jarass, Hans D.** (2012) "Kommunikationsfreiheiten; Kunst- und Wissenschaftsfreiheit": Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., München, C.H. Beck, Rn.2; **Badura**, s.235; **Grimm**, s.1697.

⁴⁵ Wenn es Diskussion mit der persönlichen Ehre gibt, kommt die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede in der Regel in Betracht. (**Kingreen, Throsten/Poscher, Ralf** (2018) Grundrechte Staatsrecht II, 34. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, § 13 Rn.705.)

⁴⁶ **Badura**, s.236.

⁴⁷ **Grabenwarter, Christoph** (2020) "Recht der freien Meinungsäußerung": Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar: Band I, 92. Lieferung, München, C.H. Beck, GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 200.

des Art. 5 GG wegen des Angriffs der persönlichen Ehre zurück⁴⁸. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG ist es klar, Kollektivbeleidigung unter bestimmten Umständen zu ermöglichen⁴⁹. Wenn die herabsetzenden Äußerungengeprüft werden, dass sie ein Angriff auf persönliche Ehre jedes Mitglieds der Gruppen enthalten, dann kann die Meinungsfreiheit beschränkt werden.

Angesichts dieser Informationen fand das BVerfG zunächst § 185 ff. StGB verfassungsmäßig. Und legte das BVerfG dar, dass diese Paragraphen auch die Kollektivbeleidigung umfasst. Aber in den vorliegenden Fällen richteten die Äußerungen der Beschwerdeführer nicht auf die bestimmten Soldaten der Bundeswehr oder die Bundeswehr selbst, sondern auf alle Soldaten in der Welt. Je unüberschaubarer der Umfang der herabsetzenden Äußerungen ist, desto schwerer ist die persönliche Betroffenheit jedes Mitglieds mit diesen Äußerungen. Deshalb sind alle Soldaten ein größeres Kollektiv. Und die Gerichte verkannten dies, weil die Auslegung der Gerichte, die diese kollektiven Äußerungen auch die aktiven Soldaten der Bundeswehr enthalten, nicht richtig ist. Sonst würdesolche Interpretation den Spielraum der Meinungsfreiheit mildern. Darüber hinaus trugen diese Äußerungen der Bf. zu einer öffentlichen Auseinandersetzung bei, und zwar ob die Tötungshandlung der Soldaten sittlich ist, bei. Die Soldaten müssen diese Äußerungen tolerieren⁵⁰. Zum Schluss hatte sich das BVerfG so entschieden, dass das Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 5 I GG verletzt war. M.E. verpasste das BVerfG die Chance, das Beleidigungsdelikt aus dem Bereich vom Strafrecht auszuschließen. Die Meinung „Diffamierung einer Person verletzt die Ehre dieser Person“ kann ich auch bejahen, aber der Schutz der Ehre sollte durch

⁴⁸ **Bethge, Herbert** (2018) "Meinungs-, Pressefreiheit, Rundfunk, Freiheit der Kunst und Wissenschaft": Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München, C.H. Beck, Art.5 GG Rn.33.

⁴⁹ **Schemmer, Franz** (2020) "Recht der freien Meinungsäußerung": Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Edition, München, C.H. Beck, GG Art. 5 Rn. 119.1.

⁵⁰ Toleranz wird als *tragendes Prinzip der Grundrechte* genannt und *im engen Bezug zum Pluralismus* in liberal-demokratischen Staat angesehen. (**Glaeser, Walter Schmitt** (1996) "Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot", NJW, Heft: 14, s.873.)

geringeres eingreifendes rechtliches Mittel rechtfertigen. Denn die strafrechtlichen Sanktionen für verbalen Angriff sind zu eingreifend, dass das auch höheres Risiko trägt, die Meinungsfreiheit unverhältnismäßig zu gefährden.

LITERATUR

- Badura, Peter** (2018) Staatsrecht, 7. überarbeitete Aufl., München, C.H. Beck.
- Bethge, Herbert** (2018) "Meinungs-, Pressefreiheit, Rundfunk, Freiheit der Kunst und Wissenschaft": Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 8. Aufl., München, C.H. Beck.
- Bützler, Volker/Ersan, Aykut** (2014) "Die Strafrechtlichen Grenzen der Meinungsäußerungsfreiheit im deutschen und türkischen Recht": Gropp, Walter/Öztürk, Bahri/Sözüer, Adem/Wörner, Liane (Hrsg.), Die Entwicklung von Rechtssystemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden-Baden, Nomos, s.239-283.
- BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 1995, - 1 BvR 1476/91 -, http://www.bverfg.de/e/rs19951010_1bvr147691.html s.e.t. 15.11.2020.
- BVerfG, Beschluß vom 13. 5. 1980 - 1 BvR 103/77, NJW 1980, s.2069-2070.
- Collings, Justin** (2015) Democracy's Guardians: A History of the German Federal Constitutional Court: 1951-2001, New York, Oxford University Press.
- Dursun, Selman** (2018) "Bericht über die Entscheidung ‚Soldaten Sind Mörder‘ Meinungsfreiheit und Ehrschutzdelikte": Yenisey, Feridun/Özgenç, İzzet/Nuhoğlu, Ayşe/Sözüer, Adem/Turhan, Faruk (Hrsg.), Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.91-100.
- Eisele, Jörg** (2012) Strafrecht - Besonderer Teil I, 2. überarbeitete Aufl., Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer.
- Gawron, Thomas/Rogowski, Ralf** (2007) Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichtes, Baden-Baden, Nomos.
- Geppert, Klaus** (2013) "Zur Frage strafbarer Kollektivbeleidigung der Polizei oder einzelner Polizeibeamter durch Verwendung des Kürzels „a.c.a.b.“, NStZ.
- Glaeser, Walter Schmitt** (1996) "Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und Toleranzgebot", NJW, Heft: 14, s.873-879.

- Grabenwarter, Christoph** (2020) "Recht der freien Meinungsäußerung": Maunz/Dürig Grundgesetz Kommentar: Band I, 92. Lieferung, München, C.H. Beck.
- Goldschmidt, Werner** (1996) "Judicial Correctness?", KJ, Vol. 29, Issue: 1, s.106-111.
- Gounalakis, Georgios** (1996) "Soldaten sind Mörder", NJW, Heft: 8, s.481-487.
- Grimm, Dieter** (1995) "Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", NJW, Heft: 27, s.1697-1705.
- Jarass, Hans D.** (2012) "Kommunikationsfreiheiten; Kunst- und Wissenschaftsfreiheit": Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., München, C.H. Beck.
- Jäger, Christian** (2011) Examens-Repetitorium Strafrecht Besonderer Teil, 4. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller.
- Kannengießner, Christoph** (2011) "Meinungsfreiheit, Pressefreiheit, Freiheit der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre": Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl., Carl Heymanns Verlag.
- Kingreen, Throsten/Poscher, Ralf** (2018) Grundrechte Staatsrecht II, 34., neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller.
- Kühl, Kristian** (2018) Lackner/Kühl Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München, C.H. Beck.
- Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred** (2009) Strafrecht Besonderer Teil: Teilband 1, 10. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller.
- Möller, Thomas** (2016) Der Grundrechtliche Schutzbereich der Meinungsfreiheit in Deutschland, England und den USA, Baden-Baden, Nomos.
- Rengier, Rudolf** (2015) Strafrecht Besonderer Teil II, 16. Aufl., München, C.H. Beck.
- Schemmer, Franz** (2020) "Recht der freien Meinungsäußerung": Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 44. Edition, München, C.H. Beck.

- Schmidhäuser, Eberhard** (1983) Strafrecht Besonderer Teil, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Sieback).
- Schmidt-De Caluwe, Reimund** (1992) "Von "potentiellen" und "geborenen Mördern" - Zwei neue Entscheidungen des BVerfG zur Meinungsäußerungsfreiheit", NVwZ, Heft: 12, s.1166-1170.
- Tucholsky, Kurt** (1931) "Der bewachte Kriegsschauplatz": Die Weltbühne, <<https://www.textlog.de/tucholsky-kriegsschauplatz.html>> s.e.t. 15.11.2020.
- Wessels, Johannes/Hettinger, Michael** (2012) Strafrecht Besonderer Teil 1, 36. neu bearbeitete Aufl., Heidelberg, C.F. Müller.

ÖZEL HUKUK

VAKIF YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI İLE AKADEMİK PERSONEL ARASINDA BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ YAPILIP YAPILAMAYACAĞI SORUNU*

Dr. Seracettin GÖKTAŞ**

ÖZET

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 2'nci maddesine göre vakıf yükseköğretim kurumları öğretim elemanlarını bu Kanun'daki usul ve esaslara göre temin edebilirler. Yükseköğretim Kanunu'nun ek 5'inci maddesine göre, vakıf yükseköğretim kurumları ile öğretim elemanları arasındaki ilişki, sözleşmeye dayanmaktadır. Vakıf yükseköğretim kurumları ile öğretim elemanları arasında kurulan sözleşmenin iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde bunlarla belirli süreli iş sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı hukuki sorunu ortaya çıkmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11'inci maddesi, işverenin belirli süreli iş sözleşmesi yapma özgürlüğünü sınırlandırmıştır. Buna göre, ancak objektif şartların bulunması halinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Öğreti ve uygulamaya göre sözleşmenin belirli süreli yapılması gerektiğine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunması halinde objektif şartların varlığı aranmaz. Yükseköğretim Kanunu'nda doktor öğretim üyeleri, öğretim üyesi pozisyonunda işe alınan öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerinin süreli olarak atanabilecekleri düzenlenmiş bulunduğundan, bunlarla yapılan sözleşmenin belirli süreli olması gerekir. Buna karşılık, eğitim-öğretim faaliyeti süreklilik arz ettiğinden, objektif şartlar bulunmadıkça, doçentlik ve profesörlük pozisyonunda görev yapan öğretim üyeleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz.

Anahtar Kelimeler: Vakıf Yükseköğretim Kurumları, Üniversite, Akademik Personel, İş Sözleşmesi, Belirli Süreli İş Sözleşmesi.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1003764 - Geliş Tarihi: 02.10.2021 - Kabul Tarihi: 09.12.2021.

** Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı, seracettingoktas@gmail.com, ORCID: 0000-0002-5103-9947.

THE QUESTION OF WHICH LABOUR CONTRACT CAN BE MADE BETWEEN FOUNDATION HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS AND ACADEMIC STAFF

ABSTRACT

In line with the additional article 2 of the Higher Education Law No. 2547, higher education institutions can recruit their academic staff in accordance with the procedures and principles in this Law. According to the additional article 5 of the Higher Education Law, the relationship between foundation higher education institutions and academic staff is based on a contract. If the contract between foundation higher education institutions and academic staff is qualified as a labour contract, the legal problem arises whether a fixed-term labour contract can be made with academic staff. Article 11 of the Labour Law No. 4857 limited the freedom of the employer to conclude a fixed-term labour contract. Accordingly, a fixed-term labour contract can only be concluded if there are objective conditions. In case there is a legal regulation stating that the contract must be concluded for a fixed period according to the doctrine and practice, the existence of objective conditions is not sought. Since it is regulated in the Higher Education Law that doctoral lecturers, assistant professors, and research assistants hired as lecturers can be appointed on a temporary basis, the contract must be made with them for a fixed period. On the other hand, since the education and training activities are continuous, a fixed-term labour contract cannot be made with the academic staff who work in the position of associate professor and professor, unless there are objective conditions.

Key Words: Foundation Higher Education Institutions, University, Academic Staff, Labour Contract, Fixed-Term Labour Contract.

I. GİRİŞ

04.11.1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre yükseköğretim kurumları, “*Üniversite ile yüksek teknoloji enstitüleri ve bunların bünyesinde yer alan fakülteler, enstitüler, yüksekokullar, konservatuarlar, araştırma ve uygulama merkezleri ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı meslek yüksekokulları ile bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsüne bağlı olmaksızın ve kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulan meslek yüksekokullarıdır*”. Aynı maddede üniversite ise “*Bilimsel özerkliğe ve kamu tüzelkişiliğine sahip yüksek düzeyde eğitim- öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapan; fakülte, enstitü, yüksekokul ve benzeri kuruluş ve birimlerden oluşan bir yükseköğretim kurumu*” olarak tanımlanmıştır. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 4'üncü maddesinde de benzer tanımlar yapılmıştır.

Türkiye’de 1982 yılına kadar yükseköğretim hizmeti sadece devlet yükseköğretim kurumları aracılığıyla sunulmaktaydı. Değişen ekonomik şartlar ve eğitimi işgücüne olan ihtiyaç nedeniyle yükseköğretime olan talep artarak devam etmiştir. Devlet yükseköğretim kurumlarının artan talebi karşılayamaması üzerine 1982 Anayasası ile vakıflar tarafından yükseköğretim kurumları kurulmasının önü açılmıştır. Anayasa’nın 130’uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, vakıflar, kanunda belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde kâr amacı taşımaksızın, devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilirler. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 7’nci maddesinin o bendi uyarınca, Yükseköğretim Kurulu’nun vakıf yükseköğretim kurumlarını gözetme ve denetleme yetkisi vardır.

İlk vakıf üniversitesi 1982 yılında kurulmuştur. Daha sonra pek çok vakıf tarafından üniversite ve meslek yüksekokulu açılmıştır. Türkiye’de Kasım 2021 tarihi itibarıyla 74 üniversite (biri pasif), 4 meslek yüksekokulu olmak üzere toplam 78 vakıf yükseköğretim kurumu bulunmaktadır¹. Kâr amaçlı kurulmuş olmasalar da rekabetçi anlayışla hareket eden vakıf üniversitelerinin yükseköğretimde kalite düzeyini yükselttikleri bir gerçektir.

¹ <<https://istatistik.yok.gov.tr/>> s.e.t. 16.11.2021.

Türkiye’de vakıf Yükseköğretim kurumlarına ilişkin özel bir kanun yapılmamıştır. Bununla birlikte Yükseköğretim Kanunu’nda vakıf yükseköğretim kurumları ile ilgili pek çok hükme yer verilmiştir. Vakıfların yükseköğretim kurumları kurabilmeleri, bu kurumların işleyişi, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esaslar Yükseköğretim Kanunu’nun ek 2-15 inci maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca aynı Kanuna dayanılarak, vakıf yükseköğretim kurumlarının kuruluş, işleyiş, gözetim ve denetimine ilişkin Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği çıkarılmıştır².

Vakıf yükseköğretim kurumları, anayasada ve kanunda belirtilen amaçlarını akademik personel aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Yükseköğretim Kanunu’nda akademik personel için “öğretim elemanları” şeklinde genel bir başlık kullanılmıştır. Öncelikli görevleri öğrenci yetiştirme olan öğretim elemanları, yükseköğretim kurumlarının organlarında yer almak suretiyle kurumun vizyonunun belirlmesine de önemli derecede katkı sağlamaktadırlar. Yükseköğretim Kanunu’na göre, öğretim elamanları, öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerinden oluşmaktadır.

Vakıf yükseköğretim kurumları ile öğretim elemanları arasındaki ilişki bir sözleşmeye dayanmaktadır. İlişkinin niteliği tartışmalı olmakla birlikte, bu çalışmada öğretim elemanlarının iş sözleşmesine bağlı olarak çalıştığı kabul edilerek; 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu ve İş Kanunu’nun belirli süreli iş sözleşmesinin unsurları açısından öğretim elemanları ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı sorunu ele alınacaktır. “Öğretim elemanları” kavramının kapsamı da konu ile doğrudan ilgili olması nedeniyle vakıf yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve niteliği üzerinde de durulacaktır.

II. VAKIF YÜKSEKÖĞRETİM KURUMLARI

A. KURULUŞ VE NİTELİĞİ

Ülkemizde vakıf yükseköğretim kurumlarının kurulması, 1982 Anayasası ile mümkün olabilmıştır³. Anayasa'nın "Yükseköğretim kurumları"

² 31.12.2005 tarih ve 26040 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

³ 1961 Anayasası döneminde çıkarılan 625 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ile yükseköğretim kurumlarının kurulması mümkün kılınmış ise de, sözü edilen Kanunun buna ilişkin 1 ve

başlıklı 130'uncu maddesinin ikinci “*Kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tabi yükseköğretim kurumları kurulabilir*” hükmüne yer verilmiştir. Vakıf yükseköğretim kurumlarının bir kanunla kurulması, Anayasa'nın öngördüğü zorunlu bir koşul⁴ olmakla birlikte, salt husus yeterli değildir. Kurulması öngörülen yükseköğretim kurumunun amacı, yapısı, işlevi ve işleyişi itibarıyla Anayasa'nın 130' uncu maddesinde belirtilen kurallara uygun olması gerekir.

Yükseköğretim Kanunu'na göre yükseköğretim kurumu; üniversite, yüksek teknoloji enstitüsü ve meslek yüksek okulunu da kapsayan geniş bir kavramdır (m.3). Buna göre, üniversiteler yükseköğretim kurumu olmakla birlikte, her yükseköğretim kurumu bir üniversite sayılamaz⁵. Türkiye'de kanunla kurulan devlet ve vakıf üniversitelerinden başka, uluslararası anlaşma⁶ ve kanunla kurulan iki devlet üniversitesi ve iki özel statülü üniversite⁷ kurulmuştur.

Anayasa'nın 130' uncu maddesine göre, üniversite kurma ehliyeti bakımından vakfın türü önemli değildir. Yasal şartları taşıdıkları takdirde diğer

13.maddeleri Anayasa Mahkemesinin 12.01.1971 tarih ve 1969/31-1971/3 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Vakıf üniversitelerinin tarihçesi ve hukuksal gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz. **Akyıldız, Ali** (2003) “Vakıf Üniversiteleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'a Armağan, C:3, s.459-500.

⁴ **Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman** (2015) İdare Hukuku, 7.Baskı, Der Yayınları, s.556.

⁵ AYM, E: 1990/2, K: 1990/10, T: 30.05.1990.

⁶ Türkiye ile Fransa arasında 14.04.1992 tarihinde yapılan anlaşma sonrasında 06.06.1994 tarih ve 21952 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 3993 sayılı Kanunla Galatasaray Üniversitesi, Türkiye ile Almanya arasında 30.05.2008 tarihinde yapılan anlaşma sonrasında 10.04.2010 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5979 sayılı Kanunla da Türk-Alman Üniversitesi kurulmuştur.

⁷ Hoca Ahmet Yesevi Türk Kazak Üniversitesi ve Kırgızistan-Türkiye Manas Üniversitesi özel statülü ortak devlet üniversiteleridir.

vakıflar gibi mazbut vakıflar⁸ da yükseköğretim kurumu kurabilirler⁹. Nitekim Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi ve Bezm-i Âlem Üniversitesi, mazbut vakıflar tarafından kurulmuş üniversitelerdendir.

Vakıflarca üniversite kurulmasına ilişkin usul işlemlerinin ne olduğu 2547 sayılı Kanun'un ek 3'üncü maddesinde ve Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 9 ve devamı maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre, vakıf veya birden fazla vakfın yetkili yönetim organları, yükseköğretim kurumu kurma ile ilgili karar veya kararları, Vakıflar Genel Müdürlüğünün olumlu yazısı ile kanunda ve yönetmelikte belirtilen belgelerle Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına başvurulması gerekir. Başvuru üzerine Yükseköğretim Kurulu tarafından oluşturulan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Komisyonu'nun kuruluş şartlarına ilişkin yaptığı inceleme sonucunda görüşünü bir raporla sunması üzerine Yükseköğretim Kurulu başvuruyu karara bağlar. Yükseköğretim kurumunun kurulmasına ilişkin çıkarılan kanunun Resmî Gazetede yayımlanması ile kurumun kuruluşu gerçekleşir.

Anayasa'nın 130' uncu maddesinin birinci fıkrasında devlet tarafından kurulacak üniversitelerin kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları belirtilmesine karşın, vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kuruluşlarının kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmadıklarına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir¹⁰. Anayasanın 123'üncü maddesi hükmüne uygun olarak, 2547

⁸ 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre mazbut vakıf: Bu kanun uyarınca Vakıflar Genel Müdürlüğüne yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğüne yönetilen vakıflardır.

⁹ **Aküzüm, Hüseyin Ural** (2016) "Kamu Hukuku Açısından Vakıf Yükseköğretim Kurumları (Yasal Dayanakları ve Tüzel Kişiliği)", Yayımlanmamış Doktora Tezi, s.74.

¹⁰ **Günday, Metin** (2015) İdare Hukuku, 10.Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, s.77-80; **Gözler, Kemal** (2010) İdare Hukukuna Giriş, 12. Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, s.45-55; Aynı yazar, "Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K.Begüm İsbir" in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündükleri", <<http://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel-kisiligi.pdf>>, s.1-25, s.e.t.16.11.2021.; **Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2018) Türk İdare Hukuku, 9.Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, s.187-193; Türk Hukukunda kamu tüzel kişiliği kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. **Çağlayan, Ramazan** (2016) "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:7, s.373-398; **Ağar, Serkan** (2006) "Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim

sayılı Yükseköğretim Kanunu ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilat Kanunu'nda vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumlarının kamu tüzel kişiliğini haiz olacakları öngörülmüştür. 2547 sayılı Kanunun Ek 2'nci maddesinde de meslek yükseköğretiminin kamu tüzel kişiliğine sahip olacakları belirtilmiştir¹¹. Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olarak nitelendirilmesi, onların “özel üniversite” kavramı ile açıklanmasını imkânsız hale getirmiştir¹².

Devlet yükseköğretim kurumlarına kamu tüzel kişiliği Anayasa ile verildiğinden, kanunla bunların tüzel kişiliğine son verilemez¹³. Ancak vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliği Anayasadan değil, kanundan veya Cumhurbaşkanının düzenleyici işleminden doğmaktadır. Dolayısıyla kamu tüzel kişiliğine sahip olup olmamasının kanun koyucunun veya Cumhurbaşkanının takdirinde olduğu söylenebilir¹⁴.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek 5' inci maddesinde, vakıf yükseköğretim kurumlarını vakıf yönetim organı tarafından dört yıl için seçilen en az yedi kişiden oluşan bir mütevelli heyetin temsil edeceği belirtildikten sonra, maddenin ikinci fıkrasında mütevelli heyetin görevleri “...*Vakıf yükseköğretim kurumlarının yöneticileri Yükseköğretim Kurulunun olumlu görüşü alınarak mütevelli heyet tarafından atanır. Mütevelli*

Kuruluşları) Teorisi”, TBB Dergisi, S:65, s.277-310, s.284-287. Belirtelim ki, Kamu tüzel kişiliği Anayasa veya Anayasa'nın 123. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kanunla ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tesis edilebilir¹⁰. Kamu tüzel kişiliğinin kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle oluşturulması, Anayasa hükmü gereği olduğundan, kamu tüzel kişiliğinin doğrudan ya da dolaylı olarak Anayasadan kaynaklandığı söylenebilir (**Akılmaz/Sezginer/Kaya**, s.187). Anayasa'da mahalli idareler (m.127/1), devlet tarafından kurulan üniversiteler (m.130/1), Radyo ve Televizyon Kurumu (m.133/3), Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu (m. 134/1) ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının (m. 135/1) kamu tüzel kişiliğine sahip oldukları açıkça düzenlenmiştir.

¹¹ AYM, E: 1990/2, K: 1990/10, T: 30.5.1990.

¹² **Giritli/Bilgen/Akgüner** vd., s.553; **Yıldırım, Turan/Samuray, Figen** (2010) “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Hukuki Statüsü”, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, s.83; **Aküzum**, s.67.

¹³ **Uz, Abdullah** (2013) “Sehven mi, Kasten mi?: Kanun Koyucu ya Açıkça Anayasaya Aykırı Bir Düzenleme Yapmış ya da Zımnen Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Kamu Tüzel Kişiliğini Sona Erdirmişti”, TBB Dergisi, S:108, s.74.

¹⁴ **Uz**, s.79.

heyet; vakıf yükseköğretim kurumu yöneticilerine uygun gördüğü ölçüde yetkilerini devredebilir. Yükseköğretim kurumunda görevlendirilecek yöneticiler ve öğretim elemanları ile diğer personelin sözleşmelerini yapar, atamalarını ve görevden alınmalarını onaylar, yükseköğretim kurumunun bütçesini onaylar ve uygulamaları izler, ayrıca vakıfça hazırlanan yönetmelik hükümlerine göre diğer görevleri yürütür...” hükmüne yer verilmiştir. Vakıf üniversitelerinde yönetim yetkisinin müteveli heyete ait olması, bu üniversiteleri devlet üniversitelerinden ayıran en önemli özelliklerinden birisidir¹⁵.

B. ÖĞRETİM ELEMANLARI

Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun Ek 8'inci maddesine göre, “Vakıfça kurulacak yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar, Devlet yükseköğretim kurumlarındaki akademik organlar gibi düzenlenir ve onların görevlerini yerine getirir. Öğretim elemanlarının nitelikleri Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin aynıdır. Devlet yükseköğretim kurumlarında çalışmaları yasaklanmış veya disiplin yoluyla bu kurumlardan çıkarılmış kişiler, vakıf yükseköğretim kurumlarında görev alamazlar”.

Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun “Tanımlar” başlığını taşıyan 3'üncü maddesinin (I) bendine göre, “öğretim elemanları, Yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileridir”¹⁶. 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun 3'üncü maddesinde de öğretim elemanları; “öğretim üyeleri sınıfı”, “öğretim görevlileri sınıfı” ve “araştırma görevlileri sınıfı” olmak üzere üç sınıfa ayrılmıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na göre, vakıf yükseköğretim kurumlarında öğretim elemanlarının sağlanması, bu kanundaki usul ve esaslara tabidir. Ayrıca Kanun'unun ek 8'inci maddesine göre vakıf yükseköğretim

¹⁵ İzmirlilioğlu, Fatma Ayça (2017) “Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki Statüsü”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İzmir, s.57.

¹⁶ Yükseköğretim öğretim elemanı istatistiklerine göre Kasım 2021 tarihi itibarıyla vakıf yükseköğretim kurumlarında 5006 profesör, 2232 doçent, 9230 doktor öğretim üyesi, 6867 öğretim görevlisi ve 5043 araştırma görevlisi olmak üzere toplam 28378 öğretim elemanı görev yapmaktadır Bkz. <<https://istatistik.yok.gov.tr/>> s.e.t.16.11.2021.

kurumlarındaki öğretim elemanlarının nitelikleri devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının nitelikleri ile aynı olmalıdır. Kanunda akademik unvanlara ilişkin düzenlenen kuralların vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen öğretim elemanlara uygulanmasında bir sorun bulunmamaktadır. Bununla birlikte, öğretim elemanları ile ilgili Kanun'da yer alan “kadro” ve “atama” kavramlarının vakıf yükseköğretim kurumları bakımından geçerlilikleri tartışmaya açıktır. Çünkü “kadro” kavramı, kamu tüzel kişiliklerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde söz konusudur¹⁷. Kadroya atama bir taleple başlar, atama ile de sonuçlanır. Vakıf yükseköğretim kurumlarında ise, öğretim elemanı ile bir sözleşme yapılmak suretiyle işlem gerçekleşir. Buna göre Yükseköğretim Kanunu'nun 23, 24 ve 26'ncı maddelerinde belirtilen “kadro” ve “atama” kavramlarının devlet yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen öğretim elemanları için geçerli olması gerekir. Gerçekten Anayasa'nın 130'uncu maddesi uyarınca devlet yükseköğretim kurumlarına öğretim elemanı kadrosu tahsisi kanunla gerçekleşmektedir¹⁸. Diğer yandan 2 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 11'inci maddesinin dördüncü fıkrasında, “*Öğretim elemanı kadrolarına, devlet yükseköğretim kurumları bünyesindeki birimler, önlisans, lisans ve lisansüstü programların sayısı, niteliği ve öğrenci sayıları ile yükseköğretim kurumunun eğitim-öğretim dışında yürüttüğü hizmetler dikkate alınarak Yükseköğretim Kurulunca çıkarılan norm kadro yönetmeliğine göre ilgili devlet yükseköğretim kurumunca atama yapılır*” hükmüne yer verilmiştir. Yükseköğretim Kurulu tarafından çıkarılan “Devlet Yükseköğretim Kurumlarında Öğretim Elemanı Norm Kadrolarının Belirlenmesine ve Kullanılmasına İlişkin Yönetmelik” 2 Kasım 2018 tarihli ve 30583 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiştir. Vakıf

¹⁷ **Günday**, s.583; **Akyılmaz/Sezginer/Kaya**, s.644-645; Aynı yönde, AYM, E: 1992/44, K:1993/7, T: 09.02.1993.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi 65 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 1.maddesi ile ekli (1) Sayılı Listede yer alan kadroların ihdas edilerek 2 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin eki (III) Sayılı Cetvel'in ilgili bölümlerine eklenmesine ilişkin kuralın, Anayasa'nın 130.maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlemesi gereken bir konuya ilişkin olduğu gerekçesi ile iptaline karar vermiştir (AYM, E:2020/71, K:2021/33, T: 29.04.2021).

Yükseköğretim Kurumları için norm kadro tahsisi ve norm kadroya ilişkin bir uygulama bulunmamaktadır. Şu hâlde öğretim elemanlarının sağlanmasına ilişkin Yükseköğretim Kanunu'nda öngördüğü usul ve esaslarda belirtilen “kadro” kavramının vakıf yükseköğretim kurumlarının niteliğine uygun düşmediği söylenebilir. Bununla birlikte, burada sözü edilen “kadro” kavramının “akademik kadro” anlamında kullanıldığı; akademik unvan ile akademik kadro kavramlarının farklı olduğu; unvanın yükselme ile, kadronun ise atama ile gerçekleştiği belirtilmektedir¹⁹. Düşüncemize göre öğretim elemanı ile iş sözleşmesi yapan vakıf yükseköğretim kurumlarında “kadro” kavramı yerine “pozisyon” ifadesinin kullanılması, ilişkinin niteliğine daha uygun düşmektedir.

Yükseköğretim kurumlarında, kanunda öngörülen koşullarda sözleşme ile yabancı uyruklu öğretim elemanı istihdam edilebilir. Yükseköğretim Kanunu'nun 34'üncü maddesinin birinci göre yabancı öğretim elemanları, “...ilgili fakülte, enstitü veya yüksekokul yönetim kurulunun önerisi ve üniversite yönetim kurulunun uygun görüşü üzerine rektör tarafından atanırlar. Bunlar, öğretim görevleri bakımından, bu kanunda aylıklı öğretim elemanları için konulmuş olan hükümlere tabidirler”. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında ise, “Yabancı uyruklu öğretim elemanlarının bu şekilde atanmaları veya görevlendirilmeleri, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun Cumhurbaşkanı kararını gerektiren hükümlerine tabi olmadan, Yükseköğretim Kurulunca verilecek ön izni müteakip Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığından alınacak çalışma izni neticesinde ilgili üniversitesi ile sözleşmesi yapılır” hükmüne yer verilmiştir.

Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun 34'üncü maddesine 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 43'üncü maddesi ile eklenen üçüncü fıkrada yükseköğretim kurumlarında sözleşme ile görevlendirilecek yabancı uyruklu öğretim elemanı sayısı için belirli bir kota öngörülmüştür. Buna göre, yabancı

¹⁹ Akademik unvan ile Akademik kadro kavramları arasındaki farklılık hakkında geniş bilgi için bkz. Tekinsoy, M. Ayhan/Mısır, Mustafa Bayram (2012) “Öğretim Üyeliğine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:61, S:1, s.352 vd.

uyruklu öğretim elemanı sayısı, dolu öğretim elemanı kadrosu sayısının %2'sini geçemez.

Akademik unvanları ve nitelikleri farklı olan öğretim elemanları ile ilgili açıklamalar aşağıda ayrı başlıklar halinde ele alınacaktır.

1. Öğretim Üyeleri

Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun 3'üncü maddesinin (m) bendinde öğretim üyeleri, yükseköğretim kurumlarında görevli profesör, doçent ve doktor öğretim üyeleridir. Öğretim üyeleri, üniversite öğrencilerinin yetiştirilmesinde birincil rol oynamaktadır. Ayrıca üniversitelerin örgüt yapısında da önemli bir yer tutmaktadırlar²⁰. Profesörlük, doçentlik ve doktor öğretim üyeliği birer akademik unvandır. Öğretim üyeliği için öncelikle belirtilen akademik unvanlardan birisine sahip olmak ve öğretim üyeliği için tahsis edilmiş olan kadroya atanmak gerekir.

Akademik unvanı ne olursa olsun, Kanun'un 22'nci maddesine göre öğretim üyelerinin görevleri;

a. Yükseköğretim kurumlarında ve bu kanundaki amaç ve ilkelere uygun biçimde ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim - öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak, proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek,

b. Yükseköğretim kurumlarında, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak,

c. İlgili birim başkanlığınca düzenlenecek programa göre, belirli günlerde öğrencileri kabul ederek, onlara gerekli konularda yardım etmek, bu kanundaki amaç ve ana ilkeler doğrultusunda yol göstermek ve rehberlik etmek,

d. Yetkili organlarca verilecek görevleri yerine getirmek,

e. Bu kanunla verilen diğer görevleri yapmaktır” şeklinde düzenlenmiştir.

Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun 29'uncu maddesinde unvan güvencesi düzenlenmiştir. Buna göre, “*öğretim üyeleri, bu kanunda yazılı*

²⁰ **Alpaydın, Yusuf/Türkmenoğlu, Gözde** (2018) “Türk Üniversitelerinde Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atama Kriterlerinin İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi, C:47, S:47, s.4.

hükümler dışında kazanmış oldukları akademik unvanlardan yoksun bırakılamazlar. Başka bir işe geçmek, emekli olmak veya çekilmek ya da işten çekilmiş sayılmak yoluyla öğretim görevinden ayrılanlar, akademik unvanlarını taşıyabilirler. Ancak profesörlük, doçentlik veya doktor öğretim üyesi unvanlarını kazananlar her unvan dönemi içinde yükseköğretim kurumlarında fiilen iki yıl görev yapmadıkları takdirde yükseköğretim kurumları dışındaki çalışmalarında bu unvanı kullanamazlar”.

Doktor öğretim üyesi, “Doktora çalışmalarını başarı ile tamamlamış, tıpta, diş hekimliğinde, eczacılıkta ve veteriner hekimlikte uzmanlık unvanını veya Üniversitelerarası Kurulun önerisi üzerine Yükseköğretim Kurulunca tespit edilen belli sanat dallarının birinde yeterlik kazanmış olan akademik unvana sahip kişidir” (YÖK.m.3).

Doktor öğretim üyeliğine atanma şartları ve yöntemi Yükseköğretim Kurumu Kanunu’nun 23’üncü maddesinde düzenlenmiştir²¹. Doktor öğretim üyeliğine atanabilmek için maddede belirtilen genel koşulların yanında Yükseköğretim Kurumları, Yükseköğretim Kurulunun onayını almak suretiyle, sadece bilimsel kaliteyi artırmak amacına yönelik olarak ve bilim disiplinleri arasındaki farklılıkları da göz önünde bulundurarak objektif ve denetlenebilir nitelikte ek koşullar belirleyebilirler (m.23/b).

Doçent, Üniversitelerarası Kurul tarafından verilen doçentlik akademik unvanına sahip kişidir. Yükseköğretim Kurumu Kanunu’nun “Doçentlik ve atama” başlıklı 24’üncü maddesinde doçent unvanı elde etme ve doçentlik kadrosuna atanma koşulları düzenlenmiştir²². Aynı maddenin d bendine göre doçentlik kadrosuna atanabilmek için, Yükseköğretim kurumları maddede belirtilen genel koşullara ilave olarak Yükseköğretim Kurulunun onayını almak suretiyle ek koşullar öngörebilirler. Doçentlik değerlendirmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 11 ve 24’üncü maddelerine dayanılarak Doçentlik Yönetmeliği çıkarılmıştır²³. Anılan

²¹ Maddenin “Yardımcı Doçentliğe atama.” olan başlığı, 22.02.2018 tarihli ve 7100 sayılı Kanunun 4’üncü maddesiyle “Doktor öğretim üyesi” olarak değiştirilmiştir.

²² Maddenin başlığı “Doçentlik sınavı:” iken, 22.02.2018 tarihli ve 7100 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle “Doçentlik ve atama” olarak değiştirilmiştir.

²³ Yönetmelik, 15.04.2018 tarih ve 30392 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

Yönetmelikte, doçentlik bilim/sanat alanlarının belirlenmesi, doçentlik başvurusu yapabilme şartları, başvuru zamanı ve usulü, doçentlik değerlendirme jürilerinin oluşturulması, doçentlik sürecinin yürütülmesi, Üniversitelerarası Kurul tarafından belirlenen intihal, diğer bilimsel araştırma ve yayın etiği ve disipline aykırılık iddiaları dolayısıyla izlenecek yollarla komisyonların teşkiline ve görevlerine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Yükseköğretim Kanunu'nun 3'üncü maddesinin (m) bendinin birinci fıkrasına göre, profesör, en yüksek düzeydeki akademik unvana sahip kişidir. Aynı Kanun'un "Profesörlüğe yükselme ve atama" başlıklı 26'ncı maddesine göre, profesörlük unvanı bunun için tahsis edilmiş olan kadroya atanmakla elde edilebilir. Tahsis edilen kadroya atanabilmek için, doçentlik unvanını aldıktan sonra en az beş yıl süreyle, açık bulunan profesörlük kadrosu ile ilgili bilim alanında çalışmış ve doçentlik unvanını aldıktan sonra, ilgili bilim alanında özgün yayınlar veya çalışmalar yapmış olmak gerekir. Sözü edilen maddeye göre, *"Üniversiteler, profesörlüğe yükseltilerek atama için aranan bu asgari koşulların yanında, Yükseköğretim Kurulunun onayını almak suretiyle, münhasıran bilimsel kaliteyi artırmak amacıyla yönelik olarak, bilim disiplinleri arasındaki farklılıkları da göz önünde bulundurarak, objektif ve denetlenebilir nitelikte ek koşullar belirleyebilirler"*. Yine aynı maddeye göre *"Profesörlüğe yükseltilerek atanan kişi, bir başka yükseköğretim kurumunda veya bir başka bilim dalında boş bulunan profesörlük kadrosuna"*, ancak yukarıda belirtilen yöntem ve kurallara uygun olarak atanabilir.

Doktor öğretim üyeliği, doçentlik ve profesörlüğe yükseltilme ve atanma işlemlerini düzenlemek amacıyla, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 65'inci maddesinin a fıkrasının dördüncü bendine dayanılarak, Öğretim Üyeliğine Yükseltilme ve Atanma Yönetmeliği çıkarılmıştır²⁴.

2. Öğretim Görevlileri

Yükseköğretim Kanunu'nun 3'üncü maddesinin (n) bendine göre öğretim görevlisi, *"Yükseköğretim kurumlarında okutulan dersleri vermek, uygulama yapmak veya yaptırmakla yükümlü olan öğretim elemanıdır"*.

²⁴ Yönetmelik, 02.06.2018 tarih ve 30449 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun 3'üncü maddesinin (p) bendinde “Yükseköğretim kurumlarında, belirli süreler için görevlendirilen, araştırma görevlileri, uzmanlar, çeviriciler ve eğitim-öğretim planlamacıları” olarak tanımlanan “öğretim yardımcıları”, 22.02.2018 tarih ve 7100 sayılı Kanununun 2 ve 7'nci maddeleriyle yürürlükten kaldırılmış; araştırma görevlileri haricindekiler öğretim görevlisi kadrosuna dönüştürülmüştür.

Aynı Kanun'un 31'inci maddesine göre, “Öğretim görevlileri; üniversitelerde ve bağlı birimlerinde bu Kanun uyarınca atanmış öğretim üyesi bulunmayan dersler veya herhangi bir dersin özel bilgi ve uzmanlık isteyen konularının eğitim- öğretim ve uygulamaları için, kendi uzmanlık alanlarındaki çalışma ve eserleri ile tanınmış kişiler, süreli veya ders saati ücreti ile görevlendirilebilirler...Öğretim görevlileri, ilgili yönetim kurullarının görüşleri alınarak fakülterde dekanların, rektörlüğe bağlı bölümlerde bölüm başkanlarının önerileri üzerine ve rektörün onayı ile öğretim üyesi, araştırma görevlisi ve öğretim görevlisi kadrolarına atanabilirler veya kadro şartı aranmaksızın ders saati ücreti veya sözleşmeli olarak istihdam edilebilirler”.²⁵

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 6'ncı, 7'nci ve 65'inci maddelerine dayanılarak çıkarılmış olan ve 09.11.2018 tarih ve 30590 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış bulunan Öğretim Üyesi Dışındaki Öğretim Elemanı Kadrolarına Naklen veya Açıkta Yapılacak Atamalarda Uygulanacak Merkezi Sınav ile Giriş Sınavlarına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarının öğretim üyesi dışındaki öğretim görevlisi ve araştırma görevlisi kadrolarına yapılacak atamalarda uygulanacak merkezi sınav ve giriş sınavlarına ilişkin usul ve esaslarla bu sınavlara girecek adaylarda aranacak şartları düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 7/4'üncü hükmüne göre, öğretim görevlisi kadrosuna başvuru

²⁵ Öğretim görevlilerinin, dersi verecek öğretim üyesi bulunmadığı hallerde veya özel uzmanlık gerektiren durumlarda görevlendirilebilmesinin iş sözleşmesinin belirli süreli yapılması zorunluluğunu doğurduğu hakkında bkz. **Demircioğlu, A. Murat/Kaplan, Hasan Ali** (2013) “Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri İle Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, DEÜHFD, C:15, Özel Sayı, s.66.

için şu özel şartlar aranır: “a) Lisans düzeyinde eğitim yapılan birimlere (rektörlüğe bağlı bölümler dahil) başvuracak öğretim görevlisi adaylarında en az yüksek lisans mezunu veya lisans mezunu olmak şartıyla en az alanında on yıl tecrübeli olmak, b) Güzel Sanatlar Fakülteleri, Eğitim Fakültelerinin Güzel Sanatlar Eğitimi Bölümleri, Konservatuarlar ile ön lisans düzeyinde eğitim yapılan birimlere başvuracak öğretim görevlisi adaylarında en az lisans mezunu olmak ve belgelendirmek kaydıyla alanları ile ilgili iki yıl tecrübeli olmak”.

3. Araştırma Görevlileri

Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun 33'üncü maddesine göre, araştırma görevlileri, yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim elemanıdır. Araştırma görevliliği statüsü öğretim üyeliğine yükselme ve atanma için ilk basamaktır. Araştırma görevlileri, yüksek lisans ve doktora programlarını tamamlamaları durumunda, Yükseköğretim Kurulunun ve kadrolarının bulunduğu üniversitenin kriterlerini sağlayarak, öğretim üyeliğine yükselme imkânına sahip olurlar²⁶.

22.02.2018 tarih ve 7100 sayılı Kanununun 7'nci maddesiyle, Yükseköğretim Kurumu Kanunu'nun 33'üncü maddesinin “Öğretim Yardımcıları” olan orta başlığı ortadan kaldırılmış, maddenin “Araştırma görevlileri, uzman, çevirici ve eğitim-öğretim planlamacıları:” şeklindeki kenar başlığı da “Araştırma Görevlileri” olarak değiştirilmiştir. Yapılan düzenlemeyle maddenin (a) bendinde araştırma görevlisi tanımında geçen öğretim yardımcısı yerine öğretim elemanı ibaresine yer verilmiştir.

Yükseköğretim Kanunu'nun 33'üncü maddesine göre araştırma görevlileri, “*ilgili anabilim veya anasanat dalı başkanlarının önerisi, Bölüm Başkanı, Dekan, enstitü, yüksekokul veya konservatuar müdürünün olumlu görüşü üzerine rektörün onayı ile araştırma görevlisi kadrolarına en çok üç yıl süre ile atanırlar; atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunlar aynı usulle yeniden atanabilirler*”. Aynı Kanun'un “Öğretim elemanı yetiştirme” başlıklı 35'inci maddesine göre, “*Yükseköğretim kurumları;*

²⁶ İzmirlioğlu, s.168.

kendilerinin ve yeni kurulmuş ve kurulacak diğer yükseköğretim kurumlarının ihtiyacı için yurt içinde ve dışında, kalkınma planı ilke ve hedeflerine ve Yükseköğretim Kurulunun belirteceği ihtiyaca ve esaslara göre öğretim elemanı yetiştirirler. Öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye, Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis edilebilir. Bu şekilde doktora veya tıpta uzmanlık veya sanatta yeterlik payesi alanlar, bu eğitimin sonunda kadrolarıyla birlikte kendi üniversitelerine dönerler. Yurt içi veya yurt dışında yetiştirilen öğretim elemanları, genel hükümlere göre bağlı oldukları yükseköğretim kurumlarında mecburi hizmetlerini yerine getirmek zorundadırlar. Bu mecburi hizmet, eş durumu ve sağlık mazeretleri hariç olmak üzere başka yükseköğretim kurumlarında ve kamu kurum ve kuruluşlarında yerine getirilemez. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyenlere, yükseköğretim kurumlarında görev verilmez. Özel kanunlarla getirilen mecburi hizmet çalışmaları bu hüküm dışındadır”.

Bir üniversitenin gelişmiş eğitim programında, diğer üniversitelerin elemanlarının lisansüstü-öğretim görme imkânını sağlamak amacıyla, 2547 Sayılı Kanun’un 35’ inci maddesine dayanılarak, Bir Üniversite Adına Bir Diğer Üniversitede Lisansüstü Eğitim Gören Araştırma Görevlileri Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır²⁷.

III. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ

A. KAVRAM

İş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu’nun 8’inci maddesinde “bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme” olarak tanımlanmıştır.6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 393’üncü maddesine göre de iş sözleşmesi, “işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”. Türk Borçlar Kanunu’nun anılan hükmünde belirtilen tanımda işçinin belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmesi ve işverenin ödemeyi

²⁷ Yönetmelik, 03.05.1997 tarih ve 22997 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

üstlendiği ücretin belirlenme yöntemine yer verilmesi, her iki kanunda yer alan tanımların farklı olduğunu göstermez. Türk Borçlar Kanunu'nun belirtilen tanımında iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarına ilave olarak, “zaman” kavramına ve sözleşmenin belirli veya belirsiz süreli yapılabileceği ile ilgili bazı ayrıntılara da yer verilmiştir²⁸. İş Kanunu'nda ise, iş sözleşmesinin belirli veya belirsiz süreli olarak yapılacağı ayrı bir maddede (m.9) düzenlenmiştir.

Anayasa'nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”. Sözleşme özgürlüğü uyarınca taraflar, Türk Borçlar Kanunu ve iş kanunlarında belirtilen kurallara uygun olarak, istedikleri türde sözleşme yapabilirler²⁹. Bu husus, İş Kanunu'nun “Türü ve çalışma biçimlerini belirleme serbestisi” başlıklı 9'uncu maddesinde “Taraflar iş sözleşmesini, Kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, ihtiyaçlarına uygun türde düzenleyebilirler. İş sözleşmeleri belirli veya belirsiz süreli yapılıdır. Bu sözleşmeler çalışma biçimleri bakımından tam süreli veya kısmî süreli yahut deneme süreli ya da diğer türde oluşturulabilir” şeklinde ifade edilmiştir.

İş sözleşmesi, sözleşmenin süresi, işin niteliği, çalışma süresi ve tabi olduğu hukuki rejim esas alınarak ayrımlara tabi tutulmaktadır. İş Kanunu'nda başlıca sözleşme türleri olarak; sürekli ve süreksiz iş sözleşmeleri (m.10), belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri (m.9, 11), deneme süreli iş sözleşmeleri (m.15), tam ve kısmi süreli iş sözleşmeleri (m.13) düzenlenmiştir³⁰. Türk Borçlar

²⁸ Öğretide Türk Borçlar Kanunu tanımında yer alan “zaman” kavramının, iş sözleşmesinin varlığının belirlenmesinde bağımsız bir unsur olmadığı, bağımlılık unsurunun tespitinde yardımcı bir ölçüt niteliği taşıdığı, haklı olarak, ileri sürülmüştür. Bkz. **Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, 19.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.223.

²⁹ **Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2012) Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul, s.131.

³⁰ İş sözleşmesi türleri hakkında geniş bilgi için bkz. **Mollamahmutoglu, Hamdi** (1995) Hizmet Sözleşmesi, Ankara, s.34 vd; **Süzek, Sarper** (2001) “İş Akdinin Türleri”, MESS Mercek Dergisi, S:22, s.17-35; **Ulucan, Devrim** (2002)“4857 Sayılı Kanun'a Göre İş Sözleşmesi Türleri”, Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, s.35-65; **Tuncay, A.Can** (2003) “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, Yeni İş Yasası

Kanunu'nda ise, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin oldukça ayrıntılı hükümlere (m.448-460) yer verilmiştir.

İş sözleşmesinin süresi esas alınarak sınıflandırılması, sözleşmeye uygulanacak kuralların önemli ölçüde farklılaşmasına yol açtığı için en önemli ayırım olarak kabul edilmektedir³¹. İş Kanunu'nun 11'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, "İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir"³²

³³. Öğretide de belirli süreli iş sözleşmesi hakkında " tarafları, yaptıkları iş sözleşmesinin belirli bir süre için hüküm ifade edeceğini açık veya örtülü (zımni) olarak" kararlaştırdıkları sözleşme³⁴, "akdedilmesi (bağıtlanması

Sempozyumu, İstanbul-Barosu/Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, s.125-146. Öğretide sözleşme türleri içinde asgari ve azami süreli iş sözleşmelerine de yer verilmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Süzek** (2020), s.252 vd. Ancak asgari ve azami süreli iş sözleşmelerinde kesin vade söz konusu olmadığı için bunların kural olarak belirsiz süreli olduklarının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Sümer, Háluk Hadi** (2019) İş Hukuku Uygulamaları, 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.45; **Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap** (2020) İş Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.125; **Canbolat, Talat/Erener, Ebru** (2017) "Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart", İş ve Hayat, S:5, s.228 vd.

³¹ **Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) İş Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.417.

³² Bilim Kurulu tarafından hazırlanan tasarıda daha kapsayıcı bir tanım yapılmıştı. Tasarının 12.maddesine göre, "Belirli süreli iş sözleşmesi, süresi zaman ve tarih olarak belirlenen veya işçinin üstlendiği işin türü, amacı veya niteliğinden süresinin belirli olduğu anlaşılabilir sözleşmedir". Bkz. Bilim Kurulu Tarafından Hazırlanan İş Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi-Kıdem Tazminatı Fonu Kanun Tasarısı ve Gerekçesi, MESS Yayın No.386, İstanbul 2002, s.18.

³³ Belirtilmelidir ki, her iki sözleşme türü içerik bakımından TBK.m.27'de öngörülen sınırlamaya tabidir. Buna göre, "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur". Belirli süreli iş sözleşmelerinin sınırlandırılma nedeni ve hukuki dayanağı hakkında bkz. **Güler, Mikdat** (2005) "Belirli Süreli İş Sözleşmesi", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:5, s.38-41.

³⁴ **Sümer, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, 25.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.40.

sırasında devamının (yürürlüğünün) bir zaman dilimiyle sınırlı olduğu taraflarca bilinen ya da öngörülebilir (bilinebilir) sözleşme”³⁵, “ne zaman sona ereceğinin taraflarca önceden zaman ya da tarih belirtmek suretiyle açıkça veya işin türü, amacı veyahut niteliğine bağlı olarak ne zaman biteceğinin öngörülebilir bir biçimde örtülü olarak belirlendiği sözleşme”³⁶, “taraflarca sözleşmenin kurulduğu anda hukuki ilişkinin devam süresinin, diğer bir ifade ile sona erme anının bilindiği veya öngörülebildiği, bu anın sözleşmede açıkça veya örtülü olarak kararlaştırıldığı sözleşme”³⁷ şeklinde tanımlar yapılmıştır.

Çalışmamızın konusu itibariyle belirli süreli iş sözleşmesi haricinde iş sözleşmesinin diğer türleri üzerinde durulmayacaktır. Aşağıda belirli süreli iş sözleşmesinin unsurları ve belirli-belirsiz süreli ayrımının önemi ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

B. UNSURLARI

4857 sayılı İş Kanunu’nun 11’inci maddesinde yapılan tanım dikkate alındığında iş sözleşmesinin süre, objektif koşul ve yazılılık olmak üzere üç temel unsura sahip olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, aşağıda belirtileceği üzere, sözleşmenin ilk defa yapılmasında objektif koşulların bulunmasının gerekip gerekmediği ve bir yıldan fazla süreli sözleşmeler bakımından yazılı olma unsurunun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır.

Belirli süreli iş sözleşmesi, işçi açısından belli bir süre çalışma imkânı vermesi nedeniyle nispi bir iş güvencesi sağlamamaktadır. Ancak işverene de süre bitiminde işçiye herhangi bir tazminat ödemediği iş ilişkisinden kurtulabilme olanağını tanımaktadır³⁸. Aşağıda detaylı olarak belirtileceği üzere belirli süreli iş sözleşmesi, kural olarak, işçi aleyhinedir. Her hak ve özgürlükte olduğu gibi, belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının da dürüstlük kurallarına

³⁵ **Narmanlıoğlu, Ünal** (2014) İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.216-217.

³⁶ **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2020) İş Hukuku Dersleri, 33.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.192.

³⁷ **Alpagut, Gülsevil** (1998) Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul, TÜHİS Yayınları, s.7.

³⁸ **Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra** (2020) İş Hukuku, 10.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, s.70; **Ulucan** (2002), s.41.

uygun kullanılması gerekir³⁹. İşverenlerin kendileri açısından kural olarak daha lehe olan belirli süreli iş sözleşmesi yapma eğiliminde olacakları göz önünde bulundurularak, işverenin söz konusu hakkının sınırlandırılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle ILO'nun Hizmet İlişkinine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı sözleşmesinde, işçinin iş güvencesinden yararlanmasını engellemek amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının önüne geçilmesi için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği öngörülmüştür. Sözü edilen Sözleşmeye uygun olarak, Avrupa Birliğinin 1999/70 sayılı Yönergesiyle yürürlüğe konulan Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması'nda, zincirleme belirli süreli iş sözleşmelerinin yapılması objektif koşulların varlığına bağlanmıştır⁴⁰. Her iki uluslararası düzenlemeye uygun olarak, belirli süreli iş sözleşmesi yapma özgürlüğünün kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla⁴¹, İş Kanunu'nun 11'inci maddesinde, objektif koşul belirli süreli iş sözleşmesinin unsuru olarak düzenlenmiştir⁴². Maddede objektif koşullara “*belirli süreli işler*”, “*belli bir işin tamamlanması*” ve “*belirli bir*

³⁹ Mollamahmutoglu (1995), s.39.

⁴⁰ Avrupa Birliğinin 99/70 sayılı Yönergesi ve Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Hakkında Çerçeve Anlaşması hakkında geniş bilgi için bkz. **Güzel, Ali/Ertan, Emre** (2008) “Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılma ve Yenilenme Koşulları”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:18, s.400 vd.; **Başterzi, Süleyman** (2006) “Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yılı Armağanı, Ankara, s.119 vd.; **Cengiz (Urhanoglu), İftar** (2008) “4857 sayılı İş Kanununun Avrupa Birliğinin 18 Mart 1999 Tarihli Belirli Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşmasına Göre Değerlendirilmesi”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.77 vd.; Ayrıca bkz. **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.133 vd.

⁴¹ **Ulucan** (2002), s.12; **Süzek** (2020), s.239.

⁴² Bilim Kurulu tarafından hazırlanan Tasarıda belirli süreli iş sözleşmesinin tanımında objektif koşullara yer verilmemişti. Sadece belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme yapılması halinde objektif koşulların bulunması gerektiği belirtilmişti. Ne var ki, TBMM'de yapılan değişiklikle objektif koşullar belirli süreli iş sözleşmesinin tanımı içine alınmıştır. Böylece ilk defa yapılan belirli süreli iş sözleşmelerinde objektif koşulların varlığına gerek duyulacağı ileri sürülmüştür. Bkz. **Ekonomi, Münir** (2006) “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre, Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu(I) Kavram- Süre ve Yenileme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, s.19; **Güler** (2005), s.31.

olgunun ortaya çıkması” gibi örnekler verilmiştir⁴³. Söz konusu hükümde “gibi” sözcüğüne yer verilmesi, belirtilen örneklerin sınırlı olmadığını, benzer hallerde de belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceğini ortaya koymaktadır⁴⁴.

İş Kanunu’nun 11’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre “*belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir*”. Maddenin üçüncü fıkrasında ise “*Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar*” hükmüne yer verilmiştir⁴⁵.

⁴³ “Objektif koşul” ya da “objektif neden” kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. **Güler, Mikdat** (2004) “Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tazarda Değiştirilmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:2, 545-559, s.551-554; **Güler** (2005), s.41 vd.

⁴⁴ **Süzek** (2020), s.238; **Güler** (2005), s.30.

⁴⁵ Avrupa’da bazı ülkelerde istihdamın artırılmasını sağlamak, işverenleri yatırıma teşvik etmek, yeni iş alanları yaratmak ve ilk defa işe girenlere belli bir süre iş bulmak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına ilişkin sınırlamalar belirli ölçüde esnekleştirilmiştir (**Taşkent, Savaş** (2006) “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:9, s.36). Avrupa Birliği’nin 99/70 sayılı Yönergesinin 4’üncü maddesinde ve pek çok Avrupa ülkesinde belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa kurulmasında objektif koşulların varlığı aranmamakta; bir üst sınırı aşmamak kaydıyla art arda yapılması veya yenilenmesine imkân tanınmaktadır (Avrupa Birliği ülkelerindeki düzenlemeler hakkında geniş bilgi için bkz. **Taşkent, Savaş** (2009) “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine-Tekrar”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S:13, s.7 vd.; **Ekonomi** (2006), s.21-22; **Başterzi** (2006), s.126 vd.). Öğretide istihdamın artırılması amacıyla ülkemizde belirli süreli iş sözleşmelerinin ilk defa yapılmasında bazı koşullarda esneklik getirilmesine ilişkin düzenleme yapılması gerektiği ileri sürülmüştür (**Ekonomi** (2006), s.21-22; **Süzek** (2020), s.240; **Yıldız, Gaye Burcu** (2011)“Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C:I, s.208 vd.). Bir diğer görüşe göre ise, İş Kanunu’nun 11’inci maddesi, belirli süreli iş sözleşmesinin art arda yapılması suretiyle, belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmıştır. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, Avrupa Birliği Yönergesine uyum sağlamak amacıyla yapılan bu düzenlemenin belirli süreli iş sözleşmesinin ilk defa kurulmasında objektif şartları aradığı kabul edilemez (**Taşkent** (2006), s.36 vd. Yazara göre, “Yasadaki bu açık düzenleme karşısında, yapılmasında esaslı bir neden bulunmayan, ama herhangi bir kötünüyetin de söz konusu olmadığı bir sözleşmeyi sırf tanımdan hareketle belirsiz süreli saymak mümkün değildir”). Buna karşılık, baskın görüşe ve Yargıtay uygulamasına göre iş sözleşmesinin ilk defa yapılmasında da objektif şartların mevcut olması gerekir. Bu konuda bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat** (2020), s.195; **Narmanlioğlu, Ünal** (2014), s.220; **Senyen-**

Belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının objektif koşullara tabi tutulması karşısında, süre bitimine rağmen taraflar arasındaki ilişkinin devamı halinde sözleşme belirli süreli olarak yenilenmiş olmaz⁴⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 430'inci maddesinin birinci fıkrasına göre “*Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer*” Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, “*Belirli süreli sözleşme, süresinin bitiminden sonra örtülü olarak sürdürülüyorsa, belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Ancak, esaslı bir sebebin varlığı hâlinde, üst üste belirli süreli hizmet sözleşmesi kurulabilir*”. Bir görüşe göre, maddenin birinci fıkrasında geçen “objektif koşul” ibaresi ile ikinci fıkrada belirtilen “esaslı neden” aynı anlama gelen kavramlardır⁴⁷.

Kaplan E.Tuncay (2020) İş Hukuku, 11.Baskı, Ankara, s.87; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal** (2014), s.438; **Akyigit, Ercan** (2008) İş Kanunu Şerhi, C:I, 3.Baskı, Ankara, s.483; **Ekonomi**(2006), s. 24 vd.; **Alpagut, Gülsevil** (2004) “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, MESS Mercek Dergisi, S:33, s.77-78.; **Keser, Hakan** (2007) “Kamu Kesiminde Geçici İşçi İstihdamının 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11 inci Maddesi Karşısındaki Durumu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:14, s.612; **Keser, Hakan** (2018) “Özel Öğretim Kurumlarında Görev Yapan Eğitim Personelinin İş Sözleşmelerinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:59, s.801; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.169-170; **Yorulmaz, Çiğdem** (2010) “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, s.204; **Kahraman, Uğur Hakan** (2011)“Belirli Süreli Sözleşmelerde Objektif Neden Koşulu”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:30, s.513. Aynı yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/27922, K: 2017/14778, T: 03.10.2017; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2018/300, K: 2020/20141, T: 24.12.2020.

⁴⁶ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal** (2014), s.439; **Akyigit, Ercan** (2008) İş Kanunu Şerhi, C:I, 3.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, s.484; Ayrıca 818 Sayılı Kanun döneminde bu Kanunun 339.maddesinin İş Kanunu'na tabi iş ilişkileri bakımından da söz konusu olacağı, bu nedenle İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde belirli süreli iş sözleşmesinin susma ile örtülü olarak yenilenebileceği görüşü hakkında bkz. **Ekonomi** (2006), s.29 vd; **Güler** (2005), s.61.

⁴⁷ **Süzek** (2020), s.250; **Narmanlıoğlu** (2014), s.217; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**(2020), s.200; **Sümer** (2020), s.42; Objektif koşul ve esaslı neden kavramları hakkında geniş bilgi için bkz. **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.159 vd.; Esaslı nedenin objektif koşulları da kapsayan daha genel bir kavram olduğu hakkındaki görüş için bkz. **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan** (2020), s.75; Akyigit'e göre esaslı neden, “ belirli süreli hizmet sözleşmesinin birden çok

İş sözleşmesi yapılırken işin ne kadar süreceğinin bilindiği veya öngörülebildiği hallerde belirli süreli işten söz edilir. Dolayısıyla burada işin niteliği belirleyicidir. Başka bir anlatımla, işin niteliği itibarıyla belirli süreli olması gerekir. Örneğin, bir serginin veya konferansın ya da sportif organizasyonun düzenlenmesi, dört katlı bir inşaatın kaba inşaatının yapılması, bir mevsim veya kampanya dönemi için belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Çünkü bu hallerde işin niteliği gereği ne kadar süreceği bilinebilir veya öngörülebilir⁴⁸.

İşçi ile tamamlanması ile sona erecek bir iş için belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Bu husus İş Kanunu'nun 11'inci maddesinin birinci fıkrasında "belli bir işin tamamlanması" olarak ifade edilmiştir. İşin tamamlanması, ilk defa başlanacak bir iş için olabileceği gibi, başlanmış olmakla birlikte bitirilmemiş işler için de söz konusu olabilir⁴⁹. Örneğin, bilgisayar donanımının kurulması, bina yapımının bitmesi, projenin bitmesi, bahçe düzenlemesinin yapılması gibi işler için yapılan iş sözleşmesinin belirli süreli sayılması için objektif şartların mevcut olduğu kabul edilir⁵⁰.

İş Kanunu'nun 11'inci maddesinin birinci fıkrasında örnek olarak belirtilen diğer bir objektif koşul ise, "belirli bir olgunun ortaya çıkması"dır. İşletmenin geçici bir işgücü ihtiyacının ortaya çıkması belirli bir olguya işaret eder⁵¹. Bir işçinin hastalık, hamilelik, askerlik veya başka bir nedenle çalışmaması, acil bir siparişin ortaya çıkması gibi, işyerinde normal faaliyetin dışında ve sürekli devam eden durumun haricinde bir halin ortaya çıkmasına

zincirleme yapılmasını haklı kılan bir neden" olarak algılanmalıdır. Bkz. **Akyiğit** (2008), s.492.

⁴⁸ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**(2020), s.72; **Süzek** (2020), s.241; **Tuncay, A.Can** (2011) "Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararının İncelenmesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:31, s.904; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.184 vd.

⁴⁹ **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan** (2020), s.72; **Güler** (2005), s.42; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.213.

⁵⁰ **Süzek** (2020), s.241.

⁵¹ **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.214.

bağlı olarak oluşan geçici iş gücü ihtiyacını karşılamak amacıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir⁵².

Kanunda belirtilen objektif koşullar gerçekleşmişse, işyerinde yapılan işin süreklilik arz etmesi, belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına engel değildir. Başka bir anlatımla, niteliği itibarıyla iş sürekli biçimde devam ediyor olsa da objektif koşulların bulunması halinde belirli süreli iş sözleşmesi yapmak mümkündür⁵³.

Belirtilmelidir ki, salt objektif şartların mevcut olması sözleşmenin belirli süreli sayılması için yeterli değildir. Objektif koşulların varlığına rağmen belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılabilir⁵⁴. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için, objektif koşulların varlığı yanında tarafların sözleşmeyi belirli süreli yaptıklarını açık veya örtülü olarak kararlaştırmaları da gerekir⁵⁵.

Öğreti ve uygulamaya göre, mevzuatta belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını zorunlu kılan düzenleme bulunması halinde, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için ayrıca objektif şartların varlığı aranmamaktadır⁵⁶. Örneğin, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, "Kurumlarda çalışan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler ile kurucu veya kurucu temsilcisi arasında yapılacak iş sözleşmesi, en az bir takvim yılı süreli olmak üzere yönetmelikle belirtilen esaslara göre yazılı olarak yapılır. Mazeretleri nedeniyle kurumdan ayrılan öğretmen ve öğreticilerin yerine alınacak olanlar ile devredilen kurumların

⁵² **Süzek** (2020), s.242; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan** (2020), s.73; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.214 vd.

⁵³ **Süzek** (2020), s.239-240; **Güler** (2005), s.45-46; **Güler** (2004), s.554.

⁵⁴ **Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat** (2020), s.195; **Canbolat, Talat** (2007) "Mevzuatta Öngörülen Bazı Sözleşme Türlerinin 4857 Sayılı İşKanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:13, s.217.

⁵⁵ **Süzek** (2020), s.248; **Narmanlıoğlu, Ünal** (2012) "Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdiren Olgular ve İşlemler", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:35, s.5; **Sümer** (2020), s.41; **Sümer**, (2019), s.47.

⁵⁶ **Senyen-Kaplan** (2020), s.88; **Süzek** (2020), s.244; **Tuncay**(2011), s.904. Bir görüşe göre, kanunda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını zorunlu kılan hüküm, "objektif sebep" olarak kabul edilebilir. Bkz. **Narmanlıoğlu** (2014), s.217; **Sümer** (2020), s.42.

yönetici, öğretmen ve öğreticileri ile bir yıldan daha az bir süre için de iş sözleşmesi yapılabilir”. Yargıtay 23.02.2018 tarih ve 2017/1-2018/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 9'uncu maddesinde sözleşmenin belirli süreli yapılması zorunluluğu düzenlenmiş olup, bu durumda 4857 sayılı İş Kanunu'nun 11'inci maddesinde öngörülen objektif koşulların varlığı aranmaz. Ayrıca kanun hükmü uyarınca belirli süreli yapılması gereken sözleşmenin zincirleme yapılması, onu belirsiz hale getirmez.

Belirli süreli iş sözleşmesinin sona erme anı sözleşmede, zaman ve tarih olarak açıkça belirtilebileceği gibi, işçinin üstlendiği işin niteliği veya amacından sözleşmenin bir süreye bağlandığının anlaşılması halinde olduğu gibi, örtülü olarak da kararlaştırılabilir⁵⁷. Ancak, sözleşmenin süresi ne şekilde belirlenirse belirlenirsin, İşK.m.11/1 hükmü ile tarafların bu yöndeki iradeleri objektif nedenlere bağlı olarak sınırlandırılmıştır⁵⁸. Başka bir anlatımla, taraflar, sözleşmenin süresini objektif koşula uygun olarak belirleyebilirler. Objektif koşullar bulunmadan süreli olduğu belirtilen bir sözleşme, belirli süreli olarak kabul edilemez⁵⁹. Bununla birlikte bu durumda sözleşme hükümsüz olmaz, belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak varlığını devam ettirir⁶⁰.

Kanunda belirsiz süreli iş sözleşmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından ise yazılı şekil şartı öngörülmüştür. Ancak, yazılılık şartına ilişkin İşK.m.8 hükmü ile aynı Kanun'un 11'inci maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme arasında bir uyumsuzluk söz konusudur⁶¹. İş Kanunu'nun 8'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Süresi bir yıldan fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması

⁵⁷ İş sözleşmesinde süre belirlenmesi hakkında geniş bilgi için bkz. **Damar, Ceren** (2018) İş Sözleşmesinde Süre Belirlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2018; Ayrıca bkz. **Mollamahmutoglu** (1995), s.35-36; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal** (2014), s.419 vd.; **Alpagut** (1998), s. 8 vd.; **Alpagut** (2004), s.74; **Ekonomi** (2006), s.20; **Sümer** (2020), s.40-41; **Güler** (2005), s.31.

⁵⁸ **Ekonomi** (2006), s.22; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.171-173; **Damar** (2018), s.62.

⁵⁹ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal** (2014), s.432; **Sümer** (2020), s.41; **Sümer**, (2019), s.45.

⁶⁰ **Sümer** (2020), s.42; **Güler** (2005), s.47; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.266; **Yorulmaz** (2010), s.204.

⁶¹ **Güler** (2004), s.549.

zorunludur”. Kanun’un 11’inci maddesinin birinci fıkrasında ise, “... işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir” hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanun’un maddeleri arasındaki bu çelişki, öğretilerde iki farklı görüşün ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bir görüşe göre, belirli süreli iş sözleşmesinin tanımını yapan maddede süre sınırlaması yapmadan yazılı şekil şartını öngördüğünden, tüm belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması gerekir. Aksi halde yapılan sözleşme belirli süreli olarak kabul edilemez⁶². Diğer bir görüşe göre ise, İş Kanunu’nun 8.maddesinin ikinci fıkrasının daha önceki kanun gibi bir yılı aşan belirli süreli iş sözleşmelerinde yazılı yapılması gerektiğini öngörmüştür. Aynı maddenin üçüncü fıkrası da dikkate alındığında yazılı olma koşulunun bir yıldan az süreli iş sözleşmelerinde aranmaması gerekir⁶³. Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarına göre, bir yıldan az süreli sözleşmeler bakımından yazılı şekil ispat şartı olmalıdır⁶⁴. Söz konusu şekil şartının ispat şartı mı geçerlilik şartı mı olduğu da tartışmalıdır. Bir görüşe göre buradaki şekil şartı ispat şartı olup, yazılı olarak kanıtlanamayan sözleşmeler belirsiz süreli sayılır⁶⁵. Diğer bir görüşe göre, İşK.m.8/2 hükmü bir yılı aşan belirli süreli sözleşmeler için kesin olarak yazılı olma şartını aramıştır. Dolayısıyla yazılı şekil şartının geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi, yazılı yapılmayan belirli süreli iş sözleşmelerinin belirsiz süreli iş sözleşmesi olarak

⁶² **Ekonomi, Münir** (2007) “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:15, s.898, 902; **Narmanlıoğlu** (2012), s.5; **Senyen-Kaplan** (2020), s.91; **Sümer**, (2019), s.66.

⁶³ **Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat** (2020), s.191; **Süzek** (2020), s.311; **Ulucan** (2002), s.37; **Tuncay** (2003), s.131; **Akyiğit** (2008), s.499; **Başbuğ/Yücel Bodur** (2020), s.124; **Güler** (2004), s.549; **Güler** (2005), s.55; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.108-109; **Yiğit, Yusuf** (2012) “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:14, S:2, s.115; **Şahankaya, Sarp** (2016)“Belirli Süreli İş Sözleşmeleri”, *Ankara Barosu Dergisi*, S:4, s.186.

⁶⁴ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal** (2014), s. 529-530; **Tuncay** (2003), s. 131; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan** (2020), s.76; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.109.

⁶⁵ **Ekonomi** (2007), s.902 vd.; **Ulucan** (2002), s.75; **Akyiğit** (2008), s.499.

değerlendirilmesi gerekir⁶⁶. Üçüncü bir görüşe göre ise, bir yıldan fazla süreli belirli iş sözleşmelerinde yazılı şekil şartına aykırılık halinde, iş hukukunun kendine özgü özellikleri dikkate alınmak kaydıyla, belirsiz süreli dönüşme değil, geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır⁶⁷.

C. İŞ SÖZLEŞMESİNİN BELİRLİ-BELİRSİZ SÜRELİ OLMASININ ÖNEMİ

Belirsiz süreli iş sözleşmesi ile belirli süreli iş sözleşmesi arasında, unsur ve şekil şartlarından başka sözleşmenin sona ermesi, feshe bağlanan hukuki sonuçlar ve iş güvencesi hükümlerinin uygulanması bakımından önemli farklar bulunmaktadır.

Belirli süreli iş sözleşmesi süre bitiminde kendiliğinden sona erer. Bu tür bir sözleşmenin süresinden önce süreli fesih bildirim yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir. Sözleşme süre bitiminde kendiliğinden sona erdiği için feshe ilişkin hükümler uygulanamaz. Bu nedenle karşı tarafa önceden ihbar öneli verilmesi gerekmediği gibi, iş arama izni ve iş güvencesi hükümleri de uygulanmaz⁶⁸. Başka bir anlatımla, belirli süreli iş sözleşmelerinin sona erdirilmesi veya süre bitimi nedeniyle kendiliğinden sona ermesi halinde ihbar tazminatı talebi ve işe iade davasının açılması mümkün değildir.

Kıdem tazminatına hak kazandıracak sona erme halleri içinde belirli süreli iş sözleşmesinin süre bitimi ile sona ermesi yer almamaktadır. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesinin süre bitimi ile sona ermesi halinde işçi kıdem tazminatına hak kazanamaz⁶⁹. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise, “sözleşme

⁶⁶ **Tuncay** (2003), s.126; **Doğan Yenisey, Kübra** (2018) Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, Genel Görüşme, İstanbul, s.170; **Güler** (2005), s.56; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.109.

⁶⁷ **Yiğit** (2012), s.119.

⁶⁸ **Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat** (2020), s.189; **Canbolat** (2007), s. 189-190; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.50.

⁶⁹ **Sümer** (2020), s.41; **Yiğit** (2012), s.112-113.Yargıtay kanun hükmü gereği belirli süreli yapılan iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesi ya da işveren tarafından yenilenmemesi halinde işçinin kıdem tazminatına hak kazanacağına karar vermiştir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2013/22-1943, K: 2015/1131, T: 01.04.2015; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E: 2013/22-1443, K: 2014/958, T: 26.11.2014), Yargıtay’ın bu uygulamasının yerinde olmadığı

süresi” ve “süre bitimi ile sona erme” gibi durumlar söz konusu değildir. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona ermesi için bir fesih beyanına ihtiyaç vardır⁷⁰. Bu durumda işçi kıdem tazminatına hak kazanabildiği gibi, iş sözleşmesi süreli fesih yoluyla sona erdirilebildiği için iş güvencesi hükümlerinden de yararlanabilir. Buna göre belirsiz süreli iş sözleşmesi, kural olarak, işçinin daha lehinedir. İşverenlerce çoğunlukla belirli süreli iş sözleşmelerinin tercih edilebileceği düşünülerek, sözleşme yapma hakkının kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amacıyla, bu sözleşme türünün yapılması, yukarıda belirtildiği üzere objektif şartların varlığına bağlanmıştır⁷¹.

İş sözleşmesinin sürekliliğini sağladığı için belirsiz süreli iş sözleşmesi, Anayasa'nın 49'uncu maddesi ile güvence altına alınan çalışma hakkına en uygun çalışma türü olarak kabul edilmektedir⁷². Belirli süreli iş sözleşmesinin objektif koşulların varlığına tabi kılınması ve bu şartların bulunmaması halinde sözleşmenin belirsiz süreli olarak devam etmesi, belirsiz süreli iş sözleşmesinin asıl olduğunu gösterir. Başka bir anlatımla, işçi-işveren ilişkisinde asıl olan belirsiz süreli iş sözleşmesidir⁷³. Buna karşılık belirli süreli iş sözleşmesi istisnadır⁷⁴. Bu nedenle belirli süreli iş sözleşmesinin varlığını ileri süren taraf, iddiasını ispat yükü altındadır⁷⁵. İspat yükü, sözleşmenin objektif koşullara bağlı olarak süreye bağlandığını kapsar. Objektif şartlar bulunmasına rağmen

hakkındaki görüşler için bkz. **Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2016) “5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu Kapsamında Yapılan Zincirleme İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Kıdem Tazminatı”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C:74, s.248; **Sarıbay Öztürk, Gizem** (2019) “5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu Işığında Özel Okul Öğretmenlerinin Kıdem Tazminatı Hakkı”, Press Academia Procedia, C:10, S:1, 2019, s.60; **Şahankaya** (2016), s.196. Bununla birlikte, Yargıtay iş sözleşmesinin belirli süreli olması için gerekli objektif koşulların bulunmadığının işverence ileri sürülmesinin dürüstlük kurallarına uymadığına karar vermektedir. Bkz. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, E: 2018/300, K: 2020/20141, T: 24.12.2020.

⁷⁰ **Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat** (2020), s.189; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.51.

⁷¹ Belirli süreli iş sözleşmesi yapma hakkının sınırlandırılmasını gerektiren nedenler hakkında geniş bilgi için bkz. **Alpagut** (1998), s.30 Vd.; **Süzek** (2020), s.239; **Tuncay** (2011), s. 903.

⁷² **Süzek** (2020), s.239.

⁷³ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal** (2014), s.440; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.47.

⁷⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/10191, K: 2009/33822, T: 07.12.2009.

⁷⁵ **Mollamahmutoğlu** (1995), s. 41; **Süzek** (2020), s.238.

sözleşmenin bitimi tarihi açık veya örtülü olarak kararlaştırılmamışsa, belirli süreli iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez⁷⁶. Belirtilmelidir ki, iş sözleşmesinin belirli süreli mi yoksa belirsiz süreli mi olduğu konusunda tereddüt ortaya çıktığında sözleşmenin belirsiz süreli olduğunun kabulü gerekir⁷⁷.

İşçi ve işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesinin kurulmasının asıl olması, aynı zamanda tam süreli çalışmayı içeren tipik istihdam modeli olduğunu gösterir. Tipik iş sözleşmesi ile kastedilen, hiçbir özel şart gerektirmeksizin yapılabilen ve tam süreli çalışmayı gerektiren belirsiz süreli iş sözleşmesidir. Esas ve şekil bakımından özel kurallara tabi olan, iş sözleşmesinin süresinin sınırlandırılması (belirli süreli)ya da iş süresinin esnekleştirilmesi (kısmi süreli) gibi yönleri itibarıyla belirsiz süreli iş sözleşmelerinden farklılaşan diğer iş sözleşmeleri ise, “atipik” olarak sınıflandırılmaktadır⁷⁸.

Belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi ayrımı şekil koşulu bakımından da söz konusu olmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere belirsiz süreli iş sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Buna karşılık, İş Kanunu’nun 11’inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca belirli süreli iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerekir⁷⁹.

İş sözleşmesinin belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılmasının diğer önemi ise işverenin eşit davranma borcunda söz konusu olmaktadır. İş Kanunu’nun 5’inci maddesinin ikinci fıkrasında ve 12’nci maddesinin birinci fıkrasında belirli süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi ile belirsiz süreli sözleşmeyle çalıştırılan emsal işçi⁸⁰ arasında ayrımı haklı kılan bir neden

⁷⁶ **Ekonomi** (2006), s. 20 vd; **Alpagut** (2004), s.74; **Güler** (2005), s.31.

⁷⁷ **Süzek** (2001), s.19; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal** (2014), s. 440.

⁷⁸ **Mollamahmutoğlu** (1995), s.47; **Süzek** (2020), s.238-239; **Akyiğit** (2008), s.448; **Yıldız, Gaye Burcu** (2019) “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, s.782.

⁷⁹ **Sümer** (2019), s.50.

⁸⁰ İş Kanunu’nun 12’nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre “Emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır”.

bulunmadıkça, salt sözleşmesinin belirli süreli olmasından dolayı farklı işlem yapılamayacağı öngörülmüştür. İş Kanunu'nun 12'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye, belirli bir zaman ölçüt alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler, işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir. Herhangi bir çalışma şartından yararlanmak için aynı işyeri veya işletmede geçirilen kıdem arandığında belirli süreli iş sözleşmesine göre çalışan işçi için farklı kıdem uygulanmasını haklı gösteren bir neden olmadıkça, belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçi hakkında esas alınan kıdem uygulanır”. Sözü edilen hüküm, özellikle kıdem tazminatı ve yıllık izne hak kazanmada esas alınacak sürenin belirlenmesi bakımından önemlidir⁸¹.

İş Kanunu'nun 12'nci maddesinde belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin emsal işçi karşısında farklı işleme tabi tutulması halinde uygulanması gereken hukuki yaptırıma yer verilmemiştir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu durumda İş Kanunu'nun 5'inci maddesinin altıncı fıkrasında öngörülen yaptırım söz konusu olabilir⁸².

IV. ÖĞRETİM ELEMANI İLE SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN KURULMASI

A. GENEL OLARAK

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 5'inci maddesinde yükseköğretim kurumunun mütevelli heyetinin görevleri arasında öğretim elemanları ile sözleşme yapılması, atama ve görevden alınmalarının onaylanması da belirtilmiştir. Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 23'üncü maddesinin birinci fıkrasında da “Öğretim elemanlarının seçimi, değerlendirilmesi, seçilenlerin uygun görülen akademik unvanlarla görevlendirilmeleri ve yükseltilmeleri yürürlükteki kanun ve yönetmelik hükümlerine uyularak vakıf yükseköğretim kurumunun yetkili akademik organlarınca yapılır. Öğretim elemanlarının atamalarında, devlet

⁸¹ Süzek (2020), s.252; Sümer (2020), s.43.

⁸² Eyrenci/ Taşkent/Ulucan vd. (2020), s.80; Akyiğit (2008), s.501; Sümer (2020), s.43; Güler (2005), s.57.

yükseköğretim kurumlarındaki atamalarda aranan şartlara ilaveten vakıf yükseköğretim kurumunun akademik yönden gerekli gördüğü şartlar da aranabilir. Vakıf meslek yüksekokullarında özellikle uygulamalı derslerde görevlendirilecek öğretim elemanlarının atanmasında çalışma deneyimine sahip olması gözetilir” hükmü yer almaktadır.

Buna göre, vakıf yükseköğretim kurumu ile öğretim elemanı arasındaki ilişki, bir sözleşme ilişkisidir. Ancak sözleşmenin niteliği öğretide ve uygulamada tartışmalıdır. Sözleşmenin niteliği, sadece tarafların haklarının tespitinde değil, aynı zamanda bu ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözmekle görevli yargı yolunun belirlenmesinde de önem arz etmektedir. Konu ile ilgiligörüşler ve uygulama farklılıkları, tarafımızca yapılan ayrı bir çalışmada ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır⁸³. Bu çalışmada ise, söz konusu ilişkinin iş sözleşmesine dayandığı kabul edilerek, öğretim elemanları ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı değerlendirilecektir. Yeri gelmişken belirtelim ki, 2547 Sayılı Kanunu’nun Ek 11’inci maddesinin 10’uncu fıkrasında, kurucu vakıflarına kayyım atanan ya da faaliyet izni kaldırılan vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen öğretim elemanlarının hizmet sözleşmeleri hakkında 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanacağını öngörölmüş olması, sözleşmenin niteliği konusunda kanun koyucunun iradesini ortaya koyan önemli bir argümana işaretir⁸⁴.

⁸³ Sözleşmenin hukuki niteliği konusundaki tartışmalar ve görüşler için bkz. **Göktaş, Seracettin** (2021) “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:29, S:1, s.602 vd.

⁸⁴ Yükseköğretim Kanunu’nun Ek 11’inci maddesine 20.08.2016 tarih ve 6745 sayılı Kanun’un 15’inci maddesi ile eklenen 10’uncu fıkra şöyledir: “*Kurucu vakıflarına kayyım tayin edilen veya faaliyet izni kaldırılan vakıf yükseköğretim kurumu müteveli heyet başkanı ve üyeleri ile tüm yöneticilerinin görevleri kendiliğinden sona erer. Bu vakıf yükseköğretim kurumunda çalışmakta olan akademik ve diğer personelin hizmet sözleşmeleri hakkında 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri uygulanır*”.

B. YÜKSEKÖĞRETİM KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE DEĞERLENDİRME

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 2'nci maddesi uyarınca vakıf yükseköğretim kurumlarında öğretim elemanlarının temini bu Kanunda gösterilen yöntem ve kurallara göre yapılır. Aynı Kanun'un ek 8'inci maddesinde, vakıf yükseköğretim kurumlarında öğretim elemanlarının nitelikleri Devlet yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının niteliklerinin aynı olduğu düzenlenmiştir. Öğretim elemanlarının sağlanmasına ilişkin usul ve esaslar Yükseköğretim Kanunu'nun 23 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Yükseköğretim Kanunu'nda doçentlik ve profesörlük kadrosunda istihdam edilenler için herhangi bir süre düzenlenmemiştir. Bu nedenle sözü edilen öğretim üyeleri ile kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkün değildir⁸⁵. Buna karşılık, Yükseköğretim Kanunu'nun 23'üncü maddesinin a bendine göre doktor öğretim üyeleri ile en çok dört yıllık süre için sözleşme ilişkisi kurulabilir. Bu sürenin bitimi ile sözleşme kendiliğinden sona erer. Aynı süreyi geçmemek kaydıyla yeniden iş ilişkisi kurulması mümkündür. Söz konusu düzenlemeye göre doktor öğretim üyesi ile dört yılı geçmemek üzere belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Aynı şekilde her defasında üst sınırı aşmamak kaydıyla art arda belirli süreli sözleşme söz konusu olabilir.

Yükseköğretim Kanunu'nun 31'inci maddesine göre “Öğretim görevlileri; ...süreli veya ders saati ücreti ile görevlendirilebilirler”. Kanımıza göre buradaki “süreli” ifadesi sözleşme süresi ile ilgili değil, ücretin ödenme biçimiyle ilgilidir. “Veya” bağlacından sonra “ders saat ücreti” seçeneği düzenlemenin bu yönde yorumlanmasını gerektirir. Aynı maddede yer alan, “Öğretim görevlileri, ... öğretim üyesi, araştırma görevlisi ve öğretim görevlisi kadrolarına atanabilirler veya kadro şartı aranmaksızın ders saati ücreti veya sözleşmeli olarak istihdam edilebilirler” hükmü de devlet yükseköğretim kurumlarında öğretim görevlilerinin ya bir kadroya ya da kadro şartı aranmaksızın ders saat ücreti veya sözleşmeli olarak çalıştırılabileceğine ilişkindir. Buna göre, devlet üniversitelerinde öğretim görevlileri; öğretim üyesi,

⁸⁵ Bozkurt Gümrükçüoğlu (2012), s.224.

araştırma görevlisi ve öğretim görevlisi kadrolarına atanabilirler. Yukarıda belirtildiği üzere, vakıf yükseköğretim kurumlarında “kadro” uygulaması söz konusu değildir. Bu yükseköğretim kurumlarında öğretim görevlilerinin öğretim üyesi, araştırma görevlisi ve öğretim görevlisi pozisyonlarında istihdam edilmesinden söz edilebilir.

Diğer yandan, Yükseköğretim Kanunu’nun 31.maddesinde “Öğretim üyesi kadrolarına öğretim görevlileri en çok iki yıl süre ile atanabilirler; bu süre sonunda işgal ettikleri kadroya başvuran öğretim üyesi bulunmadığı ve görevlerine devamda yarar görüldüğü takdirde aynı usulle yeniden atanabilirler. Atanma süresi sonunda görevleri kendiliğinden sona erer. Bunların yeniden atanmaları mümkündür. Bu takdirde ilk atama usulü uygulanır” hükmü yer almaktadır. Buna göre, vakıf üniversitelerinde öğretim üyesi pozisyonunda istihdam edilecek öğretim görevlileriyle en çok iki yıllık süreli sözleşme yapılabilir. Sürenin sonunda görev yaptıkları öğretim üyeliği pozisyonuna başvuran öğretim üyesi bulunmaması ve görevlerine devamda yarar görülmesi halinde aynı usulle ve yine iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla yeniden istihdam edilebilirler. Bu süre sonunda sözleşmeleri kendiliğinden sona erer. Söz konusu düzenlemede, öğretim görevlilerinin öğretim üyesi kadrolarında en çok iki yıllık süre çalıştırılabileceğinin öngörülmesi ve süre bitiminde sözleşmenin “kendiliğinden” sona erdiğinin belirtilmesi, bunlarla yapılan sözleşmenin belirli süreli olduğunu göstermektedir⁸⁶. Maddeye göre öğretim üyesi pozisyonunda istihdam edilen öğretim görevlileri ile yeniden sözleşme yapılabilmesi için iki koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan ilki o alanda öğretim üyesi bulunmaması, diğeri ise öğretim görevlisinin görevine devamında yarar görülmesidir. Bu iki şart, sözleşmenin art arda yapılabilmesinin esaslı nedenini oluşturacaktır.

Öğretim üyesi pozisyonunda istihdam edilen öğretim görevlileri ile yapılan sözleşmenin belirli süreli olması kanundan kaynaklandığından, İş

⁸⁶ **Ekonomi, Münir** (2009), “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Genel Görüşme, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), İstanbul, s.89; **Bozkurt Gümrükçüoğlu** (2012), s.224. Ayrıca bkz. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2015/17988, K: 2015/24575, T: 10.09.2015.

Kanunu'nun 11'inci maddesinde öngörülen objektif şartların mevcut olup olmadığına bakılmaz⁸⁷. Bir açıdan belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını zorunlu kılan kanun hükmünün objektif koşulu karşıladığı söylenebilir⁸⁸. Belirli süreli iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun söz konusu olduğu hallerde art arda belirli süreli iş sözleşmesi yapılması sözleşmeyi belirsiz hale getirmez⁸⁹.

Yükseköğretim Kanunu'nun 31'inci maddesinin son cümlesine göre öğretim görevlileri yalnızca konservatuvarlar ile meslek yüksekokullarına sürekli olarak istihdam edilebilirler. Sürekli istihdam söz konusu olduğunda, kural olarak, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması, objektif koşullar bulunmadığı sürece, olanaklı değildir.

Yükseköğretim Kanunu'nun 33'üncü maddesinin a bendinde araştırma görevlilerinin, en çok üç yıl süre ile atanabilecekleri, bu süre sonunda görevlerinin kendiliğinden sona ereceği öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeye göre, aynı yöntemle ve yine üç yıllık süreyi aşmamak kaydıyla yeniden atanmaları mümkündür. Buna göre araştırma görevlileri için de kanunda belirtilen üst sınırı geçmemek şartıyla belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Sözleşmenin belirli süreli yapılması zorunluluğu kanundan kaynaklandığından, zincirleme belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkündür. Aynı maddenin a bendinin üçüncü fıkrasında lisansüstü eğitim-öğretim için yurtdışına gönderilecek araştırma görevlileri hakkında atama süresi ile ilgili hükmün uygulanmayacağı belirtildiğinden, bunlarla İş Kanunu'nun 11'inci maddesinde öngörülen objektif koşulların bulunması halinde ancak belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir.

Lisansüstü eğitim yapmakta iken, araştırma görevlisi pozisyonunda istihdam edilecekler için Yükseköğretim Kanunu'nun 50.maddesinin d bendinde özel bir süre öngörülmüştür. Buna göre, "Lisans üstü öğretim yapan öğrenciler, kendilerine tahsis edilebilecek burslardan yararlanabilecekleri gibi, her defasında bir yıl için olmak üzere araştırma görevlisi kadrosuna da

⁸⁷ **Süzek** (2020), s.245; **Senyen-Kaplan** (2020), s.88; Aynı yönde Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2014/7068, K: 2014/6392, T: 18.03.2014; Aynı daire, E: 2018/2753, K: 17484, T: 11.07.2018,

⁸⁸ **Sümer** (2020), s.42.

⁸⁹ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2018/10280, K: 2018/23004, T: 12.12.2018; Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, E: 2016/17255, K: 2019/14022, T: 25.06.2019.

atanabilirler”. Lisans üstü öğretim yapan öğrenciler ile, araştırma görevlisi olarak atanmadığı sürece, sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaz.

C. BELİRLİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ UNSURLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

Anayasa'nın 130'uncü maddesinin birinci fıkrasına göre, Yükseköğretim Kurumları, “çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan bir düzen içinde milletin ve ülkenin ihtiyaçlarına uygun insan gücü yetiştirmek amacı ile; ortaöğretime dayalı çeşitli düzeylerde eğitim-öğretim, bilimsel araştırma, yayın ve danışmanlık yapmak, ülkeye ve insanlığa hizmet etmek üzere” kurulurlar. Vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumları da aynı amaçla faaliyette bulunurlar. Buna göre, Yükseköğretim kurumlarında eğitim ve öğretim faaliyetleri süreklilik arz eder⁹⁰. Bu nedenle işin türü, niteliği ve amacı itibarıyla kural olarak öğretim elemanı ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması, İş Kanunu'nun 11'inci maddesi uyarınca, olanaklı değildir⁹¹. Başka bir anlatımla, süreklilik arz eden işlerde, kural olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz. Bununla birlikte, salt faaliyetin sürekliliği belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına engel değildir. Belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşulların bulunması halinde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir.

Yukarıda belirtildiği üzere vakıf yükseköğretim kurumlarında istihdam edilen öğretim elemanları için “kadro tahsisi” söz konusu değildir. Belirli bir olgunun ortaya çıkmasına bağlı olarak, belirli süreli iş sözleşmesi ile öğretim üyesi istihdamını engelleyen bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle, örneğin, doğum iznine ayrılan bir öğretim elemanının yerine başka bir öğretim elemanı ile izin süresine tekabül edecek şekilde belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir. Aynı şekilde doktor raporu ile istirahatlı olan veya askerlik için iş sözleşmesi askıya alınan öğretim üyesinin yerine başka bir öğretim üyesi ile belirli süreli iş sözleşmesi yapmak için objektif şartların mevcut olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, vakıf yükseköğretim kurumlarında doçent ve profesör unvanı ile öğretim üyesi olarak çalışanların yerine, objektif koşulla

⁹⁰ Senyen-Kaplan (2020), s.90.

⁹¹ Süzek (2020), s.244-245; Senyen-Kaplan (2020), s.90.

sınırlı bir süre için, aynı unvanlarda öğretim üyelerinin istihdamı, kanunda yer alan formalitelerden dolayı güçlük arz edebilir. Böyle bir durumda belirli süreli sözleşme ile öğretim görevlisi olarak istihdamın daha kolay olacağı belirtilmelidir.

Yükseköğretim Kanunu'na göre belirli süreli iş sözleşmesi ile istihdamı mümkün olan doktor öğretim üyesi, öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerinin ücretsiz izin, hastalık ve askerlik gibi nedenlerle çalışmamalarından dolayı, olgunun süresi ile sınırlı olarak, aynı nitelikteki öğretim elemanları ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması mümkündür. Çünkü bu durumda objektif sebep olarak kabul edilebilecek belirli bir olgunun ortaya çıkması söz konusu olduğu gibi, esasen doktor öğretim üyesi, öğretim görevlileri ve araştırma görevlileri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılması, yukarıda belirtildiği üzere kanun hükmünden kaynaklanmaktadır.

Yargıtay eğitim ve öğretim faaliyetinin süreklilik arz ettiğinden bahisle, öğretim üyesi olarak istihdam edilen öğretim elemanları ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağına ilişkin pek çok karar vermiştir⁹². Söz konusu kararlarda işin niteliği itibarıyla belirli süreli işlerden olmadığı; süreklilik arz ettiği isabetli olarak vurgulanmıştır. Belirli bir olgunun ortaya çıkması halinde öğretim üyeleri (doçent ve profesör) ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı hakkında ise, Yüksek Mahkemenin henüz bir görüş ortaya koymadığı görülmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, bize göre belirli bir olgunun ortaya çıkması halinde öğretim üyeleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilir.

⁹² Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/42456, K: 2019/12908, T: 07.05.2009. Vakıf üniversitelerinde görev yapan öğretim üyeleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasına imkân veren bir kanuni düzenleme bulunmaması ve objektif koşulların da mevcut olmaması halinde belirli süreli sözleşme yapılamayacağı hakkındaki görüşler için bkz. **Doğan Yenisey, Kübra** (2009) "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2009, s.45; **Alpagut, Gülsevil** (2012) "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Ankara, Kamu-İş, s.42-43.

Yargıtay bir kararında Yükseköğretim Kanunu'nun 23'üncü maddesinde yardımcı doçentler⁹³ için öngörülen ikişer ve üçer yıllık sürelerin atama tasarrufu ile ilgili bulunduğu, hükmün belirsiz süreli iş sözleşmesi yapılmasına engel teşkil etmediğini belirtmiştir⁹⁴. Ancak kanımıza göre kanundaki sürelerin sadece atama tasarrufu ile ilişkilendirilmesi doğru değildir. İşverenin bu atama sürelerine bağlı olarak belirli süreli iş sözleşmesi yapabilmesi için objektif koşul bulunduğu söylenebilir.

Yargıtay bazı kararlarında öğretim görevlileri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılabileceğini belirttiikten sonra bunlarla esaslı bir neden bulunmadıkça zincirleme belirli süreli iş sözleşmesi yapılamayacağı sonucuna varmıştır⁹⁵. Yükseköğretim Kanunu'nun 31'inci maddesinde öğretim görevlilerinin en çok iki yıl için atanabilecekleri; sürenin sonunda görevlerinin kendiliğinden sona ereceği ve bunların aynı usulle yeniden atanabileceklerinin öngörülmesi karşısında art arda belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasının sözleşmeyi belirsiz hale getirememesi gerektiği kanısındayız.

V. SONUÇ

Vakıf yükseköğretim kurumları, Anayasa'nın 130'üncü maddesi uyarınca, kanunla kurulurlar ve kamu tüzel kişiliğine sahiptirler. Vakıf yükseköğretim kurumları ile akademik personel arasında kurulan sözleşmenin

⁹³ 2547 sayılı Kanunun 23'üncü maddesi, 22.02.2018 tarih ve 7100 sayılı Kanunun 4'üncü maddesiyle başlığı ile değiştirilmiş, maddede yer alan yardımcı doçentlik kaldırılarak yerine doktor öğretim üyeliği getirilmiştir.

⁹⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2012/3355, K: 2014/4967, T: 18.02.2014; Aynı daire, E: 2010/20382, K: 2010/20662, T: 28.06.2010,

⁹⁵ “Başlangıçta yukarıda açıklandığı gibi en çok iki yıl süre ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren neden olmakla birlikte, davacı öğretim görevlisi işçi ile daha sonra birbirini ardına ve birden fazla sayıda iş sözleşmesi yapılmasını gerektiren esaslı bir neden bulunmamaktadır. Bu yönde davalı Üniversite esaslı bir neden sunamamıştır. Bu itibarla davacının belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalıştığının kabulü gerekir” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2007/7323, K: 2007/17668, T: 04.06.2007). Aynı yönde, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2010/1048, K: 2011/12070, T: 20.04.2011; Aynı daire, E: 2009/35757, K: 2012/1051, K: 23.01.2012; Aynı Daire, E: 2015/25729, K: 36404, T: 22.12.2015., Yargıtay'ın bu kararlarını isabetli bulan görüş için bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat** (2020), s.197.

iş sözleşmesi olarak nitelendirilmesi halinde bunlarla belirli süreli iş sözleşmesi yapılıp yapılamayacağı hukuki sorunu ortaya çıkmaktadır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun ek 2'ncimaddesine göre öğretim elemanlarının temini bu Kanun'daki yöntem ve kurallara tabidir. Yükseköğretim Kanunu'nda doktor öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerinin belirli sürelerle atanabilecekleri düzenlenmiştir (m.23, 31 ve 33). Doçentlik ve profesörlük pozisyonunda istihdam edilen öğretim üyeleri için ise bir süre öngörülmemiştir. Kanun'da öngörülen süreler, vakıf yükseköğretim kurumları tarafından istihdam edilen aynı nitelikteki öğretim elemanları için de geçerlidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 11'inci maddesine göre belirli süreli iş sözleşmesi yapılabilmesi için objektif koşulların bulunması gerekir. Sözleşmenin belirli süreli yapılması gerektiğine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunması halinde, objektif koşulun varlığı aranmaz. Yükseköğretim Kanunu'nda doktor öğretim üyeleri, öğretim üyesi pozisyonunda görev yapan öğretim görevlileri ve araştırma görevlileri için öngörülen süreler, bunlarla belirli süreli iş sözleşmesi yapılmasını gerektirir. Bu durumda objektif şartların mevcut olup olmadığına bakılamaz. Ayrıca sözleşmenin belirli süreli yapılması zorunluluğu kanun hükmüne dayandığı için art arda belirli süreli yapılması sözleşmeyi belirsiz hale getirmez. Buna karşılık, eğitim-öğretim faaliyeti süreklilik arz ettiğinden, objektif neden bulunmadıkça, doçent ve profesör olarak istihdam edilen öğretim üyeleri ile belirli süreli iş sözleşmesi yapılamaz.

KAYNAKÇA

- Ağar, Serkan** (2006) “Kamu Kurumları (Hizmet Yerinden Yönetim Kuruluşları) Teorisi”, TBB Dergisi, S:65, 2006.
- Aküzüm, Hüseyin Ural** (2016) “Kamu Hukuku Açısından Vakıf Yükseköğretim Kurumları (Yasal Dayanakları ve Tüzel Kişiliği)” (Doktora), İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Akyıldız, Ali** (2003) “Vakıf Üniversiteleri”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’a Armağan, C:3, Beta Yayınları, s.459-500.
- Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil** (2018) Türk İdare Hukuku, 9.Baskı, Ankara, Savaş Yayınları.
- Akyigit, Ercan** (2008) İş Kanunu Şerhi, C:I, 3.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Alpagut, Gülsevil** (1998) Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul, TÜHİS Yayınları.
- Alpagut, Gülsevil** (2004) “4857 Sayılı Yasa Çerçevesinde Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, MESS Mercek Dergisi, S:33, s.73-91.
- Alpagut, Gülsevil** (2012) “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Ankara, Kamu-İş.
- Alpaydın, Yusuf/Türkmenoğlu, Gözde** (2018) “Türk Üniversitelerinde Öğretim Üyeliğine Yükseltme ve Atama Kriterlerinin İncelenmesi”, Marmara Üniversitesi Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi, C:47, S:47, s.1-21.
- Başbuğ, Aydın/Yücel Bodur, Mehtap** (2021) İş Hukuku, 6.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Başterzi, Süleyman** (2006) “Avrupa Birliği Konseyinin 99/70 Sayılı Yönergesi Işığında Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Koşulları ve 4857 Sayılı İş Kanununun Öngördüğü Sistem”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 30.Yılı Armağanı.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2012) Türk İş Hukukunda Belirli Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul, Vedat Yayıncılık.

- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2016) “5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu Kapsamında Yapılan Zincirleme İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Kıdem Tazminatı”, Karar İncelemesi, C:74, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, s.223-249.
- Canbolat, Talat** (2007) “Mevzuatta Öngörülen Bazı Sözleşme Türlerinin 4857 Sayılı İş Kanununun Belirli Süreli İş Sözleşmesine İlişkin Esasları Yönünden Değerlendirilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:13, s.188-219.
- Canbolat, Talat/Erener, Ebru** (2017) “Asgari Süreli İş Sözleşmelerinde Cezai Şart”, İş ve Hayat Dergisi, S:5.
- Cengiz (Urhanooğlu), İştar** (2008) “4857 sayılı İş Kanununun Avrupa Birliğinin 18 Mart 1999 Tarihli Belirli Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşmasına Göre Değerlendirilmesi”, Kamu-İş, C:10, S:1.
- Çağlayan, Ramazan** (2016) “Hukumumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S:7, s.373-398.
- Çelik, Nuri/Canikliooğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2020) İş Hukuku Dersleri, 33.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Damar, Ceren** (2018) İş Sözleşmesinde Süre Belirlenmesi, Yüksek Lisans Tezi, <<http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12416/1876/Ceren%20Damar.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, s.e.t 30.09.2021.
- Demirciooğlu, A. Murat/Kaplan, Hasan Ali** (2013) “Uyuşmazlık Mahkemesi’nin 21.5.2012, 5.11.2012 ve 24.12.2012 Tarihli Kararları Işığında Vakıf Üniversitelerinde Görev Yapmakta Olan Öğretim Üyeleri İle Üniversiteler Arasındaki Sözleşmelerin Hukuki Niteliği”, DEÜHFD, C:15, Özel Sayı, s.51-80.
- Doğan Yenisey, Kübra** (2009) “Bireysel İş İlişisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara.
- Doğan Yenisey, Kübra** (2018) Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, Genel Görüşme, İstanbul.

- Ekonomi, Münir** (2006) “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Hukuka Uygunluğu (I)-Kavram Süre ve Yenileme”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, s.15-32.
- Ekonomi, Münir** (2007) “4857 Sayılı Kanun Hükümlerine Göre Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Şekil Yönünden Hukuka Uygunluğu (II/1)”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:15, s.892-905.
- Ekonomi, Münir** (2009), “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”, Genel Görüşme, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2007, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi) İstanbul.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra** (2020) İş Hukuku, 10.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Giritli, İsmet/Bilgen, Pertev/Akgüner, Tayfun/Berk, Kahraman** (2015) İdare Hukuku, 7.Baskı, Der Yayınları.
- Göktaş, Seracettin** (2021) “Vakıf Üniversiteleri ile Öğretim Elemanları Arasında Yapılan Sözleşmenin Hukuki Niteliği”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:29, S:1, s.581-621.
- Gözler, Kemal** (2010) İdare Hukukuna Giriş, 12.Baskı, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- Gözler, Kemal** (2018) “Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir’in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri”, <<http://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel-kisiligi.pdf>> s.e.t. 16.11.2021.
- Güler, Mikdat** (2004) Belirli Süreli İş Sözleşmesinde Objektif Neden Kavramı ve Çalışma Koşullarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:2, s.545-559.
- Güler, Mikdat** (2005) “Belirli Süreli İş Sözleşmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:5, s.28-82.
- Günday, Metin** (2015) İdare Hukuku, 10.Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.

- Güzel, Ali/Ertan, Emre** (2008) “Avrupa Birliği Hukukunda ve Özellikle Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) Kararlarında Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Yapılma ve Yenilenme Koşulları”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:18, s.397-416.
- İzmirlioğlu, Fatma Ayça** (2017) Vakıf Üniversitelerinde Çalışan Akademik Personelin Hukuki Statüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2017.
- Kahraman, Uğur Hakan** (2011) Belirli Süreli Sözleşmelerde Objektif Neden Koşulu, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:30, s.505-515.
- Keser, Hakan** (2007) “Kamu Kesiminde Geçici İşçi İstihdamının 4857 sayılı İş Kanunu’nun 11 inci Maddesi Karşısındaki Durumu”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:14, s.606-620.
- Keser, Hakan** (2018) “Özel Öğretim Kurumlarında Görev Yapan Eğitim Personelinin İş Sözleşmelerinin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:59, s.795-827.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi** (1995) Hizmet Sözleşmesi, Ankara.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) İş Hukuku, 6.Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Narmanlioğlu, Ünal** (2012) “Belirli Süreli İş Sözleşmesini Sona Erdiren Olgular ve İşlemler”, *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, S:35, s.3-23.
- Narmanlioğlu, Ünal** (2014) İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Sarıbay Öztürk, Gizem** (2019) “5580 Sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu Işığında Özel Okul Öğretmenlerinin Kıdem Tazminatı Hakkı”, *Press Academia Procedia*, C:10, S:1, s.56-62.
- Sur, Melda** (2018) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, 23-24 Kasım 2018, İstanbul.

- Sümer, Haluk Hadi** (2019) İş Hukuku Uygulamaları, 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Sümer, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, 25.Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları.
- Süzek, Sarper** (2001) “İş Akdinin Türleri”, MESS Mercek Dergisi, Nisan 2001, S:22, s.17-35.
- Süzek, Sarper** (2020) İş Hukuku, 19.Baskı, İstanbul, Beta Yayınları.
- Şahankaya, Sarp** (2016) “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri”, Ankara Barosu Dergisi, S:4, s.179-208.
- Taşkent, Savaş** (2006) “Belirli Süreli İş Sözleşmelerinin Yapılabilmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:9, s.34-39.
- Taşkent, Savaş** (2009) “Belirli Süreli İş Sözleşmeleri Üzerine-Tekrar”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S:13, s.5-18.
- Tekinsoy, M. Ayhan/Mısır, Mustafa Bayram** (2012) “Öğretim Üyeliğine Atanma Sürecinin Başlangıcı, Ek Koşullar ve Jüri Raporları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:61, S:1, s.351-382.
- Tuncay, A. Can** (2003) “İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri”, Yeni İş Yasası Sempozyumu, İstanbul-Barosu/Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, s.125-146.
- Tuncay, A. Can** (2011) “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin İşverence Feshi Kararının İncelenmesi”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S:31, s.899-912.
- Ulucan, Devrim** (2002) “4857 Sayılı Kanun’a Göre İş Sözleşmesi Türleri”, Yeni İş Yasası, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul, s.35-65.
- Uz, Abdullah** (2013) “Sehven mi, Kasten mi?: Kanun Koyucu ya Açıkça Anayasaya Aykırı Bir Düzenleme Yapmış ya da Zımnen Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Kamu Tüzel Kişiliğini Sona Erdirmiştir”, TBB Dergisi, S:108.
- Yıldırım, Turan/Samuray, Figen** (2010) “Vakıf Üniversitesi Öğretim Elemanlarının Hukuki Statüsü”, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, s.81-95.

- Yıldız, Gaye Burcu** (2011) “Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C:I, İstanbul, s.203-231.
- Yıldız, Gaye Burcu** (2019) “Atipik Çalışma Kavramı Çerçevesinde Bağımlılık İlişkisinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Savaş Taşkent’e Armağan, İstanbul, s.781-810.
- Yiğit, Yusuf** (2012) “Belirli Süreli İş Sözleşmesi Yapma Serbestisi ve Bu Serbestinin Sınırları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:14, S:2, s.101-166.
- Yorulmaz, Çiğdem** (2010) “Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Tanımı, Şekil Şartı, Sözleşme Yapma Serbestisi ve Sınırları”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/1, s.203-220.

EŞLERİN EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASI VEYA SINIRLANMASI*

Arş. Gör. Dr. Aziz Erman BAYRAM**

ÖZET

Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi, kanun koyucu tarafından, ailenin sürekli ihtiyaçlarının kesintiye uğramaksızın karşılanmasını sağlamak üzere öngörülmüştür. Eşlerden her biri, evlilik birliğini temsil yetkisini kullanarak tek başına hukukî işlemler yapabilir ve diğer eşi müteselsil sorumluluk altına sokabilir. Kanundan doğan evlilik birliğini temsil yetkisi, sınırsız değildir. Eşler, evlilik birliğini temsil yetkilerini, kanundaki sınırlamalara uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. Ayrıca, eşlerin, evlilik birliğini temsil yetkisini kullanmada yetersiz kalmamaları da gerekir. Aksi hâlde, eşlerden her biri, diğer eşin temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını, mahkemeden isteyebilir. Eşlerden birinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, ciddi bir önlemdir. Temsil yetkisinin kaldırılmasından önce, her eş, evlilik birliğini temsilen tek başına ve bağımsız olarak hukukî işlemler yapabilirken; temsil yetkisinin kaldırılmasından sonra, sadece temsil yetkisi devam eden eş, evlilik birliğini temsilen hukukî işlemler yapabilir. Diğer yandan, eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasından önce, onun birliği temsilen yaptığı hukukî işlemin karşı tarafı, yapılan işlemde her iki eşi de sorumlu tutulabilirken; temsil yetkisinin kaldırılmasından sonra, yapılan işlemde, kural olarak, sadece hukukî işlemi yapan eş sorumlu tutulabilir. Bu nedenle, hâkim tarafından, evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ancak, önlemin amaca uygun olması hâlinde karar verilebilir. Karar, mahkeme tarafından ilân edilebilir ve yapılan ilân, üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırır.

Anahtar Kelimeler: Aile, Evlilik Birliği, Temsil Yetkisi, Temsil Yetkisinin Kaldırılması, İyiniyetin Korunması.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1033962 - Geliş Tarihi: 07.12.2021 - Kabul Tarihi: 04.01.2022.

** Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı, azizermanbayram@cankaya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6232-7928.

REVOCATION OR RESTRICTION OF THE POWERS OF THE MARITAL REPRESENTATION OF THE SPOUSES

ABSTRACT

The power of the spouses to represent the marital union is laid down by the legislator to ensure that the day-to-day needs of the family are met uninterruptedly. Each of the spouses can take legal actions alone by using the power to represent the marital union and put the other spouse under responsibility jointly and severally. The legal power to represent the marital union is not unlimited. Spouses are obliged to use their power of representation in accordance with the legal limitations. In addition, spouses should not be incapable of exercising it. Otherwise, each spouse can request the court to revoke such power in whole or in part. Revoking or restricting the power of one of the spouses to represent the marital union is a serious measure. While each spouse may perform legal actions alone and independently before the power of representation is revoked, after the revoking it only the spouse whose power of representation continues can make legal transactions to represent the marital union. On the other hand, before the spouse's power to represent the marital union is revoked, the other party of a legal transaction made by that spouse can hold both spouses liable for the transaction; however only the spouse who made the legal transaction can be held liable after the power of representation is revoked, as a rule. Therefore, the revocation or restriction of the power of marital representation may only be decided by the judge if this measure is proper. The decision can be pronounced by the court and the pronouncement eliminates the good faith of acting third parties.

Keywords: Family, Marital Union, Power of Representation, Revocation of Power of Representation, Protection for Good Faith.

I. GİRİŞ

Evlilik birliği, sadece duygusal bir birlik değil; aynı zamanda ekonomik bir birliktir. Evlilik birliğinin yürütülmesi, pek çok ihtiyacı beraberinde getirir. Ailenin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için eşler, genellikle tek başlarına hukukî işlemler yapar. Bir eşin, ailenin sürekli ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla tek başına yaptığı hukukî işlemler, evlilik birliğini temsil yetkisi kapsamında kalır. Zira Türk Medenî Kanunu'nun¹ (TMK) 188. maddesinin birinci fıkrasında, eşlerden her birinin ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil edebilmesi hükme bağlanmıştır. Evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanıldığı hâllerde, eşler, üçüncü kişilere karşı kural olarak müteselsilen sorumlu olur (TMK m. 189/I).

Eşler, evlilik birliğini temsil yetkilerini, kanunda öngörülen sınırlamalara uygun olarak kullanmalıdır. Bir eşin evlilik birliğini temsil yetkisini, kanunda öngörülen sınırlamaları aşacak biçimde kullanması, diğer eşin ve evlilik birliğinin zarara uğramasına neden olabilir. Ayrıca, eşler, evlilik birliğini temsil yetkisini kullanmak konusunda yetersiz kalmamalıdır. Aksi hâlde, bu durum, diğer eşin ve ailenin menfaatlerini ihlâl eder. Bu nedenle, kanun koyucu, sözü edilen hâllerde her bir eşe, diğerinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını, mahkemeden isteme hakkı tanımıştır (TMK m. 190).

II. EŞLERİN EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİL YETKİSİNE GENEL BAKIŞ

Evlilik birliğinin temsili, eşin tek başına, ailenin ihtiyaçları için evlilik birliğini temsilen hukukî işlemler yapabilmesini ve bu kapsamda, diğer eşi de kendisiyle birlikte sorumluluk altına sokabilmesini ifade eder².

Evlilik birliğinin temsilinden söz edilebilmesi için eşler arasında evlilik birliğinin bulunması, işlemleri yapan eşin fiil ehliyetine sahip olması ve eşin ortak

¹ RG. 8.12.2001, S:24607.

² **Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra** (2015) *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage*, Basel, Schulthess Verlag, s.310.

yaşamın devam etmesi nedeniyle ailenin ihtiyaçlarını karşılamak üzere hukukî işlem yapması gerekir³.

Evlilik birliğini temsil yetkisi, kanun koyucu tarafından eşlere, her eşin evlilik birliğinin ihtiyaçlarını, sahip olduğu gelir seviyesinden bağımsız olarak karşılayabilmesi amacıyla verilmiştir⁴. Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi sayesinde, birliğin işlevselliği sağlanmış olur. Evlilik birliğini temsil yetkisi, ailenin ihtiyaçları için düzenli olarak hukukî işlemler gerçekleştiren eşin, üçüncü kişiler karşısındaki güvenilirliğini artırır. Evlilik birliğini temsilen yapılan hukukî işlemlerden, aynı zamanda diğer eşinde sorumlu olması, üçüncü kişilerin, birliği temsil eden eşle hukukî işlem yapmasını özendirir. Alacaklılar, diğer eşe de başvurabilmeleri sayesinde korunmuş olur⁵.

³ **Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.** (2018) Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, s.106-107; **Hasenböhler, Franz** (1998) ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, Art. 166, N. 32; **Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas** (1999) BK – Berner Kommentar, ZGB – Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, Art. 166, N. 18-29; **Zeiter, Alexandra/Schlumpf, Michael** (2016) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht -Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, Art. 166, N. 12; **Isering, Bernard/Kessler, Martin A.** (2014) BaK – Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art.166, N. 3a; **Fankhauser, Ronald** (2018) KuK - Kurzkomentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, Art. 166, N. 3; **Havutcu, Ayşe** (2006) Evlilik Birliğinin Temsili, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.95; **Öztan, Bilge** (2015) Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s.256.

⁴ **Näf-Hofmann, Marlies/Näf-Hofmann, Heinz**(1998) Schweizerisches Ehe- und Erbrecht, 1. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, s.114; **Gümüş, Mustafa Alper** (2008) Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), 1. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.110-111; **Hausheer/Reusser/Geiser, BK** Art. 166, N. 18; **Hasenböhler, ZK** Art. 166, N. 5; **Öztan, s.257**.

⁵ **Schmid, Ursula** (2016) OFK –Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag, Art. 166, N. 1; **Hasenböhler, ZK** Art. 166, N. 6-7.

Evlilik birliğinin temsilini düzenleyen TMK m. 188, temelini, TMK m. 186/II'de düzenlenen, “birliği eşler beraberce yönetirler” hükmünden almaktadır⁶.

Evlilik birliğinin temsili, doğrudan doğruya, eşlerin üçüncü kişilerle olan hukukî ilişkilerini; dolaylı olarak da eşler arasındaki ilişkileri düzenler⁷. Bu durum, evlilik birliğini temsilin eşlerden biriyle üçüncü kişi arasındaki dış ilişkide gerçekleşmesinin bir sonucudur. Bununla birlikte, evlilik birliğinin temsili, eşler arasındaki iç ilişki bakımından da birtakım sonuçlar doğurur.

Evlilik birliğinin temsili, aile hukukuna özgü bir kurumdur⁸. Eşlerden birinin, diğer eşi de müteselsilen sorumlu kılacak bir biçimde, hukukî işlem yapabilmesini sağlar (TMK 189/II)⁹. Eşlerden birinin evlilik birliğini temsilen hukukî işlem yapması hâlinde, yapılan işlemden “evlilik birliğinin” mi sorumlu olacağı sorusu sorulmaz; aksine, sadece işlemi yapan eşin mi yoksa her iki eşin de birlikte mi sorumlu olacağı sorusu sorulur¹⁰. Zira evlilik birliğinin bir tüzel kişiliği yoktur¹¹. Evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanılması, somut olarak tüzel kişiliğe sahip bir toplulukta olduğu gibi birliğin temsil edilmesi; birliğin temsil yoluyla hak edinmesi veya borç altına girmesi anlamına gelmez. Evlilik

⁶ Gümüş, s.110; Öztan, s.257.

⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 166, N. 13; Gümüş, s.111; Öztan, s.257.

⁸ Öztaş, İlker (2010) “Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:16, S:1-2, s.251; Yalman, Süleyman (2004) “Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:3-4, s.12; Özel, Çağlar/Zorluoğlu Yılmaz, Ayça (2020) “Türk Hukukunda Ailenin İhtiyaçları ve Bu İhtiyaçlar Bakımından Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisi”, Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu’na Armağan, Cilt II, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.1524; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper (2016) Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.172; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 166, N. 13; Havutcu, s. 27; Gümüş, s.112.

⁹ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.105; Zeiter/Schlumpf, CHK Art. 166, N. 1; Fankhauser, KuK Art. 166, N. 1; Öztan, s.257.

¹⁰ Näf-Hofmann/Näf-Hofmann, s.115.

¹¹ Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya (2021) Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 23. Bası, Ankara, Beta Basım Yayıncılık, s. 127; Yalman, s.8.

birliğini temsil yetkisinin kullanılması sadece, bir eşin diğer eş bakımından da sonuç doğuracak şekilde hukukî işlem yapılabilmesi anlamına gelir¹².

Evlilik birliğini temsili, koşulları ve sonuçları itibarıyla Türk Borçlar Kanunu'nda¹³ (TBK) düzenlenen temsilden farklıdır¹⁴. Gerçekten de TBK m. 40 ve devamında düzenlenen iradî temsil yetkisi, temsil olunanın tek taraflı, varması gerekli irade beyanıyla verilir ve tek taraflı hukukî işlem niteliğindedir¹⁵. Buna karşılık, evlilik birliğini temsil yetkisi kanundan doğar; bir eşin diğer eşe temsil yetkisini verdiğini açıklamasına, diğer bir anlatımla eşlerin birliği temsil yetkilerini kullanabilmeleri için birbirleri tarafından yetkilendirilmelerine gerek yoktur. Diğer taraftan, iradî temsil yetkisinde kural olarak başkası adına hareket edildiğinin üçüncü kişiye bildirilmesi zorunludur¹⁶. Buna karşılık, evlilik birliğini temsil eden eşin karşı tarafa temsil yetkisini kullandığını açıkça bildirmesi şart değildir¹⁷. Ayrıca, iradî temsilde, temsil edenin temsil olunan adına hareket etmesi gerekir¹⁸. Evlilik birliğini temsilde ise temsil eden eş, temsil etme iradesine sahip olmasa bile temsilin sonuçları kendiliğinden meydana gelir¹⁹. İradî temsilde temsilci; adına hareket ettiği temsil olunanla üçüncü kişi arasındaki sözleşme ilişkisinin tamamen dışındadır. Temsilen yapılan sözleşmenin tüm hukukî sonuçları, temsil olunan ve üçüncü kişiye ait olur; temsilci bakımından ne hak veya alacak, ne de borç doğar²⁰. Buna karşılık, evlilik birliğinin temsili, sadece temsil olunan eş bakımından değil; aynı zamanda birliği temsilen hukukî işlem yapan eş

¹² Nâf-Hofmann/Nâf-Hofmann, s.115.

¹³ RG. 4.2.2011, S: 27836.

¹⁴ **Ayan, Serkan** (2004) Evlilik Birliğinin Korunması, 1. Bası, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s.215; **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, s.106; **Schmid**, OFK Art. 166, N. 2; **Zeiter/Schlumpf**, CHK Art. 166, N. 1; **Öztaş**, s.249.

¹⁵ **Akyol, Şener** (2009) Türk Medeni Hukukunda Temsil, 1. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.164-165; **İnceoğlu, M. Murat** (2009) Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, s.101.

¹⁶ **İnceoğlu**, s.50.

¹⁷ **Schmid**, OFK Art. 166, N. 2; **Akıntürk/Ateş**, s.127.

¹⁸ **İnceoğlu**, s.47.

¹⁹ **Schmid**, OFK Art. 166, N. 2.

²⁰ **Akyol**, s.205.

bakımından da hukukî sonuç doğurur²¹. Dolayısıyla TBK m. 40 ve devamındaki düzenlemeler, evlilik birliğini temsiline, sadece “işin özelliğine uygun düştüğü ölçüde” uygulanabilir²².

Evlilik birliğini temsil yetkisi, kanundan doğan sınırlı bir yetkidir²³.

Evlilik birliğini temsil yetkisi kural olarak sadece, ailenin sürekli ihtiyaçlarıyla sınırlıdır (TMK m. 188/I). Ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları konusunda, eşlerin sahip olduğu söz konusu temsil yetkisine “*olağan temsil yetkisi*” denir. Eşlerin olağan temsil yetkisi, eşlerden her birinin tek başına, evlilik birliğini temsilen, diğer eşi de sorumluluk altına sokacak şekilde, birliğin sürekli ihtiyaçlarını sağlamaya yönelik olarak hukukî işlemler yapabilmesini ifade eder²⁴. Olağan temsil yetkisine, eşlerden her biri kanun gereği ve eşit olarak sahiptir²⁵.

Ailenin ihtiyaçları, özellikle, eşlerin ortak yaşamıyla ve çocuklarla doğrudan²⁶ ve maddî bağı bulunan ihtiyaçlardır²⁷. Buna karşılık, aile üyelerinin bireysel, meslekî veya işletmesiyle ilgili ihtiyaçları, ailenin ihtiyaçları kapsamında değerlendirilemez²⁸.

Ailenin “sürekli ihtiyaçları”, hangi sıklıkla ortaya çıktıklarına bakılmaksızın günlük ve alışılmış ihtiyaçlardır²⁹. Sürekli ihtiyaçlar, kural olarak aile bütçesine fazla bir yük getirmeyen, düzenli olarak karşılandığı için aile bakımından alışılmışın dışında bir gider yaratmayan ihtiyaçlardır³⁰. Ailenin

²¹ Schmid, OFK Art. 166, N. 2.

²² Hasenböhler, ZK Art. 166, N. 13; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.106; Öztan, s.258.

²³ Hasenböhler, ZK Art. 166, N. 10; Öztan, s.260.

²⁴ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 166, N. 10; Zeiter/Schlumpf, CHK Art. 166, N. 1; Havutcu, s.68; Dural/Öğüz/Gümüş, s.172.

²⁵ Kılıçoğlu, Ahmet M. (2019) Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, s.172-173; Fankhauser, KuK Art. 166, N. 4; Havutcu, s.68; Öztan, s.268.

²⁶ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.107; Öztaş, s.253.

²⁷ Schmid, OFK Art. 166, N. 5; Öztaş, s.255; Dural/Öğüz/Gümüş, s.173.

²⁸ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.107; Schmid, OFK Art. 166, N. 5; Öztaş, s.253; Gümüş, s.115; Dural/Öğüz/Gümüş, s.172.

²⁹ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.107; Özel/Zorluoğlu Yılmaz, s. 1520; Öztaş, s.255; Havutcu, s.71; Öztan, s.269.

³⁰ Hasenböhler, ZK Art. 166, N. 37.

sürekli ihtiyaçları, dar yorumlanır³¹. Ailenin sürekli ihtiyaçlarının belirlenmesinde, ailenin büyüklüğü, eşlerin sosyo-ekonomik durumu, yaşanan yerdeki değer hükümleri, yerel örf ve âdet dikkate alınır³². Ailenin sürekli ihtiyaçları, zamanla değişebilir³³.

Olağan temsil yetkisinin kapsamına, ailenin beslenme, giyinme, elektrik, su, ısınma, iletişim, temizlik, aidat, lüks olmayan ev eşyası, eve ilişkin bakım ve küçük onarım işleri³⁴, olağan eğitim³⁵ ve sağlık, sosyal aktivite gibi ihtiyaçları

³¹ **Hasenböhler**, ZK Art. 166, N. 37; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 160, N. 46; **Öztaş**, s.255; **Havutcu**, s.70; **Öztaş**, s.269.

³² **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, s.106-107; **Hasenböhler**, ZK Art. 166, N. 46; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 166, N. 49; **Öztaş**, s.253; **Havutcu**, s.64; **Gümüş**, s.115; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.172; **Öztaş**, s.269; **Akıntürk/Ateş**, s.128.

³³ **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 166, N. 37.

³⁴ Yargıtay kararına konu olan bir olayda, davacı, davalıya karşı, davalının sahibi olduğu villanın bahçe düzenlemesinin yapılmasından kaynaklanan alacağının ödenmesi amacıyla dava açmıştır. Yargıtay, Türk Medeni Kanunu'nun 188. maddesi gereğince, eşlerden her birinin ortak yaşamın davacı süresince ailenin "sürekli ihtiyaçları için" evlilik birliğini temsil edebileceği, buna karşılık, ailenin "diğer ihtiyaçları için" eşlerden birinin birliği "diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınması ya da birliğin yararı bulunmasından gecikmede sakınca olması ve diğer eşin hastalığı, başka bir yer de olması veya benzeri sebeplerle rızasının alınamaması" hâllerinde temsil edebileceğini belirtmiş; davacının yaptığını ileri sürdüğü dava konusu işin ise "ailenin sürekli ihtiyaçları" ile ilgili olmadığına karar vermiştir (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, E: 2016/2342, K: 2017/3987, T: 16.11.2017).

³⁵ Yargıtay kararına konu olan bir olayda, eşlerin ortak velayetinde bulunan çocuk, davalının eşi tarafından davacıya ait özel okula kaydettirilmiş, söz konusu çocuk eğitimini tamamlayarak buradan mezun olmuş; ancak davacı, dört yıllık eğitim ücretinin ödenmediği iddiasıyla davalıya karşı icra takibi başlatmıştır. Yerel mahkeme, icra takibine konu olan sözleşmenin tarafı olmayan davalı yönünden davada aktif husumetin bulunmadığı değerlendirmesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay, TMK m. 188 gereğince, eşlerin evlilik birliğini "ailenin sürekli ihtiyaçları için" temsile yetkili olduğunu, TMK m. 189 uyarınca, eşlerden birinin birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumlu olduğunu, somut olayda ise müşterek çocuğun özel öğretim kurumundan eğitim hizmeti almasının ailenin sürekli ihtiyaçlarından olmadığını, böylece sözleşmede imzası bulunmayan davalının davacıya karşı sorumluluğunun bulunmadığını belirterek yerel mahkemenin kararını onamıştır (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2017/2580, K: 2020/1430, T: 06.02.2020). Buna karşılık, Yargıtay kararına konu olan başka bir olayda, eşlerden biri, diğerinin rızasını almaksızın ortak çocuklarını davalının sahibi olduğu özel okula kaydettirmiş ve buna ilişkin sözleşme imzalamış; bunun üzerine, davalı, eğitim ücreti alacağı

için yapılan “hukukî işlemler³⁶ve bunlarla ilgili irade açıklamaları”³⁷ girmektedir³⁸. Ailenin sürekli ihtiyaçlarının üst sınırını, eşlerin birlik giderlerine güçleriyle ve malvarlıklarıyla katıldıkları miktar belirler³⁹.

Eşlerden her birinin ailenin sürekli ihtiyaçlarına yönelik olarak birliği temsilen yaptığı hukukî işlemler, her iki eş bakımından da kanun gereği bağlayıcıdır. Evlilik birliğini temsilen, ailenin sürekli ihtiyaçlarına yönelik olarak yapılan işlemin geçerliliği, işlemi yapan eşe temsil yetkisinin verilmesine veya diğer eşin yapılan işleme onay vermesine bağlı değildir⁴⁰.

için iki eşe karşı da icra takibi başlatmıştır. Bölge adliye mahkemesi, TMK m. 188 gereğince, eşlerin her birinin ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil ettiği, temsil yetkisinin kullanıldığı zamanlarda eşler arasında müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu, bu nedenle eşlerden biri tarafından taahhüt edilen borcun diğeri için de bağlayıcı olduğu gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. Buna karşılık, Yargıtay, çocuğun özel okulda eğitim alması için yapılan hukukî işlemin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında kalıp kalmadığını sorgulamaksızın, sadece, “Sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler ile sözleşmeye ilişkin her türlü talep hakkı sözleşmenin taraflarına aittir; bu nedenle aile hukuku kurallarının sözleşmenin nispliği ilkesini geçersiz kılacak şekilde yorumlanması doğru değildir” gerekçesiyle alt mahkemenin kararını bozmuştur (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2017/2580, K: 2020/1430, T: 06.02.2020).

³⁶ Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi, hukukî işlemlerin geneli bakımından geçerlidir. Borçlandırıcı işlemlerin yanında, tasarruf işlemleri de evlilik birliğini temsil yetkisinin kapsamına dâhildir (**Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, s.105; **Öztaş**, s.252).

³⁷ **Schmid**, OFK Art. 166, N. 8.

³⁸ **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, s.107; **Hasenböhler**, ZK Art. 166, N. 39; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 166, N. 39; **Zeiter/Schlumpf**, CHK Art. 166, N. 3; **Havutcu**, s.72-73; **Öztaş**, s.269.

³⁹ **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 160, N. 38; **Zeiter/Schlumpf**, CHK Art. 166, N. 3; **Fankhauser**, KuK Art. 166, N. 4.

⁴⁰ **Näf-Hofmann/Näf-Hofmann**, s.114; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 166, N. 11.

Evlilik birliğini olağan temsil yetkisi, kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemez ve vazgeçilemez niteliktedir⁴¹. Ancak belirli koşulların varlığı hâlinde, olağan temsil yetkisinin sınırlanması veya kaldırılması yoluna başvurulabilir⁴².

Ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan “diğer ihtiyaçları” bakımından eşlerden hiçbiri “kural olarak” evlilik birliğini temsil yetkisine sahip değildir. Ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerin birlikte hareket etmesi, anlaşarak hukukî işlem yapması veya işlem yapan eşin, diğerinin rızasını alması gerekir⁴³. Ailenin diğer ihtiyaçları için yapılan hukukî işlemler, sonradan diğer eş tarafından örtülü olarak onaylansa bile birliği temsilen yapılmış sayılmaz⁴⁴.

Ailenin diğer ihtiyaçları için her bir eş, diğer eş tarafından veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkilendirilmiş olması yahut aciliyetin bulunması ve ancak diğer eşin rızasının alınmaması hâlinde birliği temsile yetkilidir (TMK m. 188/II). Bu üç hâlde, eşlerden her biri tek başına, evlilik birliğini temsilen, birliğin diğer ihtiyaçları için hukukî işlemler yapabilir. Buna, “*olağanüstü temsil yetkisi*” denir. Aile konutunun kiralanması⁴⁵, aile için araba, ev için pahalı mobilyalar veya çocuklar için pahalı elbiseler satın alınması; evin kapsamlı onarım işleri, aile üyelerinin yüksek maliyetli tedavi işlemleri, isteğe

⁴¹ **Göksu, Tarkan/Heberlein, Adrian** (2016) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, Art. 174, N. 6; **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, s.108; **Hasenböhler**, ZK Art. 166, N. 20; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 166, N. 21; **Öztaş**, s.251; **Havutcu**, s.48; **Gümüş**, s.112; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.172; **Öztan**, s.262.

⁴² **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, s.108; **Öztan**, s.271.

⁴³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s.173; **Öztan**, s.271.

⁴⁴ **Fankhauser**, KuK Art. 166, N. 5; **Öztan**, s.271.

⁴⁵ Krş. **Kılıçoğlu**, s.173; **Havutcu**, s.82-83.

bağlı sigortalar⁴⁶, bankadan nakit kredi çekilmesi⁴⁷, üçüncü kişilerden borç alınması gibi işlemler, olağanüstü temsil yetkisi kapsamındadır⁴⁸.

Eşlerden birinin, evlilik birliğini “olağan veya olağanüstü” temsil yetkisini kullanarak yaptığı işlemlerden dolayı eşler, müteselsil olarak sorumludur (TMK m. 189/I). Eşin müteselsil sorumluluğu, onun iradesinden bağımsız olarak kanundan doğar. Eşlerden biri, diğer eşin karşı çıkmasına rağmen, temsil yetkisinin sınırları içinde kalan bir hukukî işlemi gerçekleştirirse, diğer eş yapılan işlemde müteselsilen sorumlu olmaktan kurtulamaz⁴⁹. Bunun için, işlemin karşı tarafına işlemin birliği temsilen yapıldığının bildirilmesine veya karşı tarafın, işlemi yapan kişinin evli olduğunu bilmesine gerek yoktur⁵⁰. Önemli olan, üçüncü kişinin bu husustaki bilgisi değil, yapılan işlemin niteliğidir⁵¹. Bununla birlikte, eşlerden biriyle üçüncü kişi arasındaki hukukî işlemde, diğer eşin yapılan işlemde müteselsilen sorumlu olmayacağı öngörülebilir⁵².

Evlilik birliğini temsilen yapılan hukukî işlem nedeniyle eşlerin müteselsilen sorumlu olmaları durumunda, alacaklı, borcun tamamının veya

⁴⁶ Benzer yönde bkz. **Özel/Zorluoğlu Yılmaz**, s.1522; **Havutcu**, s.75. Krş. **Gümüş**, s.118.

⁴⁷ Bankadan nakit kredi çekilmesi işlemi, kural olarak olağanüstü temsil yetkisinin kapsamındadır. İstisnai olarak, ifanın konusunun banka tarafından fark edilebilir olması ve doğrudan doğruya ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla kullanılması durumunda, söz konusu işlemin olağan temsil yetkisi kapsamında kaldığı kabul edilebilir (**Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 166, N. 52; **Hasenböhler**, ZK Art. 166, N. 44; **Öztaş**, s.257; **Öztaş**, s.270. Krş. **Havutcu**, s.93). Kredi kartıyla yapılan işlemler, ailenin sürekli ihtiyaçlarına yönelik olabileceği gibi ailenin diğer ihtiyaçlarına da yönelik olabilir. Bu nedenle, kredi kartı kullanılarak yapılan işlemlerin her bir işlemin özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir (**Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 166, N. 42; **Öztaş**, s.257; **Öztaş**, s.270. Krş. **Havutcu**, s.88).

⁴⁸ Benzer yönde bkz. **Zeiter/Schlumpf**, CHK Art. 166, N. 4; **Gümüş**, s.120; **Öztaş**, s.272.

⁴⁹ **Näf-Hofmann/Näf-Hofmann**, s.116; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 166, N. 11; **Zeiter/Schlumpf**, CHK Art. 166, N. 9.

⁵⁰ **Näf-Hofmann/Näf-Hofmann**, s.116; **Hasenböhler**, ZK Art. 166, N. 29; **Zeiter/Schlumpf**, CHK Art. 166, N. 9.

⁵¹ **Gümüş**, s.126; **Öztaş**, s.260; **Akıntürk/Ateş**, s.127.

⁵² **Hasenböhler**, ZK Art. 166, N. 15; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 166, N. 15; **Öztaş**, s.263; **Gümüş**, s.126.

bir kısmının ifasını, dilerse eşlerin ikisinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir (TBK m. 163/I). Eşlerin sorumluluğu, borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder (TBK m. 163/II).

Eşlerden her biri, temsil yetkisi olmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumludur. Ancak, temsil yetkisinin üçüncü kişiler tarafından anlaşılmayacak biçimde aşılması durumunda, eşler yine müteselsilen sorumlu olur (TMK m. 189/II). Eşlerden birinin temsil yetkisini aştığını bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen, iyiniyetli üçüncü kişi, işlem yapan eş karşısında korunur. Üçüncü kişinin iyiniyeti, olağan temsil yetkisi bakımından, yapılan hukukî işlemin ailenin sürekli ihtiyaçlarının kapsamına girip girmediğine; olağanüstü temsil yetkisi bakımından ise yapılan işlemin diğer eşin rızası veya hâkimin yetkilendirmesi kapsamında olup olmadığına yahut gecikmesinde sakınca bulunup bulunmadığına ilişkin olabilir⁵³.

III. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASININ VEYA SINIRLANMASININ KANUNDAKİ DÜZENLENİŞİ, AMACI VE UYGULANMA ALANI

A. KANUNDAKİ DÜZENLENİŞİ

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, Türk Medenî Kanunu'nun 190. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, kaynağını İsviçre Medenî Kanunu'nun (ZGB) 174. maddesinden almaktadır. İsviçre Medenî Kanunu'nun 174. maddesinin başlığı, "Temsil Yetkisinin Kaldırılması" (*Entzug der Vertretungsbefugnis*) şeklindedir. Bununla birlikte, maddenin birinci fıkrasında, temsil yetkisinin "tamamen veya kısmen" kaldırılmasına imkân tanınmıştır.

İsviçre Medenî Kanunu'nda temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin düzenleme (Art. 174 ZGB), Türk Medenî Kanunu'ndan farklı olarak "Evlilik Birliğinin Temsili" (*Vertretung der ehelichen Gemeinschaft*) başlığı altında değil; "Evlilik Birliğinin Korunması" (*Schutz der ehelichen Gemeinschaft*) üst başlığı altında yer almaktadır. Türk Medenî Kanunu'nda temsil yetkisinin kaldırılması konusunun, sistematik olarak evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler

⁵³ Zeiter/Schlumpf, CHK Art. 166, N. 10.

arasında değil de eşlerin hak ve yükümlülüklerini ele alan maddelerin arasında düzenlenmiş olması, öğretilerde de ileri sürüldüğü gibi bize göre de isabetsizdir⁵⁴. Zira evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, eşlerin bireysel olarak menfaatlerinin korunmasının yanında, evlilik birliğinin korunmasına da hizmet eder. Temsil yetkisinin kaldırılmasını düzenleyen TMK m. 190, evlilik birliğinin korunmasını düzenleyen TMK m. 195 vd. hükümleriyle birlikte değerlendirilmelidir⁵⁵.

B. AMACI

Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemlerden biri olarak eşlerin temsil yetkisinin kaldırılması, evlilik birliğinin temsiline ilişkin düzenlemelerin (TMK m. 188, m. 189) bir parçasıdır⁵⁶. Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, eşlerden her birinin evlilik birliğini temsilen yaptığı hukuki işlemlerle, diğer eş kendisiyle birlikte, o eş hiç istemese veya karşı çıksa bile borç altına sokabilmesinin ve onun yapılan işlemde müteselsil olarak sorumlu tutulabilmesinin ortaya çıkardığı riski dengeleyici bir kurum olarak öngörülmüştür⁵⁷.

Temsil yetkisinin kaldırılmasını ve sınırlandırmasını düzenleyen hükmün (TMK m. 190) öncelikli amacı, eşlerden birinin evlilik birliğini temsil yetkisini aşmasının olumsuz ekonomik sonuçlarından, diğer eşin korunmasıdır⁵⁸. Temsil yetkisinin kaldırılması, temsil edilen eşin ekonomik menfaatlerinin

⁵⁴ **Havutcu**, s.147; **Gümüş**, s.200.

⁵⁵ **Gümüş**, s.200.

⁵⁶ **Bräm, Verena** (1998) ZK - Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, Art. 174, N. 1; **Göksu/Heberlein**, CHK Art.174, N. 1; **Isering/Kessler**, BaKArt.174, N. 1.

⁵⁷ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 1; **Schmid**, OFK Art. 174, N. 1.

⁵⁸ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 2; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 5; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 1; **Isering/Kessler**, BaKArt.174, N. 1; **Öztaş**, s.275; **Havutcu**, s.147; **Öztaş**, s.281.

tehlikeye atılması riskinin ortadan kaldırılmasına veya en azından azaltılmasına hizmet eder⁵⁹.

Eşlerden her birine, diğer eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırmasını hâkimden isteme imkânının verilmesiyle, sadece eşin bireysel olarak korunması amaçlanmamış; aynı zamanda, ailenin ekonomik yapısının, eşlerden birinin temsil yetkisini aşmasının veya kullanmada yetersiz kalmasının olumsuz mali sonuçlarından korunması da amaçlanmıştır⁶⁰.

C. UYGULANMA ALANI

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, hem olağan temsil yetkisi, hem de olağanüstü temsil yetkisi bakımından uygulama alanı bulabilir⁶¹. Bununla birlikte, temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, uygulamada sadece olağan temsil yetkisi bakımından önem taşır⁶².

Eşlerin kendi aralarındaki yetkilendirme işlemleri bakımından TMK m. 190 uygulanmaz. Eşlerden birinin, diğerine hukukî işlem yapabilme konusunda vermiş olduğu temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, TMK m. 190 kapsamında gerçekleştirilmez⁶³. Örneğin, eşlerin, banka hesaplarında işlem

⁵⁹ **Berger, Markus** (1987) Die Stellung Verheirateter im rechtsgeschäftlichen Verkehr, 1. Auflage, Freiburg, Universitätsverlag, s.131; **Bräm**, ZK Art. 174, N. 2; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 5; **Schmid**, OFK Art. 174, N. 1; **Isering/Kessler**, BaKArt.174, N. 1; **Fankhauser**, KuK Art. 174, N. 1; **Havutcu**, s.147; **Öztaş**, s.281.

⁶⁰ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 2; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 1; **Öztaş**, s.275; **Havutcu**, s.147.

⁶¹ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 15; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 6a; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 5; **Schmid**, OFK Art. 174, N. 2; **Fankhauser**, KuK Art. 174, N. 2; **Öztaş**, s.276; **Kılıçoğlu**, s.177. Öğretide *Yalman* ise kaldırılması veya sınırlandırılması talep edilecek olan temsil yetkisinin eşlerin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması için sahip oldukları (olağan) temsil yetkisi olduğunu kabul etmektedir (*Yalman*, s.27).

⁶² **Hausheer/Geiser/Aebi-Müller**, s.111; **Bräm**, ZK Art. 174, N. 15; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 6a; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 5; **Schmid**, OFK Art. 174, N. 2; **Havutcu**, s.149. Krş. **Kılıçoğlu**, s.178.

⁶³ **Berger**, s.140-141; **Bräm**, ZK Art. 174, N. 5; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 2; **Isering/Kessler**, BaKArt.174, N. 3; **Havutcu**, s.148; **Gümüş**, s.202.

yapmak üzere, birbirlerine karşılıklı olarak verdikleri vekâletler; kredi kartlarının kullanılması konusunda diğer eşi yetkilendirme işlemleri, TBK m. 190'ın uygulama alanı dışında kalır⁶⁴. Eşine temsil yetkisi veren eş, vermiş olduğu yetkiyi her zaman hâkimin katılımı olmaksızın geri alabilir veya sınırlandırılabilir (TBK m. 42)⁶⁵. Örneğin, eş, vermiş olduğu vekâleti geri almak veya kredi kartını bloke etmek suretiyle, diğer eşin temsil yetkisini ortadan kaldıracaktır⁶⁶. Bir eşe diğer eş tarafından verilen temsil yetkisinin, ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan ihtiyaçlara yönelik olarak mı, yoksa evlilik birliğini ilgilendirmeyen bir işin gerçekleştirilmesine yönelik olarak mı verildiğinin bir önemi yoktur. Zira bu fark, etkisini sadece, temsil yetkisi veren eşin yapılan işlemde diğer eşle birlikte sorumlu olması noktasında gösterir⁶⁷.

Temsil yetkisinin kaldırılmasını düzenleyen TMK m. 190, eşler arasındaki birlikte mülkiyet ilişkileri (paylı mülkiyet, mal ortaklığı veya adi ortaklık) konusunda uygulanmaz⁶⁸. Eşler arasındaki birlikte mülkiyet ilişkilerinden doğan temsil yetkisi konusunda, söz konusu ilişkiye dair özel hükümler uygulanır.

IV. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASININ VEYA SINIRLANMASININ KOŞULLARI

A. GENEL OLARAK

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması, TMK m. 190 gereğince, sadece temsil yetkisini kullanan eşin söz konusu yetkiyi aşması veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalması hâlinde mümkündür⁶⁹. Diğer yandan, TMK m. 190 gereğince, evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması, “eşin istemi üzerine” ve “hâkim tarafından” karar

⁶⁴ **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 2; **Fankhauser**, KuK Art. 174, N. 2.

⁶⁵ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 5; **Schmid**, OFK Art. 174, N. 2; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 3; **Fankhauser**, KuK Art. 166, N. 13; **Öztaş**, s.276; **Gümüş**, s.202.

⁶⁶ **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 2.

⁶⁷ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 5.

⁶⁸ **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 7a; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 3; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 4; **Fankhauser**, KuK Art. 174, N. 2.

⁶⁹ **Schmid**, OFK Art. 174, N. 3.

verilmesine bağlıdır. Eş, tek taraflı bir irade beyanıyla diğer eşin kanundan doğan temsil yetkisini kaldıramaz veya sınırlayamaz.

B. TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASININ VEYA SINIRLANMASININ MADDİ KOŞULLARI

1. Eşin Evlilik Birliğini Temsile Yetkili Olması

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasının ön koşulu, temsil yetkisi kaldırılmak veya sınırlanmak istenen eşin, evlilik birliğini temsile yetkili olmasıdır. Eşin evlilik birliğini temsil yetkisi henüz doğmamışsa veya sona ermişse, söz konusu yetkinin kaldırılmasından veya sınırlanmasından söz edilemez⁷⁰. Eşin evlilik birliğini temsile yetkili olması için taraflar arasında geçerli bir evliliğin bulunması, temsil yetkisi kaldırılmak veya sınırlanmak istenen eşin fiil ehliyetine sahip olması ve ortak yaşamın devam etmesi gerekir.

Taraflar arasında henüz bir evlilik yoksa, evlilik birliğini temsil yetkisi de yoktur⁷¹. Örneğin, nişanlılık döneminde, nişanlı, mahkemeye başvurarak nişanlısının “gelecekteki” temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlanmasını sağlayamaz. Evlenme sözleşmesinin kurulmasıyla başlayan evlilik birliğinin, ölüm, butlan veya boşanma kararıyla sona ermesi, evlilik birliğini ve dolayısıyla eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisini de sona erdirir⁷². Bununla birlikte, salt boşanma veya butlan davasının açılması, kural olarak, evlilik birliğini temsil yetkisini sona erdirmez⁷³. Bu nedenle, boşanma veya butlan davası açılmış olsa bile ortak yaşam devam ediyorsa, eşlerden her biri, TMK m. 190 kapsamında, diğer eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlanmasını mahkemeden isteyebilir. Eşler arasındaki ortak yaşam sona ermişse, TMK m. 190 gereğince, eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasından veya

⁷⁰ Bräm, ZK Art. 174, N. 7; Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 4; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 6; Fankhauser, KuK Art. 174, N. 3; Öztaş, s.277; Havutcu, s.149.

⁷¹ Hasenböhler, ZK Art. 166, N. 18; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 166, N. 18; Öztaş, s.265; Havutcu, s.95.

⁷² Bräm, ZK Art. 174, N. 7; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 166, N. 19.

⁷³ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.106; Hasenböhler, ZK Art. 166, N. 24; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 166, N. 19; Öztaş, s.266; Havutcu, s.96.

sınırlanmasından söz edilemez⁷⁴. Ortak yaşama ara verilmişse (TMK m. 197) veya eşler, ayrı yaşamak konusunda anlaşmışsa, evlilik birliğinin temsiline dair düzenlemeler askıya alınır; bu süreçte, TMK m. 190'ın uygulanması ne mümkün ne de gereklidir⁷⁵. Buna karşılık, eşler yeniden birlikte yaşamaya başlarsa, temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlanmasını isteme imkânı yeniden canlanır. Ortak yaşama ara verilmiş olsa bile eşler birbirini yetkilendirmişse, buna ilişkin kaldırma veya sınırlama, TMK m. 190 kapsamında değil; TBK m. 42'ye veya taraflar arasındaki iç ilişki bakımından geçerli olan kurallara göre gerçekleştirilir⁷⁶.

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisine sahip olması için fiil ehliyetinin tam olması gerekir. Ayırt etme gücü bulunmayan veya hakkında kısıtlılık kararı bulunan eşin TMK m. 190 kapsamında evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasından veya sınırlanmasından söz edilemez. Eşlerden biri hakkında kısıtlılık kararı alınması, o eşin evlilik birliğini temsil yetkisini kendiliğinden sona erdirir⁷⁷. Buna karşılık, eşe yasal danışman veya kayyım atanması, onun evlilik birliğini temsil yetkisini sona erdirmez⁷⁸. Ancak eşe yasal danışman atanması, onun evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlanmasının gerekliliği konusunda önemli bir emare oluşturur. Bu durumda, diğer eş, TMK m. 190 kapsamında, mahkemeden eşinin temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlanmasını talep edebilir⁷⁹.

2. Eşin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisini Aşması veya Kullanmada Yetersiz Kalması

a. Eşin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisini Aşması

⁷⁴ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.106; Bräm, ZK Art. 174, N. 7; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 9; Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 4; Isering/Kessler, BaKArt.174, N. 7; Havutcu, s.149; Gümüş, s.201; Dural/Öğüz/Gümüş, s.188; Öztan, s.282.

⁷⁵ Bräm, ZK Art. 174, N. 7; Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 4; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 7.

⁷⁶ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 9; Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 4; Isering/Kessler, BaKArt.174, N. 7.

⁷⁷ Hasenböhler, ZK Art. 166, N. 34; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 166, N. 23; Havutcu, s.106; Gümüş, s.113; Dural/Öğüz/Gümüş, s.172; Öztan, s.262-263.

⁷⁸ Hasenböhler, ZK Art. 166, N. 35; Öztaş, s.272; Havutcu, s.110; Gümüş, s.113; Öztan, s.265.

⁷⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 166, N. 27; Öztaş, s.273; Havutcu, s.109; Öztan, s.265.

i. Genel Olarak

Eşin, temsil yetkisini aşmasından söz edilebilmesi için, söz konusu aşmanın az çok süreklilik göstermesi ve ileride de gerçekleştirileceğinin beklenebilir olması gerekir⁸⁰. Eşin temsil yetkisini sadece bir kere aşması, kural olarak onun temsil yetkisinin kaldırılması bakımından yeterli değildir⁸¹. Zira temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması ileriye etkilidir. Bu nedenle, eşin temsil yetkisini aşması nedeniyle kaldırılması veya sınırlandırılması için, yetki aşımının ileride tekrarlanma ihtimâlinin bulunması gerekir⁸².

Eşin temsil yetkisinin kaldırılabilmesi veya sınırlandırılabilmesi için, onun temsil yetkisini aşmada kusurlu olması aranmaz⁸³.

ii. Olağan Temsil Yetkisinin Aşılması

Her evlilikte ailenin sürekli ihtiyaçları ve eşlerin olağan temsil yetkisinin kapsamı farklıdır. Eşin temsil yetkisinin kaldırılmasına yönelik bir istemle karşılaşan hâkim, somut olayın özelliklerine göre, eşin olağan temsil yetkisini aşmış olmadığını belirlemeli ve buna göre karar vermelidir⁸⁴. Buna karşılık, belirli bir ailede, eşitlik ilkesi gereğince her iki eşin de olağan temsil yetkisinin kapsamı aynıdır.

Olağan temsil yetkisinin aşılmış olduğunu belirlerken, iki aşamalı bir değerlendirmenin yapılması gerekir⁸⁵:

Birinci aşamada, ailenin sürekli ihtiyaçları (TMK m. 188/I) belirlenir. O ailenin alışılmış (sürekli) ihtiyaçlarının kapsamına nelerin girdiği saptanır. Böylece, ailenin sürekli ihtiyaçları için eşlerden her biri tarafından “yapılması gereken parasal katkı” somutlaştırılır (TMK m. 196/I).

İkinci aşamada, eş tarafından “yapılan işlem”, ailenin somutlaştırılmış olan sürekli ihtiyaçlarıyla karşılaştırılır. Eş tarafından yapılan işlemde doğan

⁸⁰ **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 12; **Öztaş**, s.278; **Havutcu**, s.152; **Ayan**, s.219; **Öztan**, s.281.

⁸¹ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 11; **Näf-Hofmann/Näf-Hofmann**, s.119; **Yalman**, s.28; **Havutcu**, s.152; **Öztan**, s.281.

⁸² **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 12.

⁸³ **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 10a; **Öztaş**, s.280; **Öztan**, s.281.

⁸⁴ **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 10a; **Bräm**, ZK Art. 174, N. 9.

⁸⁵ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 10; **Öztaş**, s.277; **Havutcu**, s.150, **Gümüş**, s.201.

giderin, ailenin sürekli ihtiyaçları için ayrılan (ve birinci aşamada belirlenen) miktarın kapsamında kalıp kalmadığı belirlenir. Eş tarafından yapılan işlem, o ailenin sürekli ihtiyaçlarının giderilmesi kapsamındaysa, eş, temsil yetkisinin sınırları içinde kalmıştır. Buna karşılık, işlem, o ailenin sürekli ihtiyaçları dışına çıkmışsa veya işlemden doğan gider, ailenin günlük ihtiyaçlarının ekonomik sınırını açıkça geçmişse, eştemsil yetkisini aşmıştır. Örneğin, somut olayın özelliklerine göre, bir eş tarafından ithal peynirlerin satın alınması için harcanan para, ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması için yapılan olağan giderler kapsamındaysa, eşin temsil yetkisinin sınırları içinde kaldığı; buna karşılık, ailenin günlük ihtiyaçlarının karşılanması için gereken mali sınırların açıkça dışındaysa, eşin temsil yetkisini aştığı sylenebilir⁸⁶.

Temsil yetkisinin kaldırılmasında veya sınırlanmasına eşlerin, sadece, ailenin ihtiyaçlarına yönelik olarak nc kişilerle yaptıkları işlemler dikkate alınır⁸⁷. Eşlerin kendi aralarında yaptıkları veya başkalarıyla yaptıkları ailenin ihtiyaçlarıyla ilgili olmayan hukukî işlemler, evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına karar verilirken değerlendirilemez.

Yetki aşımı tek bir işlemlerle olabileceği gibi⁸⁸; birden fazla işlemin bir araya gelmesi yoluyla da olabilir. Tek başına yetki aşımı oluşturmayan, ayrı ayrı değerlendirildiğinde aile btcesine önemli bir mali yük getirmeyen; ancak bir bütün olarak değerlendirildiğinde aile btcesini sarsacak ölülere ulaşan küçük miktardaki işlemler de olağan temsil yetkisini ařar⁸⁹.

Yetki aşımının açık olması gerekir⁹⁰. Zira eşe, olağan temsil yetkisini kullanmada küçük bir yanılma payı bırakılmalıdır. Eşin yaptığı işlem veya işlemler bariz biçimde ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalıyorsa veya açıkça

⁸⁶ Benzer bir örnek için bkz. **Brm**, ZK Art. 174, N. 10.

⁸⁷ **ztan**, s.282.

⁸⁸ Eşin temsil yetkisini sadece bir kere aşmasının kural olarak onun temsil yetkisinin kaldırılması bakımından yeterli olmadığı konusunda bkz. yukarıda IV. B. 2. a. i. başlığının ilk paragrafı.

⁸⁹ **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 10; **Schmid**, OFK Art. 174, N. 3; **Isering/Kessler**, BaKArt.174, N. 8; **zel/Zorluoğlu Yılmaz**, s. 1544; **ztaş**, s.277; **Havutcu**, s.150-151.

⁹⁰ **Brm**, ZK Art. 174, N. 10; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 11; **ztaş**, s.278; **Havutcu**, s.151; **Gümüş**, s.201; **Dural/gz/Gümüş**, s.188.

ailenin bütçesini aşıyorsa, yetki aşımı açıktır. Bu kapsamda eşlerden biri, sürekli olarak ve diğer eşin tüm uyarılarına rağmen, kendisini ailenin günlük olağan ihtiyaçlarını karşılayacak düzeyle sınırlamıyorsa; sürekli olarak aşırıya kaçacak şekilde alışveriş yapıyorsa; tek seferde çok büyük miktarda veya çok yüksek fiyatlı mallar satın alıyorsa, o eşin temsil yetkisini açık bir şekilde aştığı söylenebilir⁹¹.

Öğretide savunulan bir görüşe göre temsil yetkisinin kaldırılabilmesi için yetki aşımının “üçüncü kişilerce” anlaşılabilir nitelikte açık olması gerekir. Eğer temsil yetkisinin aşıldığı üçüncü kişiler tarafından anlaşılamiyorsa eşin, diğer eşin temsil yetkisinin kaldırılması yönündeki talebi haklı değildir⁹². Bize göre yetki aşımının, açık olması için üçüncü kişiler tarafından anlaşılabilir olması gerekmez. Zira temsil yetkisinin kaldırılmasındaki amaç, bir eş, diğerinin işlemlerine karşı korumaktır; üçüncü kişileri korumak değildir. Eşin evlilik birliğini olağan temsil yetkisini aşan işlemi, üçüncü kişi tarafından anlaşılabilir nitelikteyse, TMK m. 189/II uyarınca, diğer eşin müteselsil sorumluluğu doğmaz. Dolayısıyla böyle bir durumda, eşin temsil yetkisini aşması, istisnâ olarak, söz konusu yetkinin TMK m. 190 uyarınca kaldırılmasını veya sınırlanmasını haklı kılmaz⁹³. Bununla birlikte, istisnâ olarak, eşin temsil yetkisini aşan bu davranışından, onun gelecekte diğer eşin müteselsil sorumluluğuna neden olabilecek ve eşler arasındaki ilişki bakımından da haklı görülemeyecek olan işlemler yapabileceği sonucu çıkarılabiliyorsa, eşin temsil yetkisini aşması üçüncü kişiler tarafından anlaşılabilir olsa ve bu nedenle diğer eşin müteselsil sorumluluğu doğmasa bile o eşin temsil yetkisi TMK m. 190 gereğince kaldırılabilir veya sınırlanabilir⁹⁴.

⁹¹ Bräm, ZK Art. 174, N. 11; Gümüş, s.201.

⁹² Özel/Zorluoğlu Yılmaz, s.1544-1545. Yetki aşımının “muhtemelen” üçüncü kişilerce de anlaşılabilir şekilde açık olması gerektiği yönünde bkz. Havutcu, s.151.

⁹³ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 12; Schmid, OFK Art. 174, N. 3; Öztaş, s.278; Havutcu, s.151; Gümüş, s.202.

⁹⁴ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 12; Havutcu, s.151; Gümüş, s.202.

iii. Olağanüstü Temsil Yetkisinin Aşılması

Eşlerden birinin, diğerini, ailenin diğer ihtiyaçlarının karşılanması için hukukî işlem yapabilme konusunda açık veya örtülü olarak yetkilendirmesi durumunda, yetkilendiren eş temsil yetkisini aşkın şekilde kullanabilir. Bununla birlikte, eşlerden birinin diğerini yetkilendirmesi yoluyla elde edilen olağanüstü temsil yetkisinin aşılması üzerine, diğer eş yetkiyi her zaman geri alabilir (TBK m. 42)⁹⁶. Dolayısıyla bu hâlde, TMK m. 190 uygulama alanı bulmaz⁹⁷.

Eşlerden birine hâkim tarafından verilen olağanüstü temsil yetkisi, her zaman, somut olarak belirlenen bir hukukî işleme yöneliktir⁹⁸. Hâkim tarafından verilen olağanüstü temsil yetkisi, söz konusu işlemin tamamlanmasıyla kendiliğinden sona erer. Diğer eşin, hâkim tarafından verilen temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması için mahkemeye başvurması gerekmez⁹⁹. Hâkim tarafından verilen olağanüstü temsil yetkisi, somut bir hukukî işlemle sınırlı olduğundan, söz konusu temsil yetkisinin aşılması, kural olarak mümkün değildir. Bununla birlikte, hâkimin eşi yetkilendirmesinden sonra ve fakat hukukî işlemin henüz tamamlanmasından önce, yetkilendirilen eşinişi devam ettirebilme yeterliliğini kaybetmesi veya birkaç aşamada gerçekleştirilecek olan işlemi doğru şekilde tamamlayamayacağına ilişkin belirtilerin ortaya çıkması durumunda, temsil yetkisinin aşılması gündeme gelebilir¹⁰⁰. Böyle bir durumda, diğer eş, TMK m. 190 kapsamında, eşinin

⁹⁵ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 14; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 9; **Fankhauser**, KuK Art. 166, N. 5; **Gümüş**, s.202.

⁹⁶ Eğer eşin ailenin diğer ihtiyaçları için vermiş olduğu yetkiyi geri alması hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/II) niteliğindeyse temsil yetkisi geri alınan eş hâkimin müdahalesini isteyebilir (**Özel/Zorluoğlu Yılmaz**, s.1546).

⁹⁷ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 14; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 6a; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 9; **Fankhauser**, KuK Art. 174, N. 4; **Havutcu**, s.152; **Gümüş**, s.202; **Öztaş**, s.281-282.

⁹⁸ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 15; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 6a; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 5; **Havutcu**, s.152; **Gümüş**, s.202.

⁹⁹ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 15; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 6a; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 5; **Öztaş**, s.276; **Havutcu**, s.148; **Gümüş**, s.202.

¹⁰⁰ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 15; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 5; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 10; **Havutcu**, s.152.

olağanüstü temsil yetkisinin kaldırılmasını mahkemeden isteyebilir. Ayrıca, böyle bir durumda, hâkim, koşulların değişmesi nedeniyle TMK m. 200 uyarınca, eşlerden birinin istemi üzerine, diğer eşin olağanüstü temsil yetkisini geri alabilir¹⁰¹.

İşlemin gecikmesinde birliğin yararı bakımından sakınca bulunması ve diğer eşin rızasının bir engelden dolayı alınamaması nedeniyle, eşin ailenin diğer ihtiyaçları için temsil yetkisine sahip olması halinde bu yetki söz konusu istisnâ veya diğer bir deyişle “acil” durumla sınırlıdır. Acil durumda olağanüstü temsil yetkisine sahip olan eş, işlemi derhâl yaparak tamamlamalıdır. Acil durumda, işlemin tamamlandığı veya acil durumda temsil yetkisinin kullanılmasının koşullarından biri ortadan kalktığı anda, temsil yetkisi de kendiliğinden sona erer¹⁰². Dolayısıyla maddî ve zamansal sınırlar nedeniyle söz konusu temsil yetkisinin aşılmasından kural olarak söz edilemez. Bununla birlikte, acil durumda eşin sahip olduğu olağanüstü temsil yetkisinin TMK m. 190 kapsamında kaldırılması, istisnâ olarak söz konusu işlemin tekrarlanabilir olması durumunda gündeme gelebilir¹⁰³.

b. Eşin Temsil Yetkisini Kullanmada Yetersiz Kalması

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılabilmesi veya sınırlanabilmesi için eşin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Dolayısıyla, yukarıda da belirtildiği üzere ayırt etme gücüne sahip olmayan veya hakkında kısıtlılık kararı alınmış olan eşin, “temsil yetkisini” kullanmakta yetersiz kalmasından ve TMK m. 190 gereğince, temsil yetkisinin kaldırılmasından veya sınırlanmasından söz edilemez.

Evlilik birliğini temsil yetkisini gerektiği gibi kullanabilme konusundaki yetersizlik, çoğunlukla eşin kişisel durumundan kaynaklanır. Eşin düşünsel özellikleri, karakterinden veya sağlığından kaynaklanan bir engel, onun, temsil yetkisini kullanmakta yetersiz kalmasına neden olabilir. Bu kapsamda eşin kişisel özellikleri onun karşılaştığı ekonomik durumlara uygun şekilde davranmasını engelliyorsa eşin temsil yetkisini kullanmak konusunda yetersiz

¹⁰¹ Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 5; Schmid, OFK Art. 174, N. 2.

¹⁰² Bräm, ZK Art. 174, N. 17; Isering/Kessler, BaKArt.174, N. 11; Havutcu, s.153.

¹⁰³ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 6a; Schmid, OFK Art. 174, N. 2; Öztaş, s.276; Gümüş, s.203.

olmasından söz edilir. Aynı şekilde kişisel durumu nedeniyle temsil yetkisinin sınırlarını belirleyemeyen veya belirlenen sınırlara uygun hareket edemeyen eş, temsil yetkisini kullanmak konusunda yetersizdir. Bu bağlamda temsil yetkisini aşmasının eşi bakımından da doğuracağı sonuçları öngörebilme yetisinden yoksun olan eş, temsil yetkisini kullanmada yetersizdir¹⁰⁴. Diğer taraftan, eşin kişisel yapı ve karakter yönünden başkaları tarafından kolayca istismar edilebilir olması, normal koşullar altında makul bir kimsenin yapmayacağı hukukî işlemlere girişmesi, onun temsil konusundaki yetersizliğini gösterir¹⁰⁵.

Evliliğin getirdiği zorluklar, bir eşte, ona saygınlık kazandıracak gibi düşündüğü malları satın alma veya aşırı derecede alışveriş yapma gibi davranışlarda bulunarak özgüven eksikliğini giderme ihtiyacı uyandırabilir. Tüm bunlar, evlilik birliğini temsil yetkisinin aşılması tehlikesini doğurur. Söz konusu tehlike, eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin TMK m. 190 kapsamında kaldırılması veya sınırlandırılması yoluyla önlenir¹⁰⁶.

Sadece bireysel uğraşlarına veya ortak yaşamın yalnız bireysel yönlerine aşırı derecede ilgi gösteren, buna karşılık, ailenin temel ihtiyaçlarıyla bile ilgilenmeyen eş, evlilik birliğini temsil yetkisini kullanmada yetersizdir. Aynı şekilde, evin geçindirilmesi için kullanılması gereken mali kaynakları zamansal olarak uygun şekilde dağıtamayan eş de böyledir¹⁰⁷. Evin geçindirilmesi için ayrılan parayı düşüncesizce harcayan, söz konusu parayla temel ihtiyaçları karşılamak yerine acil olmayan ihtiyaçları temin eden, aylık giderler için ayrılan parayı hesapsızca hareket ederek daha ayın ilk gününde bitiren eş, temsil konusunda yetersizdir¹⁰⁸.

¹⁰⁴ **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 13; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 12; **Fankhauser**, KuK Art. 174, N. 5; **Gümüş**, s.203-204.

¹⁰⁵ **Havutcu**, s.153.

¹⁰⁶ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 21.

¹⁰⁷ **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 13; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 12; **Gümüş**, s.204.

¹⁰⁸ **Öztaş**, s.279; **Havutcu**, s.153.

Eşin salt ev işlerini yapmakta yetersiz olması, onun evlilik birliğini temsil konusunda da yetersiz olduğu anlamına gelmez¹⁰⁹. Gerçekten de belirtildiği üzere eşin, evlilik birliğini temsil konusunda yetersiz olmasından söz edilebilmesi için onun üçüncü kişilerle yapılan hukukî işlemlerde mantıklı olmadığı açık olan ekonomik davranışlarda bulunması zorunludur¹¹⁰.

“Temsil yetkisinin açık şekilde aşılması” ile “temsil yetkisinin kullanılmasında yetersiz kalınması” arasındaki sınır belirgin değildir¹¹¹. Sözü edilen iki hâl aynı olayda bir arada da bulunabilir¹¹². Hâkim, önüne gelen olayda, eşin temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlanmasının gerekçesi olarak hangi nedeni göstereceğine, somut olayın tüm özelliklerini değerlendirerek karar verir¹¹³.

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisini kullanma konusunda sadece bir kere başarısız olması, onun temsil yetkisini kullanmada yetersiz olduğu anlamına gelmez¹¹⁴. Buna karşılık, eşin yetersizliği kalıcı nitelikteyse, kural olarak o eşe kayyım veya yasal danışman atanmasının koşulları oluşur¹¹⁵.

C. TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASININ VEYA SINIRLANMASININ ŞEKLİ KOŞULLARI

1. Eşin İstemi

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasının maddî koşullarının gerçekleşmesi durumunda, onun evlilik birliğini temsil yetkisi, kendiliğinden ortadan kalkmaz. TMK m. 190/I gereğince, eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına “diğer eşin istemi üzerine” hâkim tarafından karar verilir.

¹⁰⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 13; Schmid, OFK Art. 174, N. 4; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 13; Gümüş, s.204; Dural/Öğüz/Gümüş, s.189.

¹¹⁰ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.111; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 13; Öztan, s.283.

¹¹¹ Bräm, ZK Art. 174, N. 21; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 14; Havutcu, s.153.

¹¹² Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 14.

¹¹³ Bräm, ZK Art. 174, N. 21.

¹¹⁴ Schmid, OFK Art. 174, N. 4.

¹¹⁵ Bräm, ZK Art. 174, N. 22.

Temsil yetkisinin kaldırılmasını isteme hakkı sadece “diğer eşe” aittir. Eşin kendisi, mahkemeden kendi temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını talep edemez. Üçüncü kişiler de eşlerden birinin veya her ikisinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasını mahkemeden isteyemez. Zira evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılması, eşleri veya diğer bir ifadeyle eşler arasındaki evlilik birliğini doğrudan doğruya ilgilendirmektedir.

Hâkim, re’sen, eşlerden birinin veya her ikisinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına karar veremez¹¹⁶.

Eşinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması istemiyle mahkemeye başvuran eş, temsil yetkisinin kaldırılması için gereken koşulların oluştuğunu ispat yükü altındadır¹¹⁷.

2. Mahkeme Kararı

a. Genel Olarak

Eşlerden biri, diğer eşe karşı yönelteceği irade açıklamasıyla, onun kanundan doğan evlilik birliğini temsil yetkisini kaldıramaz veya sınırlandıramaz. Eşlerde aralarında anlaşarak bir eşin veya her iki eşin kanundan doğan evlilik birliğini temsil yetkisini kaldıramaz veya sınırlandıramaz. Kanundan doğan evlilik birliğini temsil yetkisi, ancak hâkim kararıyla kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir (TMK m. 190/I).

Eşin kanundan doğan evlilik birliğini temsil yetkisi, hâkim tarafından kaldırılincaya veya sınırlandırılincaya kadar tamdır.

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması konusundaki görevli mahkeme, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu¹¹⁸ m. 4 gereğince, aile mahkemesidir.

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması konusunda yetkili mahkeme, TMK m. 201/I gereğince, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir.

¹¹⁶ Yalman, s.29; Ayan, s.221; Kılıçoğlu, s.177; Akıntürk/Ateş, s.130.

¹¹⁷ Öztaş, s.280; Havutcu, s.154.

¹¹⁸ RG, T: 18.01.2003, S:24997.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹¹⁹ (HMK) m. 382/I (b) uyarınca, eşlerden birinin, evlilik birliğini tek başına temsil etmek konusunda yetkili kılınması, çekişmesiz yargı işlerindedir. HMK m. 385/I uyarınca, çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır.

b. Olağan Temsil Yetkisinde Mahkeme Kararı

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, belirtildiği üzere kural olarak sadece, o eşin olağan temsil yetkisini aşan hukukî işlemleri¹²⁰ bakımından söz konusu olur¹²¹.

Hâkim kararıyla evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, yukarıda da ifade edildiği üzere¹²² ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Eş, hâlihazırda evlilik birliğini temsil yetkisini aşmışsa, temsil yetkisinin sonradan kaldırılması veya sınırlandırılması, daha önce yapılmış olan hukukî işlemler üzerinde etki doğurmaz¹²³.

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, ileriye etkili olduğundan, hâkimin, geleceğe dair bir öngöründe bulunması gerekir. Hâkimin, hâlihazırda gerçekleşmiş olan somut olaydaki emarelerden yola çıkarak temsil yetkisinin kaldırılması istenen eşin, ileride söz konusu yetkiyi aşıp aşmayacağına karar vermesi gerekir. Bu kapsamda, eşin bugüne kadar temsil yetkisini defalarca aşmış olması ve diğer eşin uyarılarına rağmen söz konusu davranışını sürdürmesi, onun gelecekte de temsil yetkisini aşacağını gösterir¹²⁴.

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması sert bir önlemdir. Zira ortak yaşam sürdüren eşin temsil yetkisinin kaldırılması, onun artık ailenin ihtiyaçları için tek başına hukukî işlem yapabilmesini engeller. Bu nedenle, eşin evlilik birliğini temsil yetkisine kolayca müdahale edilmemelidir. Söz konusu müdahale, işin gereğiyle sınırlı olmalıdır. Bu bağlamda, eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması yoluna ancak, onun temsil yetkisini aşmasının

¹¹⁹ RG, T: 04.02.2011, S:27836.

¹²⁰ Bkz. yukarıda IV. B. 2. a. ii. başlıklı kısım.

¹²¹ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 27.

¹²² Bkz. yukarıda IV. B. 2. a. i. başlığının ilk paragrafı.

¹²³ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 28; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 17.

¹²⁴ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 28.

ciddi olarak beklenmesi ve diğer önlemlerin (örneğin, TMK m. 195/II kapsamında uyarı) sonuçsuz kalması durumunda gidilmelidir¹²⁵. Eşlerden birinin temsil yetkisini sadece bir kez aşması ve söz konusu aşımın tekrarlanacağına dair herhangi bir belirtinin bulunmaması durumunda, temsil yetkisinin kaldırılması orantısızdır¹²⁶. Böyle bir durumda, hâkim, yetkisini aşan eşi uyarmakla (TMK m. 195/II) yetinmelidir¹²⁷.

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması, amaca uygun ve orantılı olmalıdır¹²⁸. Eşin, temsil yetkisinin tamamen kaldırılması her zaman gerekli veya amaca uygun olmayabilir. Temsil yetkisinin sınırlanması, işin özelliklerine daha uygun düşüyorsa, hâkim, temsil yetkisinin kaldırılmasına değil; sadece sınırlanmasına karar vermelidir¹²⁹. Bu kapsamda, hâkim, eşin temsil yetkisini “belirli bir işlemle” sınırlayabilir. Ayrıca hâkim, eşin evlilik birliğini temsilen yapacağı hukukî işlemlere miktar yönünden bir sınırlama getirebilir¹³⁰. Hâkimin birden fazla sınırlama aracını harmanlayarak daha kapsamlı sınırlama önlemleri alması da mümkündür¹³¹. Ayrıca, hâkim, eşin temsil yetkisini belirli malların (örneğin, elektrikli küçük ev aletleri) satın alınmasını veya belirli araçlarla (örneğin, kredi kartıyla) alışveriş yapılmasını yasaklamak suretiyle de sınırlayabilir¹³².

Eş, diğer eşin temsil yetkisinin sadece “sınırlanmasını” istemişse, hâkim, eşin temsil yetkisini tamamen kaldıramaz. Buna karşılık, eş, diğer eşin temsil yetkisinin tamamen kaldırılmasını istese bile, hâkim, eşin temsil yetkisini

¹²⁵ Bräm, ZK Art. 174, N. 24; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 16.

¹²⁶ Bräm, ZK Art. 174, N. 24; Havutcu, s.154.

¹²⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 16; Havutcu, s.154.

¹²⁸ Bräm, ZK Art. 174, N. 29; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 15a; Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 7; Havutcu, s.154.

¹²⁹ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.112; Bräm, ZK Art. 174, N. 29; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 15a; Havutcu, s.154.

¹³⁰ Bräm, ZK Art. 174, N. 29; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 15b; Schmid, OFK Art. 174, N. 5; Öztaş, s.280; Havutcu, s.154; Ayan, s.221; Öztan, s.283.

¹³¹ Bräm, ZK Art. 174, N. 29.

¹³² Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 15a; Schmid, OFK Art. 174, N. 5; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 16.

sadece sınırlayabilir¹³³. Zira çoğun içinde az da vardır. Hâkim, eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasının mı yoksa sadece sınırlanmasının mı amaca uygun olduğunu; somut olay bakımından hangi önlemin orantılı olduğunu, takdir yetkisini kullanarak (TMK m. 4) değerlendirir¹³⁴.

Eşin temsil yetkisini aşmasına veya kullanmakta yetersiz kalmasına yol açan sebebin, akıl zayıflığı, savurganlık gibi onun kısıtlanmasını gerektirecek ölçüde olduğunu belirleyen hâkimin, durumu re'sen vesayet makamına bildirmesi gerekir. Eşin yetersizliği kalıcı nitelikteyse, eşe kayyım veya yasal danışman atanmasının koşulları oluşabilir¹³⁵.

Eşin olağan temsil yetkisi hâlihazırda mahkeme kararıyla kaldırılmışsa, hâkimin o eşin başvurusu üzerine, ona evlilik birliğini temsilen belirli bir hukukî işlemi yapabilme konusunda izin vermesi pek olası değildir. Bununla birlikte, istisnaî olarak ihtiyaç hâlinde, hâkimin temsil yetkisi kaldırılan eş, belirli bir hukukî işlem yapma konusunda yetkilendirebilmesi öğretide kabul edilmektedir¹³⁶.

c. Olağanüstü Temsil Yetkisinde Mahkeme Kararı

Hâkim tarafından verilen olağanüstü temsil yetkisinde, diğer eşin istemi üzerine hâkim, TMK m. 190 gereğince, eşin olağanüstü temsil yetkisini “henüz gerçekleştirilmemiş olan işlemler” yönünden kaldırabilir veya sınırlandırabilir¹³⁷. Zira hâkim tarafından olağanüstü temsil yetkisinin kaldırılmasına ilişkin karar, ileriye etkili olduğundan, eşin geçmişte evlilik birliğini olağanüstü temsil yetkisini aşarak yapmış olduğu hukukî işlem, hâkimin verdiği sonraki kararlarla kaldırılamaz veya düzeltilemez. Hâlihazırda tamamlanmış olan hukukî işlemler, temsil yetkisinin sonradan kaldırılmasından etkilenmez¹³⁸.

¹³³ **Öztaş**, s.280; **Havutcu**, s.154; **Öztan**, s.284.

¹³⁴ **Havutcu**, s.154.

¹³⁵ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 22; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 16; **Öztaş**, s.280; **Gümüş**, s.205; **Havutcu**, s.154; **Öztan**, s.284.

¹³⁶ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 30.

¹³⁷ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 32.

¹³⁸ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 31.

Acil durumda eşin sahip olduğu olağanüstü temsil yetkisinin TMK m. 190 kapsamında kaldırılması, yukarıda da belirtildiği üzere¹³⁹, istisnaî olarak sadece söz konusu işlemin tekrarlanabilir olması durumunda gündeme gelebilir. Dolayısıyla bir eşin istemi üzerine hâkim, diğer eşin acil durumlardaki evlilik birliğini olağanüstü temsil yetkisini geçmişte gerçekleşen ve gelecekte tekrarlanma ihtimâli yüksek olan hukukî işlem bakımından kaldırabilir veya sınırlandırabilir.

V. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASININ VEYA SINIRLANMASININ SONUÇLARI

A. EŞLER ARASINDAKİ İÇ İLİŞKİDEKİ SONUÇLARI

Eşlerden birinin temsil yetkisini aşması, onun diğer eşe karşı olan yükümlülüklerine aykırı davranması anlamına gelir. Eşin söz konusu yükümlülüğüne aykırı davranışının yaptırımı, hâkim tarafından o eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasıdır¹⁴⁰.

Eşlerden birinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, evlilik birliğinin yönetimini ve eşler arasındaki görev dağılımını (TMK m. 186) etkiler. Evlilik birliğini temsil yetkisi kaldırılan eş, ailenin sürekli ihtiyaçlarının giderilmesi için artık evlilik birliğini temsilen hukukî işlem yapamaz ve dolayısıyla evlilik birliğindeki görevlerini ancak sınırlı ölçüde yerine getirebilir. Bundan sonra, ailenin ihtiyaçlarının karşılanması için alışveriş yapma, günlük tüketim mallarını satın alma işi, evlilik birliğini temsil yetkisi devam eden eşe kalır. Temsil yetkisi devam eden eş, söz konusu işleri tek başına yapmak veya temsil yetkisi kaldırılan eşle birlikte yürütmek zorundadır¹⁴¹.

¹³⁹ Bkz. yukarıda IV. B. 2. a. iii. başlığının en son paragrafı.

¹⁴⁰ Bräm, ZK Art. 174, N. 35.

¹⁴¹ Bräm, ZK Art. 174, N. 36.

Hâkim tarafından evlilik birliğini temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eşin fiil ehliyeti, söz konusu karardan etkilenmez¹⁴². Temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eş, üçüncü kişilerle işlem yapmaya devam edebilir; ancak eş, yaptığı hukukî işlemlerden sadece kişisel olarak sorumlu olur; diğer eş yapılan işlemde müteselsilen sorumlu olmaz¹⁴³. Temsil yetkisi sınırlanan eş de söz konusu sınırı aştığı ölçüde yapılan işlemde kişisel olarak sorumlu olur. Diğer eşin müteselsil sorumluluğu sadece temsil yetkisinin sınırları içinde kalan kısma ilişkindir.

Eşlerden birinin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması, o eşin, diğer eşin evlilik birliğini temsilen yapmış olduğu işlemler nedeniyle, üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olmasını engellemez. Temsil yetkisi kaldırılan eşin ailenin ihtiyaçları için yaptığı hukukî işlemler nedeniyle diğer eş müteselsil sorumlu olmazken, temsil yetkisi devam eden eşin, evlilik birliğini temsilen yaptığı hukukî işlemler dolayısıyla diğer eş, müteselsil sorumlu olur¹⁴⁴.

Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına rağmen, birliği temsilen hukukî işlem yapmaya devam eden eşle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişiler, diğer eşe başvurabilir. Böyle bir durumda, borcu ifa etmek zorunda kalan eş, aslında TMK m. 186/III gereğince “diğer eş” tarafından ödenmesi gereken bir borcu ifa etmek zorunda kalmışsa, eşine rücu ederek ondan fazladan ödemek zorunda kaldığı miktarın kendisine ödenmesini talep edebilir¹⁴⁵.

¹⁴² **Bräm**, ZK Art. 174, N. 37; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 22; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 9; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 20; **Fankhauser**, KuK Art. 174, N. 6; **Özel/Zorluoğlu Yılmaz**, s.1547; **Havutcu**, s.155; **Ayan**, s.222; **Öztan**, s.284.

¹⁴³ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 37; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 22; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 9; **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 20; **Fankhauser**, KuK Art. 174, N. 6; **Havutcu**, s.155; **Ayan**, s.222; **Öztan**, s.284.

¹⁴⁴ **Havutcu**, s.155.

¹⁴⁵ **Isering/Kessler**, BaK Art.174, N. 21; **Gümüş**, s.206.

B. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI (DIŞ İLİŞKİDEKİ) SONUÇLARI

1. Genel Olarak

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin hâkim kararıyla kaldırılması veya sınırlandırılması, yukarıda da ifade edildiği üzere¹⁴⁶, ileriye etkili sonuç doğurur. Temsil yetkisinin kaldırılmasından veya sınırlandırılmasından önce yapılan işlemler, temsil yetkisinin sonradan kaldırılmasından veya sınırlandırılmasından etkilenmez¹⁴⁷.

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması ve sınırlandırılması durumunda, belirli koşullar altında, iyiniyetli üçüncü kişiler korunur.

Bununla birlikte, üçüncü kişiler şu hâllerde, temsil edilen eşe karşı, iyiniyetli olduklarını ileri süremezler¹⁴⁸:

- Eş, hukukî işlem yaparken temsil yetkisini üçüncü kişi tarafından anlaşılacak şekilde aşmışsa (TMK m. 189/II),
- Temsil edilen eş tarafından, diğer eşin temsil yetkisinin mahkeme kararıyla kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı, üçüncü kişiye kişisel duyuru yoluyla bildirilmişse (TMK m. 190/I),
- Eşin temsil yetkisinin kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı mahkeme kararıyla ilân edilmişse (TMK m. 190/II).
- Üçüncü kişi, kendisiyle hukukî işlem yapan eşin temsil yetkisinin mahkeme kararıyla kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını, diğer eş tarafından kendisine henüz kişisel olarak bildirimde bulunulmasından önce öğrenmişse veya öğrenmesi gerekliyse.

Mahkeme tarafından, eşin temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına dair bir karar verilmeden önce, diğer eşin, üçüncü kişiye, yapılacak olan hukukî işlemde kendisinin müteselsilen sorumlu olmayacağını bildirmesi, üçüncü kişiye karşı temsil yetkisinin mahkeme tarafından kaldırılmasının hukukî sonuçlarını doğurmaz. Bununla birlikte, kendisine bu türden bir bildirimde bulunulan üçüncü kişinin, hukukî işlem yaptığı eşin,

¹⁴⁶ Bkz. yukarıda IV. B. 2. a. i. başlığının ilk paragrafı.

¹⁴⁷ Bräm, ZK Art. 174, N. 31; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 17; Öztaş, s.281; Havutcu, s.155.

¹⁴⁸ Bräm, ZK Art. 174, N. 40; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 23.

evlilik birliğini temsil yetkisini aşabileceğini hesaba katması gerekir. Böyle bir bildirimde rağmen o eşle hukukî işlem yapan üçüncü kişi, diğer eşin yapılan hukukî işlemde müteselsilen sorumlu olmaması riskini taşır¹⁴⁹.

Üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmamasının hukukî sonucu, diğer eşin, yapılan hukukî işlemde, işlemi yapan eşle birlikte müteselsilen sorumlu olmamasıdır. Diğer bir ifadeyle üçüncü kişinin iyiniyeti korunmadığı sürece, yapılan işlemde, işlemi yapan eş, sadece kişisel olarak sorumlu olur. Buna karşılık, belirtildiği üzere temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, ileriye etkili olduğundan hâlihazırda tamamlanmış olan hukukî işlemler, işlemi yapan eşe karşı ileri sürülebildiği sürece, geçerliliğini korur. Üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmaması, o işlemin geçerliliği bakımından önem taşımaz¹⁵⁰.

Eş tarafından üçüncü kişiyle bir hukukî işlemin yapılmasından sonra, üçüncü kişiyle diğer eş arasında, müteselsil sorumluluk konusunda bir hukukî uyuşmazlık ortaya çıkarsa, söz konusu hukukî uyuşmazlık, olağan yargılama yolu kapsamında çözülür. Bu nedenle, söz konusu uyuşmazlık, aile mahkemesi tarafından değil; davanın esasına bakmakla görevli olan mahkeme (örneğin, tüketici veya asliye hukuk mahkemesi) tarafından karara bağlanır¹⁵¹.

Hâkim, eşlerin ayrı yaşamasına karar vermişse veya eşler fiilen ayrı yaşıyorlarsa temsil yetkisine ilişkin olarak üçüncü kişilerin iyiniyetin korunması söz konusu olmaz¹⁵².

2. Eşler Tarafından Üçüncü Kişilere Bildirimde Bulunulması

Eşinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırmasını sağlayan eş, söz konusu kararı, üçüncü kişilere ancak kişisel duyuru yoluyla bildirebilir (TMK m. 190/I). Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırmasına karar veren mahkemenin, kararında, eşin alınan kararı üçüncü kişilere kişisel duyuru yoluyla bildirebileceğinin belirtilmesi gerekir¹⁵³.

¹⁴⁹ Bräm, ZK Art. 174, N. 40.

¹⁵⁰ Bräm, ZK Art. 174, N. 41; Havutcu, s.156; GümüŖ, s.206.

¹⁵¹ Bräm, ZK Art. 174, N. 42.

¹⁵² Näf-Hofmann/Näf-Hofmann, s.115; GümüŖ, s.206; Öztan, s.284.

¹⁵³ Bräm, ZK Art. 174, N. 43.

Eş tarafından yapılan kişisel duyuru, sadece, eşin hukukî işlem yapabileceği muhtemel üçüncü kişi çevresinin belirlenebilir olması ve özellikle üçüncü kişilerin ismen bilinmesi durumunda etkili olabilir¹⁵⁴.

Kişisel duyuru, istemde bulunan eşin, mahkeme kararını, eşle hukukî işlem yapması muhtemel olan üçüncü kişi çevresine tek tek mektup, telefon, belgegeçer ve e-posta gibi iletişim araçlarıyla veya yüz yüze sözlü olarak¹⁵⁵ bildirmesi yoluyla gerçekleştirilir¹⁵⁶. Buna karşılık, istemde bulunan eş, eşinin temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını ilân edemez¹⁵⁷.

Eşinin temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını üçüncü kişilere kişisel olarak bildiren eş, söz konusu bildirimimin içeriğinde, sadece onun temsil yetkisinin mahkeme tarafından kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını ve söz konusu kaldırmanın veya sınırlamanın ne ölçüde gerçekleştirildiğine yer verebilir¹⁵⁸.

Temsil yetkisinin sınırlanması veya kaldırılması kararı, üçüncü kişilerin durumdan haberdar olmasıyla birlikte ve o andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur¹⁵⁹. Bu kapsamda, kişisel duyuru yoluyla bildirim, temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eşle işlem yapan üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırır. Bununla birlikte, üçüncü kişi, duyuruya rağmen durumdan habersiz olduğunu ispat edebilirse, diğer eşi yapılan işlemde müteselsil olarak sorumlu tutabilir¹⁶⁰.

Olağanüstü temsilde eşlerden birinin diğer eşe verdiği yetkinin geri alınması, her zaman kişisel duyuru yoluyla üçüncü kişilere bildirilebilir; bu olasılıkta, ilân yoluyla duyuru bakımından TMK m. 190 uygulanmaz¹⁶¹.

¹⁵⁴ Bräm, ZK Art. 174, N. 43; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 18.

¹⁵⁵ Näf-Hofmann/Näf-Hofmann, s.120.

¹⁵⁶ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 19; Yalman, s.29; Öztaş, s.282; Havutcu, s.157; Gümüş, s.205.

¹⁵⁷ Näf-Hofmann/Näf-Hofmann, s.120; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.112; Bräm, ZK Art. 174, N. 45; Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 8; Schmid, OFK Art. 174, N. 6; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 19.

¹⁵⁸ Bräm, ZK Art. 174, N. 43.

¹⁵⁹ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, s.112; Öztan, s.284.

¹⁶⁰ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 18; Öztaş, s.283; Havutcu, s.158.

¹⁶¹ Havutcu, s.157.

3. Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının veya Sınırlanmasının İlânı

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına karar veren hâkim, diğer eş tarafından bu yönde açıkça bir istemde bulunulmuşsa, durumu ilân edebilir¹⁶². Hâkim, bu konuda takdir yetkisine (TMK m. 4) sahiptir. Hâkim, istemde bulunan eşin, yetkinin kaldırılmasının veya sınırlanmasının ilân yoluyla duyurulmasındaki menfaatıyla, yetkisi kaldırılan eşin kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatini karşılaştırır ve ancak durum ve koşullara uygun düşerse, kararın ilân yoluyla duyurulmasına karar verir¹⁶³. Ayrıca, hâkim, ilân yoluna ancak; temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eşle hukukî işlem yapması muhtemel olan üçüncü kişilerin somut olarak belirlenmesinin mümkün olmaması hâlinde başvurur¹⁶⁴. Zira üçüncü kişilerin somut olarak belirlenmesi mümkünse, eşin kararı o kişilere kişisel duyuru yoluyla bildirmesi, amaca daha uygundur.

Hâkim, eşin temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına dair kararın, durumun özelliklerine göre yerel veya ulusal günlük bir gazetede ilân edilmesine karar verebilir¹⁶⁵.

Eşin temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlanması kararının hâkim tarafından ilân edilmesinden sonra üçüncü kişiler söz konusu ilândan gerçekten haberdar olsun veya olmasın, onların iyiniyeti ortadan kalkar; diğer bir deyişle üçüncü kişilerin iyi niyeti artık korunmaz (TMK m. 190/II)¹⁶⁶. Dolayısıyla yapılan hukukî işlemde diğer eş müteselsil olarak sorumlu olmaz¹⁶⁷.

¹⁶² Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, s.316.

¹⁶³ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 20; Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 8; Schmid, OFK Art. 174, N. 6; Fankhauser, KuK Art. 174, N. 7; Öztaş, s.282; Havutcu, s.157; Gümüş, s.205-206.

¹⁶⁴ Bräm, ZK Art. 174, N. 44; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 20; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 19; Fankhauser, KuK Art. 174, N. 7; Öztaş, s.282.

¹⁶⁵ Bräm, ZK Art. 174, N. 44; Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 8; Isering/Kessler, BaK Art.174, N. 19.

¹⁶⁶ Bräm, ZK Art. 174, N. 44; Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 23; Göksu/Heberlein, CHK Art. 174, N. 8; Fankhauser, KuK Art. 174, N. 7; Özel/Zorluoğlu Yılmaz, s.1548; Havutcu, s.158; Öztan, s.285.

¹⁶⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, BK Art. 174, N. 23; Fankhauser, KuK Art. 174, N. 7.

Bir kişinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasının ilân edilmesi, o kişinin toplumdaki itibarını zedeler. Söz konusu ilân, eşin kişilik haklarına saldırı niteliğindedir¹⁶⁸. TMK m. 190/II gereğince, temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının ilânı ancak hâkim tarafından gerçekleştirilebilir. Mahkemenin bu yönde bir kararı olmamasına rağmen, eşin, eşinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını, kamuya duyurması, temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlandırılan eşin kişilik haklarını ihlâl eder¹⁶⁹. Kişilik haklarının zedelenmesinden zarar gören eş, mahkemenin bu yönde bir kararı olmamasına rağmen eşinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını kamuya duyuran eşten uğramış olduğu zararın giderilmesini isteyebilir (TMK m. 25, TBK m. 58).

Eşin temsil yetkisinin sınırlandırılmasının genel bir ilânla üçüncü kişilere bildirilmesini haklı kılan bir neden olmamasına rağmen yapılacak olan ilân, eşin kişilik haklarına aykırılık oluşturur ve bu hukuka aykırılık, kişisel bilgilendirilme yapılmadığı sürece, üçüncü kişilerin iyiniyetini ve dolayısıyla diğer eşin yapılan hukukî işlemde müteselsel sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹⁷⁰.

VI. EVLİLİK BİRLİĞİNİ TEMSİL YETKİSİNİN GERİ VERİLMESİ

Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin karar sürekli niteliktedir¹⁷¹. Eşin kanundan doğan evlilik birliğini temsil yetkisi, istem

¹⁶⁸ Öğretide *Özel/Zorluoğlu Yılmaz*, üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasının ortadan kaldırılabilmesi için ispat kolaylığı açısından mahkeme tarafından ilân yoluna başvurulmasının daha yerinde olduğunu kabul etmektedir (*Özel/Zorluoğlu Yılmaz*, s.1548). Bize göre, talepte bulunan eşin üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasının ortadan kaldırılmasında ispat kolaylığı sağlanması yönündeki menfaatiyle temsil yetkisi kaldırılan ve sınırlandırılan eşin kişilik haklarının korunması yönündeki menfaati karşılaştırıldığında kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaat daha ağır basmaktadır. Hâl böyle olunca salt ispat kolaylığı sağlanabilmesi amacıyla mahkeme yoluyla ilân yoluna başvurulmaması gerektiği kanaatindeyiz.

¹⁶⁹ **Bräm**, ZK Art. 174, N. 45; **Hausheer/Reusser/Geiser**, BK Art. 174, N. 18; **Göksu/Heberlein**, CHK Art. 174, N. 8; **Schmid**, OFK Art. 174, N. 6; **Öztaş**, s.282; **Havutcu**, s.157.

¹⁷⁰ **Gümüş**, s.206

¹⁷¹ **Bräm**, ZK Art. 179, N. 2; **Schmid**, OFK Art. 174, N. 1. Öğretide *Ayan*, hâkimin, eşin temsil yetkisini belirli bir süre için kaldırabileceğini veya sınırlayabileceğini kabul etmektedir.

üzerine hâkim tarafından kaldırılmış veya sınırlanmışsa, yine istem üzerine hâkim tarafından geri verilinceye kadar, öyle kalmaya devam eder. Buna karşılık, evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin verilen karar değişmez nitelikte değildir¹⁷².

Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin karar, söz konusu kararın verildiği zamanda var olan koşulların sonradan değişmesi durumunda, eşlerden birinin istemi üzerine, hâkim tarafından değiştirilebilir (TMK m. 191/I). Hâkim, eşlerden “herhangi birinin” istemi üzerine, temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eşe evlilik birliğini temsil yetkisini “tamamen veya kısmen” geri verebilir¹⁷³. Eşin temsil yetkisi sınırlanmışsa, söz konusu sınırlama kaldırılabilir; eşin temsil yetkisi kaldırılmışsa, temsil yetkisi tamamen veya sadece sınırlı olarak geri verilebilir¹⁷⁴.

Temsil yetkisinin hâkim tarafından geri verilebilmesi için temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eşin, davranışlarının ekonomik açıdan önceki döneme göre düzelmiş olması gerekir. Eşin, temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına yol açan davranışlarının ortadan kalkmış olması ve eşin finansal yönetim anlamında hâkimde güven uyandırması gerekir¹⁷⁵. Temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eş, evlilik birliğini temsilen hukukî işlem yapma imkânından yoksun olduğundan, onun, evlilik birliğini temsil yetkisini hukuka uygun olarak kullanabileceğini somut hukukî işlemlere dayanarak ispat edebilme olanağı yoktur¹⁷⁶. Bununla birlikte, hâkim, eşin genel olarak ekonomi

Ayan'a göre, hâkim, eşin temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin kararında, herhangi bir süre belirtmişse, temsil yetkisi bu süre dolunca, kendiliğinden yeniden kazanılır (*Ayan*, s.223). Ne var ki, bize göre, hâkim, temsil yetkisinin sadece belirli bir süre için kaldırılmasına veya sınırlanmasına karar veremez. Zira temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması, eşin temsil yetkisini aşan hukukî işlemler yapması ve ileride de bu tür hukukî işlemler yapmasının ondan beklenmesi veya eşin temsil yetkisini kullanmakta yetersiz olması durumunda gündeme gelir. Hâl böyle olunca, temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eşin bir süre sonra temsil yetkisini aşmayacağı veya temsil yetkisini kullanmakta yeterli hâle geleceğini bilinemez.

¹⁷² *Yalman*, s.30; *Aküntürk/Ateş*, s.131.

¹⁷³ *Bräm*, ZK Art. 179, N. 28; *Isering/Kessler*, BaK Art.179, N. 6; *Özel/Zorluoğlu Yılmaz*, s.1549; *Havutcu*, s.158; *Kılıçoğlu*, s.179.

¹⁷⁴ *Kılıçoğlu*, s.179.

¹⁷⁵ *Bräm*, ZK Art. 179, N. 28; *Havutcu*, s.158.

¹⁷⁶ *Bräm*, ZK Art. 179, N. 28; *Havutcu*, s.158.

yönetimine ve evlilik birliğinin finansal açıdan yürütülmesine ilişkin diğer davranışlarına bakarak onun bundan sonra evlilik birliğini temsil yetkisini, ailenin ihtiyaçlarının giderilmesi amacına uygun ve bu amaçla sınırlı olarak kullanabileceğine kanaat getirirse, istem üzerine temsil yetkisinin geri verilmesine karar verir¹⁷⁷. Buna karşılık, eşin finansal yönetim alanındaki değişikliği önemsiz veya geçici nitelikteyse, hâkim, temsil yetkisinin geri verilmesine karar veremez¹⁷⁸.

Temsil yetkisinin geri verilmesi istemi, eşinin temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlanmasını sağlayan eş tarafından yöneltilmişse, hâkimin temsil yetkisini geri verebilmesi için yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eşin davranışlarının önceki döneme göre düzelip düzelmediğini incelenmesine gerek yoktur¹⁷⁹.

Temsil yetkisinin geri verilmesine ilişkin karar da ileriye etkilidir¹⁸⁰.

İlk karar ilân edilmişse, değişikliğe ilişkin karar da ilân olunur (TMK m. 191/II). TMK 191/II'de, önceki kararın diğer eş tarafından kişisel duyuru yoluyla üçüncü kişilere bildirilmiş olması durumunda, değişikliğe ilişkin kararın da eş tarafından üçüncü kişilere kişisel bildirim yoluyla duyurulup duyurulmayacağı düzenlenmemiştir. Buna rağmen, temsil yetkisinin geri verilmesi durumunda, istemde bulunan eşin söz konusu kararı, daha önce bildirimde bulunulan üçüncü kişilere yine kişisel duyuru yoluyla bildirebilmesine izin verilmelidir¹⁸¹.

Evlilik birliğini temsil yetkisinin geri verilmesine ilişkin kararın ilânı açıklayıcı niteliktedir¹⁸².

VII. SONUÇ

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması, TMK m. 190'da düzenlenmiş olup kural olarak olağan temsil yetkisi, istisnâ olarak ise olağanüstü temsil yetkisi bakımından uygulama alanı bulur.

¹⁷⁷ Benzer yönde bkz. **Bräm**, ZK Art. 179, N. 28; **Havutcu**, s.158.

¹⁷⁸ **Schmid**, OFK Art. 174, N. 4.

¹⁷⁹ **Bräm**, ZK Art. 179, N. 34.

¹⁸⁰ **Isering/Kessler**, BaK Art.179, N. 8; **Fankhauser**, KuK Art. 179, N. 6.

¹⁸¹ **Gümüş**, s.207.

¹⁸² **Özel/Zorluoğlu Yılmaz**, s.1549; **Gümüş**, s.207; **Öztan**, s.282.

Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının ön koşulu, temsil yetkisi kaldırılmak veya sınırlandırılmak istenen eşin, evlilik birliğini temsile yetkili olmasıdır.

Evlilik birliğini temsil yetkisi, eşin temsil yetkisini aşması veya temsil yetkisini kullanmada yetersiz kalması durumunda kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Eşin evlilik birliğini temsil yetkisini aşıp aşmadığı, somut olayın özelliklerine göre belirlenir.

Olağan temsil yetkisi kapsamında bir eş tarafından yapılan işlem, ailenin belirlenen sürekli ihtiyaçları dışında kalıyorsa veya ailenin günlük ihtiyaçlarını karşılayacak ekonomik sınırı açıkça ihlâl ediyorsa, temsil yetkisi aşılmıştır. Olağanüstü temsil yetkisinin aşılması, ancak, işlemin süreklilik göstermesi veya tekrarlanabilir olması durumunda mümkündür.

Eşin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına diğer eşin istemi üzerine hâkim tarafından karar verilir. Evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, amaca uygun ve orantılı olmalıdır. Temsil yetkisinin sınırlandırılması, işin özelliklerine daha uygun düşüyorsa, hâkim, temsil yetkisinin sadece sınırlandırılmasına karar verir. Eş, diğer eşin temsil yetkisinin sınırlandırılmasını istemişse, hâkim, temsil yetkisinin kaldırılmasına karar veremez.

Hâkim tarafından evlilik birliğini temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlandırılan eşin fiil ehliyeti, karardan etkilenmez. Temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlandırılan eş, ailenin ihtiyaçlarına yönelik olarak yapmış olduğu hukukî işlemlerden sadece kişisel olarak sorumlu olur. Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, ileriye etkili sonuç doğurur.

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin karar, eş tarafından üçüncü kişilere kişisel duyuru yoluyla bildirilmişse veya hâkim tarafından ilân edilmişse üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmaz.

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin karar, söz konusu kararın verildiği zamanki koşulların sonradan değişmesi durumunda, eşlerden birinin istemi üzerine, hâkim tarafından değiştirilebilir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya** (2021) Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku, 23. Bası, Ankara, Beta Yayıncılık.
- Akyol, Şener** (2009) Türk Medeni Hukukunda Temsil, 1. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Ayan, Serkan** (2004) Evlilik Birliğinin Korunması, 1. Bası, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Berger, Markus** (1987) Die Stellung Verheirateter im rechtsgeschäftlichen Verkehr, 1. Auflage, Freiburg, Universitätsverlag.
- Bräm, Verena** (1998) ZK - Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper** (2016) Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Fankhauser, Ronald** (2018) KuK -Kurzkommentar ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Göksu, Tarkan/Heberlein, Adrian** (2016) CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB – PartG, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.
- Gümüş, Mustafa Alper** (2008) Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), 1. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Hasenböhler, Franz** (1998) Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Die Wirkungen der Ehe im Allgemeinen, Art. 159-180, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.
- Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.** (2018) Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag.

- Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas** (1999) Berner Kommentar, ZGB –Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180, 2. Auflage, Bern, StämpfliVerlag.
- Havutcu, Ayşe** (2006) Evlilik Birliğinin Temsili, 1. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Isering, Bernard/Kessler, Martin A.** (2014) Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag.
- İnceoğlu, M. Murat** (2009) Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, 1. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2019) Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Näf-Hofmann, Marlies/Näf-Hofmann, Heinz** (1998) Schweizerisches Ehe - und Erbrecht, 1. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.
- Özel, Çağlar/Zorluoğlu Yılmaz, Ayça** (2020) “Türk Hukukunda Ailenin İhtiyaçları ve Bu İhtiyaçlar Bakımından Eşlerin Evlilik Birliğini Temsil Yetkisi”, Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu’na Armağan, Cilt II, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.1517-1552.
- Öztan, Bilge** (2015) Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Öztaş, İlker** (2010) “Evlilik Birliğinin Temsili ve Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Sona Ermesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:16, S:1-2, s.247-284.
- Schmid, Ursula** (2016) Orell Füssli Kommentar, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Orell Füssli Verlag.
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra** (2015) Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Basel, SchulthessVerlag.
- Yalman, Süleyman** (2004) “Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:12, S:3-4, s.7-30.
- Zeiter, Alexandra/Schlumpf, Michael** (2016) Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag.

NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİ*

Arş. Gör. Elif AVCI**

ÖZET

Sanayi devrimi sonrasında artan üretim ile sanayiciler bu malları tüketicilere ulaştırma konusunda yeni arayışlar içerisine girmiştir. Üretilen malların birden fazla aracı eliyle tüketicilere ulaştırılması en klasik yöntem olup, yüksek maliyetlere yol açmıştır. Ürünlerin fiyatının yüksekliği satışını da etkilemiştir. Bu nedenle üreticiler, fiyatın çok artmadan tüketiciye ulaştırılmasını sağlayacak yöntemler geliştirmiştir. Bu yöntemlerden biri ürünlerin müşterilere ev ve iş yerlerinde tanıtılarak satılmasını sağlayan “doğrudan pazarlama”dır.

Doğrudan pazarlama sistemiyle bağımsız çalışan statüsünde olan kişi, firmadan toptan fiyata aldığı ürünleri tüketicilere perakende fiyatına satarak aradaki farktan kazanç elde etmektedir. Doğrudan pazarlamada, satıcının sadece kendisinin sattığı ürünlerden kazanç elde etmesi halinde tek katlı pazarlamadan bahsedilir. Satıcının hem kendi satışı hem de sisteme dahil ettiği kişilerin satışlarından kazanç elde etmesi halinde ise çok katlı pazarlama söz konusu olmaktadır. Çok katlı pazarlama kişiye bir ağ oluşturup iki yönlü kazanç elde etme imkanı sunmaktadır. Oluşturulan bu ağ network; yapılan iş olan pazarlama ise marketing olarak ifade edilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Doğrudan Pazarlama, Bağımsız Çalışan, Tüketici, Ürün, Kazanç.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.892288 - Geliş Tarihi: 13.03.2021 – Kabul Tarihi: 06.01.2022.

** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk, epolat@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2477-855X.

NETWORK MARKETING CONTRACT

ABSTRACT

With the increasing production after the industrial revolution, industrialists have searched new ways to deliver these goods to consumers. It is the most classic method of delivering the produced goods to the consumers by more than one intermediary, causing high costs. The high price of the products also affected its sales. For this reason, manufacturers have developed methods to ensure that the price is delivered to the consumer without increasing the price. One of these methods is "direct marketing", which enables products to be introduced and sold to customers at home and workplaces.

With the direct marketing system, the individual who has the status of working independently earns a profit from the remaining part by selling the products purchased from the company at wholesale prices to the consumers at retail prices. In direct marketing, one-storey marketing is mentioned in the event that the seller earns only from the products s/he sells. Multilevel marketing is the case in the case of the sales earned by the sellers, both of whom are sold by themselves and by those who are included in the system. Multi-level marketing offers the person the opportunity to create a network and earn two-way earnings. This earning method is referred to as network marketing.

Keywords: Direct Marketing, Self Employed, Consumer, Product, Gain.

I. GİRİŞ

Endüstrinin gelişmesi ile birlikte üreticiler ve büyük satıcılar artan ürün sayısına bağlı olarak farklı pazarlama yöntemleri aramıştır. Ürünlerin satılmasına kadar geçen süre ve aradaki araçların fazlalığı, düşük maliyetlerle üretilen ürünlerin yüksek fiyatlarla tüketiciye ulaşmasına neden olmakta idi. Bu sorunun aşılması amacıyla ithalatçı firmalar ve üreticiler imal ettiği ürünleri aracı olmaksızın doğrudan tüketiciye ulaştırma yöntemleri geliştirmişlerdir. Bu çözüm yollarından birisi de son yıllarda ülkemizde de yaygınlaşan network marketing sistemidir. Bu sistem ile ürünlerini pazarlamak isteyen üreticiler, doğrudan satıcı olarak adlandırılan kişiler aracılığıyla bu işlemi gerçekleştirmektedirler. Doğrudan satıcılar üretici firmadan aldıkları ürünleri doğrudan tüketiciye ulaştırmakta; diğer yandan sisteme kendisi gibi çalışacak yeni kişiler kazandırmaktadır. Böylece doğrudan satıcı hem kendi sattığı ürünler sayesinde kâr elde etmekte hem de sisteme kaydettiği kişilerin yaptığı satış üzerinden prim, komisyon, ödül adı altında bir ücret kazanmaktadır.

Günümüzde milyonlarca insanın faaliyet gösterdiği network marketing sistemi bünyesinde birçok avantaj barındırmaktadır. İş hacmi bakımından önemli bir seviyeye ulaşan ve dünyanın birçok ülkesinde mevcut bir sektör haline gelen network marketing sistemi, doğrudan pazarlamanın en etkili yöntemlerinden biridir. 1990'lı yılların başından itibaren Türkiye'de faaliyetine başlanılan ve 2000'li yıllarda hızla gelişen bu sistem, şimdilerde ülkemizde oldukça ilgi görmektedir. Artan nüfus, işsizlik, kentleşme gibi sosyal sorunların artması ile birlikte yarı zamanlı çalışma ve alternatif gelir imkânı, bu sistemin ülkemizde bu denli yaygınlaşmasının önemli nedenlerinden biridir.

İşleyiş bakımından basit gibi görünen network marketing sisteminin, ciddi sorunlara yol açtığı da görülmektedir. Özellikle ponzi şeması veya piramit satış sistemi olarak adlandırılan hukuka aykırı bir yapının bu sözleşme ile benzerliği network marketing sisteminin meşruiyeti üzerinde tartışmalar yaratmaktadır. Piramit satış sistemi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹ m. 80 hükmü ile yasaklanmış olup, doğrudan satış sistemi adı altında düzenlemeye tabi tutulan network marketing sistemi ise, İşyeri Dışında

¹ RG. 28.11.2013- 28835.

Kurulan Sözleşmeler Yönetmeliği² kapsamında yasal bir zemine sahiptir. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve doğrudan satıcının hukuki statüsünün belirlenmesine ilişkin hususlar ise, diğer bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada network marketing sözleşmesinin tanımı, tarihi gelişimi, unsurları, tarafların borçları ve sona ermesine ilişkin hususlar ele alınmıştır. Ayrıca taraflar arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve doğrudan satıcının statüsü tespit edilmeye çalışılmıştır.

II. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Sanayi devriminin etkisiyle üretimin artması, üretici firmaları pazar payını artırmak amacıyla yeni arayışlara yönlendirmiştir. Söz konusu firmalar ürünlerini satabilmek için pazarlama yöntemini geliştirmiş ve bunun neticesinde “pazarlama” bir bilim haline dönüşmüştür. Bu çerçevede gelişen kitlesel pazarlama yöntemleri sonucunda üretilen ürünler çeşitli yöntemlerle kitlelere pazarlanmaya başlanmıştır. Ürün ve hizmetin tüketiciye ulaştırılması aşamasına aracı kurumların dahil edilmediği, doğrudan pazarlama bu yöntemlerden biridir. Doğrudan pazarlama, ürünlerin bir satıcı tarafından, müşterilere evlerinde veya perakende satış noktası sayılmayan yerlerde anlatılmak suretiyle tanıtıldığı bir satış yöntemidir³. Dolayısıyla bu sistemde,

² RG. 14.01.2015- 29236.

³ **Paşalı Taşoğlu, Nihal** (2018), Çok Katlı Pazarlama, Kocaeli, Umuttepe Yayınları, s.23-24; **Savaş Abdurrahman** (2016) Network Marketing Sözleşmesi, İstanbul, Der Yayınları, s.7; **Argan, Metin** (1997) “Çok Katlı Pazarlama ve Türkiye’de Bir Uygulama (Yüksek Lisans), Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.68; **Şahin, Nurten Zeliha** (2019) “Ağ Pazarlamada Sponsorluğun Hukuki Temelinin İslam Hukuku Açısından Tahlili”, Dini Araştırmalar Dergisi, C:19, S:2, s.376; **Çakmak, Ali Çağlar** (2011) Doğrudan Satış ve Şebeke Yoluyla Pazarlama Sistemi, İstanbul, Türkmen Kitabevi, s.24; **Çağlar, Kamuran** (2019) “Network Marketing Sistemi ve Vergilendirilmesi”, Mali Çözüm Dergisi, C:29, S:152, s.194; **Agcadağ, İpek** (2017) “Popüler Kültür Bağlamında Kozmetik Ürünleri Tüketimi ve Yeni Bir Satış Kanalı Olarak Ağ Pazarlama (Network Marketing) Sistemi”, Sosyoloji Dergisi, S:36, s.163; **Aydoğan, Ertan** (2018) “Network Marketing (Ağ Pazarlama) Sisteminde Ödenen Bedellerin Vergisel Analizi”, Mali Çözüm Dergisi, S:28, s.169; **Karaman, Davut** (2019) “Çok Katlı Pazarlama Sistemi Üzerine Antalya İlinde Bir Uygulama”, İnsan&İnsan Bilim Kültür

pazarlama belirli bir perakende satış noktasında değil, yüz yüze yapılmaktadır. Bu çerçevede asıl amaç olan satış işleminin gerçekleştirilmesi amacıyla sözel ve birebir görüşme sürecinde tüketiciler üzerinde etki yaratacak bütün reklam ve tanıtım teknikleri kullanılır⁴. Bu sistemde tüketiciler evlerinde ziyaret edilerek, satılmak istenen ürün adına sipariş alınmaya çalışılır. Söz konusu siparişler ya bu ürünü satan firmalar tarafından ya da evlere giderek sipariş verilmesini sağlayan elemanlar tarafından tüketiciye temin edilir⁵.

Doğrudan pazarlama içerisinde bulunan doğrudan satış, tek katlı pazarlama ve çok katlı pazarlama olarak iki gruba ayrılır. Multi- level marketing organizasyonu içerisindeki katlı yapıyı anlatan çok katlı pazarlama, iş fırsatının satımı olarak da ifade edilir⁶. Doğrudan satıcının amacı, bu organizasyona yeni üyeler kazandırıp, eğitmek ve kendisine bağlı bir ağ oluşturmaktır⁷. Oluşturulan bu ağ nedeniyle söz konusu sistem, “network marketing” veya bunun Türkçe karşılığı olarak kullanılan “ağ pazarlama” şeklinde ifade edilir⁸.

Sanat ve Düşünce Dergisi, S:21, s.555; **Uluçam, Şemseddin** (2015) “Çok Katlı Pazarlama Sistemlerinde Distribütörlerin Başarısı ve İş Tatmininde Etken Olan Faktörlerin İncelenmesi Üzerine Bir Araştırma” (Yüksek Lisans), KTO Karatay Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.1; **Öztürk, Erdal** (2017) “Network Marketing (Ağ Pazarlama) Sisteminin Türk Vergi Sistemi Karşısındaki Durumu”, S:211, s.70-71; **Şahin, Nurten Zeliha** (2019) “Ağ Pazarlama Firmalarının Gelir Planlamalarının Tanıtları Örnekleme Üzerinden Ağ Pazarlamanın İslam Hukuku Açısından Meşruiyetinin Değerlendirilmesi”, Avrasya Sosyal ve Ekonomik Araştırmaları Dergisi, C:6, S:5, s.242; **Kara, Mehmet/ Çiçek, Behiye** (2016) “Çok Katlı Pazarlama Sistemi ve Uygulaması: Yozgat İli Tupperware Firması Örneği”, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, C:1, S:1, s.51; **Coughlan, Anne T./ Grayson, Kent** (1998) “Network Marketing Organizations: Compensation Plans, Retail Network Growth, and Profitability”, International Journal of Research in Marketing, 15 (1998), s.401; **Çetinkaya, Alperen Cihan**, “Network Marketing”, <<http://www.yazarport.com/yazi/25521/network-marketing>> s.e.t. 10.11.2020.

⁴ **Demir, Mehmet** (2001) Kapıdan İşlemlerde Tüketiciye Koruyan Geri Alma Hakkı, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, s.75; **Savaş, s.7; Şahin, s.376.**

⁵ **Merlin, F. Marys** (2012), “A Study on Direct Selling Through Multi Level Marketing”, International Journal of Advancements in Research&Technology, Vol. 1, Issue 4, p. 1.

⁶ **Şahin, s.376.**

⁷ **Çakmak, s.25; Şahin, s.376; Savaş, s.11.**

⁸ Network marketing ifadesi, Şebeke yoluyla pazarlama şeklinde de ifade edilmektedir. Bkz. **Hassülün, Pınar/ Damra, Erol** (2017) “Şebeke Yolu Pazarlamada Peter Clotheir’in Başarı

Network marketing ifadesi, bir satış ağı olmasından dolayı ağ pazarlama şeklinde adlandırılmıştır. Bu sistem içinde ürünleri pazarlayan ve kendisi gibi bu pazarlama işini yapacak kişileri bir araya getirenler ağ gibi örgütlenirler. Bunun yanında her ağ organizasyonunun çok katlı yapıda olması şart değildir. Ürünün satılması ile elde edilen kâr ile birlikte edinilen distribütörün satışından belirli bir yüzde verilerek, tek katlı bir şekilde örgütlenen firmalar da mevcuttur. Doğrudan satıcı bu örgütlenme ile beraber katlı bir organizasyon kurmak suretiyle bir plan kapsamında ekibin ortaya koyduğu cirodan sponsor sıfatıyla pay alabiliyorsa artık bu network marketing, çok katlı pazarlama sistemine dönüşür⁹. Bu adlandırma “ağ” anlamında kullanılan “network” kelimesi ile “pazarlama” anlamına gelen “marketing” kelimelerinin Türkçe çevirilerinden oluşmuştur¹⁰. Bunun yanında bu ifadenin çok katlı pazarlama¹¹ veya piramit satış¹² anlamında da kullanıldığı görülmektedir. Ancak piramit satış olarak adlandırılan ve hukuka aykırı olan bu sistem ile network marketing sistemi birbirinden farklıdır¹³.

Network marketing sistemi, kişisel bakımdan girişimciliğin öne çıktığı, doğrudan veya dolaylı olarak yapılan satışlar neticesinde üyelerinin ödüllendirildiği bir sistemdir. Genellikle ilk katlarda bulunan kişilerin, sisteme kendilerinin dahil ettikleri pazarlamacıları motive etme, eğitim ve sorunlarını

Prensipleri”, Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:10, S:3, s.154; **Aydoğan**, s.169; **Çakmak**, s.32; **Şahin**, Ağ Pazarlama, s.242; **Şahin**, s.376; **Agcadağ**, s.163; **Çağlar**, s.194; **Argan**, s.69; **Öztürk**, s.70; **Karaman**, s.55.

⁹ **Paşalı Taşoğlu**, s.14-15; **Şahin**, s.376.

¹⁰ **Savaş**, s.9.

¹¹ Çok katlı pazarlama, doğrudan satış sistemine ilişkin bir yöntemdir. Bkz. **Paşalı Taşoğlu**, s.14.

¹² Uygulamada genellikle piramit şeması olarak ifade edilen piramit satış sistemi, belirlenen giriş ücretini ödeyerek zincire dahil olup, sisteme başkalarını dahil etmek suretiyle ödediği parayı geri almaya dayanan sistemdir. Ponzi şeması olarak da ifade edilen sistem gerçekte bir doğrudan satış yöntemi olarak kabul edilmez. Bkz. **Savaş**, s.13; **Şahin**, s.377; 6502 sayılı TKHK m. 80/f.2 hükmündeki düzenleme, bu sistemi, sistemin tavsiye edilmesini ve yayılmasını yasaklamıştır. Bkz. **Sert Sütçü, Selin** (2016) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 80 hükmüne göre Piramit Satışlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:3, s.2508.

¹³ **Argan**, s.70; **Savaş**, s.13.

giderme yükümlülükleri bulunur. Pazarlamacıları bu sisteme girmeye ikna eden ve bu sistemle tanıştıran kişilere “üst hat” veya “sponsor” denilmektedir¹⁴.

III. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

Network marketing sistemi, ilk olarak ABD’de 19. yüzyılda ortaya çıkmıştır. Bugün networker denilen kişilere 1850’li yıllarda “canvassers, seyyar satıcı, davulcu” denilmekteydi¹⁵. Gün geçtikçe gelişen satış organizasyonlarının oluşmasına bu kişiler katkı sağlamıştır¹⁶. Örneğin, günümüzün ünlü “Heinz” ketçapları, seyyar satıcılık yapan Henry Heinz tarafından kurulan ve 400 kişiden oluşan bir satış ekibiyle ortaya çıkmıştır. Diğer bir doğrudan satıcı olan Dr. Asa Candler ise, 1887 yılında iş arkadaşı Pemberton’dan 2.300 dolara satın aldığı Coca-Cola formülünü, kurduğu 500 kişilik bir ekiple marka haline getirmiştir¹⁷.

Günümüzde ise kimyager Dr. Carl Rehnberg, network marketing sisteminin kurucusu olarak kabul edilmektedir. Rehnberg 1934 yılında kurduğu “California Vitamin Company” şirketi ile network marketing sisteminin temelini atmaya başlamıştır. 1945 yılına gelindiğinde ise, adı “Nutrilite Products” olarak değiştirilen şirket, network marketing sisteminin bütün temel unsurlarını taşıyan bir modele geçmiştir. 1950’li yıllarda üniversitede çalışan Rehnberg, bu dönemde ayrıca ürün çeşitliliğini de artırmıştır. Bu şirket ile, sisteme dahil kişiler işyeri kurma zorunluluğu olmadan, kendi işini kurma fırsatı elde etmişlerdir. 1959 yılında bu şirketten ayrılan Rich Devos ve Jay Van Andel “Amerikan Way” adıyla yeni bir şirket kurmuşlardır¹⁸. Günümüzde “Amway” adıyla bilinen bu şirket, Nutrilite şirketini 1970 yılında bünyesine katarak “Nutriway” adı altında günümüze

¹⁴ Paşalı Taşoğlu, s.27; Savaş, s.11-12; Şahin, s.376.

¹⁵ <http://www.massachusetts-top-hotels.com/directselling411com/about-direct-selling/history-of-direct-selling/> s.e.t. 14.11.2020.

¹⁶ Merlin, s.1.

¹⁷ <http://www.yazarport.com/yazi/25521/network-marketing> s.e.t. 15.11.2020.

¹⁸ Agcadağ, s.164.

kadar gelmiştir¹⁹. Ülkemizde ise, 1994 yılında “Amway” şirketinin Türkiye Temsilciliğini kurmasıyla ağ pazarlama sektörü faaliyet göstermeye başlamıştır. 1990’lı yıllarda art arda Türkiye pazarına giren çok uluslu şirketler ile bu sektör, kısa zamanda hızla gelişmiştir. Bunun yanı sıra ülkemizde birçok yerli firma da network marketing sistemi ile faaliyet sürdürmektedir²⁰.

IV. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Network marketing sözleşmesinin anlaşılması, diğer sözleşmelerle benzer veya farklı yönlerinin ele alınması için hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Network marketing sözleşmesinin hukuki niteliği, isimsiz bir sözleşme olması, sürekli bir borç ilişkisi doğurması, çerçeve niteliğinde ve standart bir sözleşme olması şeklinde ifade edilebilir²¹.

İsimsiz sözleşmeler, unsurlarının ve bunların bir araya geliş tarzlarının ne Türk Borçlar Kanunu ne de başka bir kanunda düzenlendiği sözleşmelerdir²². İsimsiz sözleşmeler, TBK’da öngörülen sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucudur²³. Bu sözleşmelerin isimsiz sözleşme olarak ifade

¹⁹ **Clothier, P.** (1997) Multi Level Marketing, A Practical Guide to Seccessful Network Selling, London, Kogon Page, p. 27-28.

²⁰ **Agcadağ,** s.165.

²¹ **Savaş,** s.91.

²² **Kuntalp, Erden** (2013) Karışık Muhtevalı Akitler, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.2; **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla** (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.56; **Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin, s.17; **Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre** (2018) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara, Turhan, s.10; **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan** (2019) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara, Yetkin, s.53; **Serozan, Rona** (2019) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Güncelleşmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.72; **Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak** (2018) Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 15. Baskı, İstanbul, Beta, s.13.

²³ Borçlar hukukuna hakim olan sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, kişiler aralarında, sözleşme serbestisine ilişkin getirilen sınırlar saklı kalmak kaydıyla, diledikleri tip ve içerikte sözleşme yapabilir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, bir kişinin sözleşme yapıp yapmama, istenilen tipte ve içerikte sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını ve şeklini belirleme ve sözleşmeyi

edilmesi, isimleri olmamasına değil, söz konusu isimlerin kanun tarafından verilmemesi nedenine dayanır²⁴. Kanun tarafından sözleşmeye isminin verilmemesinden kasıt, bu sözleşmenin unsurlarının kanunda düzenlenmemiş olmasıdır²⁵.

Network marketing sözleşmesine ilişkin unsurlar, TBK’da düzenlenen sözleşmelerden herhangi birine ait unsurları içermemektedir. Bu nedenle network marketing sözleşmesinin kendine özgü (sui generis) bir yapıya sahip olduğunu söylemek mümkündür²⁶. Network marketing sözleşmesinde, ürün ve hizmetlerin tüketicilere pazarlanması ve yeni üye bulma faaliyeti doğrudan satıcı bakımından bir iş görme borcu kapsamında taraflar arasındaki sözleşmede belirlendiğinden bunlar açısından TBK m. 502/II hükmünün uygulanacağını kabul etmek gerekir. Böylece sözleşmede kararlaştırılan iş görme edimlerine vekâlet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanabilecektir. Bundan başka, satmak amacıyla firmadan ürün temin eden kişilerin, firma ile kurdukları ekonomik ilişki ve bağlantının yoğunluğu, çalışma şekillerinin hukuki ve şahsi bağımlılık unsuruna yaklaşması, bu çerçevede firmanın bu kişilere talimat verme, yaptıkları satışlar ve faaliyetler üzerindeki denetleme fonksiyonu, firma adı yazılarak sipariş formunun oluşturulması, fatura düzenlenmesi gibi unsurlar, genel anlamda iş sözleşmesi ya da pazarlamacılık sözleşmesinin unsurlarını akla getirmektedir²⁷. Böyle bir durumda, somut olay bakımından karma sözleşmenin özellikleri kendini gösterir. Kendine özgü sözleşmeler ve karma sözleşmeler arasındaki çizginin tespiti her zaman

sona erdirmeye özgürlüğünü kapsar. Bkz. **Ünal, Akın** (2017) Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, s.37; **Eren**, s.18; **Zevkliler/Gökyayla**, s.6-7; **Aral/Ayrancı**, s.53-54; **Serozan**, s.62; **Yavuz/Acar/Özen**, s.6.

²⁴ **Oktay, Saibe** (2011) “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:55, S:1/2, s.263; **Savaş**, s.93.

²⁵ **Eren**, s.17; **Kuntalp**, s.4; **Serozan**, s.72; **Savaş**, s.93; **Aral/Ayrancı**, s.53; **Yavuz/Acar/Özen**, s.13.

²⁶ İsimsiz sözleşmeler, genel olarak karma sözleşmeler, kendine özgü (sui generis) yapısı olan sözleşmeler ve bileşik sözleşmeler olmak üzere üç gruba ayrılır. Bkz. **Eren**, s.952; **Serozan**, s.76; **Yavuz/Acar/Özen**, s.13; **Zevkliler/Gökyayla**, s.10-11; **Oktay**, s.272; **Savaş**, s.93.

²⁷ **Savaş**, s.98.

mümkün olmadığından²⁸; network marketing sözleşmesinin ayrıca karma sözleşme kabul edilerek ilgili sözleşme hükümlerinin doğrudan veya kıyasen uygulanması da söz konusu olabilecektir²⁹.

Network marketing sözleşmesi, çerçeve bir sözleşme niteliğini haizdir. Çerçeve sözleşme kavramı, gelişen ekonomik ve ticari hayata paralel şekilde hizmet ve ürünlerin temin edilmesini sağlamak maksadıyla yapılan sözleşmelerle beraber anılmaya başlanmıştır. Daha önce genel işlem şartları olarak uygulanan söz konusu hükümler sanayi devrimi sonucunda çerçeve sözleşmeler haline dönüşmüştür³⁰. Ancak genel işlem şartları ve çerçeve sözleşmeler aralarında var olan yakın ilişkiye rağmen, farklı hukuki kurumları ifade etmektedir³¹. TBK m. 20/I hükmünde düzenlenen genel işlem şartları tek taraflı bir şekilde hazırlanarak karşı tarafa sunulur. Çerçeve sözleşme ise, zorunlu bir unsuru bulunmama ile beraber genellikle bu şartların da yer aldığı, fakat tarafların müşterek iradeleriyle oluşan bir sözleşmedir³². Taraflar network marketing sözleşmesi ile aralarında kurmayı istedikleri sözleşmenin özelliklerini, hangi süre zarfında kurabileceklerini, genel çerçevede yükümlüklerini ve ifalarını ne şekilde gerçekleştireceklerini kararlaştırırlar³³.

Taraflar arasında gerçekleşen ürün satışı ve para ödenmesine yönelik ilişki, çerçeve sözleşme niteliği taşıyan network marketing sözleşmesiyle, tarafların karşılıklı olarak borç altına girdikleri ilk ilişkidir. Bu sözleşme ile ürün

²⁸ Serozan, s.73; Aral/Ayrancı, s.57; Savaş, s.98.

²⁹ Oktay, s.72-73.

³⁰ Girgin, Ömer Ali (2019) "Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5, S:1, s.137-138.

³¹ Barlas, Nami (2001) "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, s.810.

³² TBK'da düzenlenmeyen çerçeve sözleşme, ileride birden çok aynı tür sözleşme yapmaya niyetli olan kişilerin, sözleşmenin kurulması esnasında ayrıca kararlaştırılması gerekmeksizin, bir takım belirli şartların kısmen ya da tamamen bu sözleşmelerde bulunmasında mutabık kalmalarıdır. Bkz. Barlas, s.811.

³³ Savaş, s.100.

temin eden taraf, ürün satma borcu; üye taraf ise sattığı ürünlerin bedelini ödeme borcu altındadır³⁴.

Network marketing sözleşmesinde, üye tarafın sisteme kaydettiği üyelerin yaptığı satışlardan elde edilen gelir üzerinden belli bir miktar paranın baştaki üyeye ödenmesi, tarafların karşılıklı olarak borç altına girdikleri ikinci ilişkidir. Bu çerçevede ilişki uyarınca, sisteme kaydedilen kişiler firmadan ürün aldıkça, bu kişileri sisteme ekleyen üyenin sponsor sıfatıyla belli dönemlerde firmadan ödül veya prim gibi farklı adlar altında ödeme alması söz konusu olmaktadır³⁵. Çerçeve sözleşme ile, gelirlerin nasıl elde edileceği, üyelere ödemenin kaçınıcı derecede sınırlandırılarak ve nasıl yapılacağı durumları düzenlenmektedir³⁶.

Uygulamada network marketing sözleşmelerinin, firmalar tarafından standart sözleşmeler biçiminde hazırlandığı görülmektedir. Standart sözleşme, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere içeriği soyut biçimde, daha önce tek tarafça müzakere edilmeden, karşı tarafa kabul ettirilmek üzere hazırlanan formüller metinlere denir³⁷. Bir sözleşmenin, standart sözleşme olarak kabul edilebilmesi için içeriğindeki tüm hükümlerin genel işlem şartlarından oluşması gerekmez³⁸. Standart sözleşme niteliğinde olan network marketing sözleşmelerinde, genellikle üyenin adı ve kişisel bilgilerinin bulunduğu alan el yazısı ile doldurulmaktadır. Bu açıdan incelendiğinde,

³⁴ **Gregor, Bogdan/Wadlewski, Aron-Axel** (2013) "Multi level Marketing As A Business Model", Marketing Of Scientific And Research Organizations, Vol. 1(7), p. 8.

³⁵ **Gregor/Wadlewski**, p. 7.

³⁶ **Savaş**, s.101.

³⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu vd.**, s.255; **Oğuz, Cemal** (1998) "Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hakim Tarafından Kontrolü", TBBD, S:1, s.28; **Havutçu, Ayşe** (2003) Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, Güncel Yayınevi, s.13; **Akcaal, Mehmet** (2014) "Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme", GÜHFD, C:XVIII, S:1, s.50.

³⁸ Bazı yazarlar, standart sözleşmeden bahsedebilmek için tüm hükümlerinin genel işlem şartlarından oluşması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut** (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:I, İstanbul, s.26.

network marketing sözleşmeleri hükümlerinin hemen hemen tamamının genel işlem şartlarından oluştuğu söylenebilir³⁹.

Network marketing sözleşmelerinin bazı firmalar tarafından elektronik ortamda sunulduğu ve tarafların belirlenen sekmeleri işaretleyerek sözleşmeye katıldığı pratikte görülmektedir. Firmanın daha önce hazırladığı hükümleri kapsayan sekmelerde yer alan seçeneklerin az olması söz konusu hükümlerin taraflarca müzakere edildiğine ilişkin yeterli delil oluşturmaz⁴⁰. Bu nedenle internet aracılığıyla yapılan sözleşmelerin de standart sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir⁴¹.

Network marketing sözleşmesi, sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir⁴². Taraflar, network marketing sözleşmesi ile satım sözleşmesinin aralarında sürekli olarak kurulacağı konusunda anlaşmaktadır. Bu anlaşma ile, üye tarafından ürün talep edildikçe bütünüyle yeni münferit satış sözleşmeleri kurulacağı kararlaştırılmaktadır. Art arda teslimli satış sözleşmesi yaratan bu durum, sürekli bir borç ilişkisi doğurmaktadır⁴³.

Network marketing sözleşmesinde, üyenin sisteme yeni üye kaydettirmesine ilişkin bir yükümlülük varsa veya kaydettiği üyelerin yaptığı satışlara bağlı olarak prim ödeneceği yapılan çerçeve sözleşme ile belirlenmişse, devam eden bir ilişki mevcuttur. Sisteme her yeni üyenin kaydettirilmesi bu ilişkiyi yenilediği gibi, üyelerin yaptığı satış nedeniyle bu kişileri sisteme kaydettiren üyeye ödenen prim de⁴⁴ taraflar arasındaki ilişkinin sürekliliğini kanıtlar niteliktedir⁴⁵.

³⁹ Savaş, s.102.

⁴⁰ Merlin, p. 2-3.

⁴¹ Savaş, s.102-103.

⁴² Bir borç ilişkisinde taraflardan en az birinin asli edimi sürekli ise, bu borç ilişkisi sürekli bir borç ilişkisidir. Bkz. Eren, s.17; Serozan, s.12; Seliçi, Özer (1977) Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, s.5.

⁴³ Savaş, s.104.

⁴⁴ Gregor/Wadlewski, p. 9.

⁴⁵ Savaş, s.104.

V. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. NETWORK MARKETING YAPAN FİRMA

Network marketing sözleşmesinin taraflarından biri, üyeye mal veya hizmet temin edecek firmadır. Bu husus doğrudan satış sistemi başlığı altında İYDKSY m. 24 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan hüküm “*doğrudan satış; herhangi bir doğrudan satış şirketi tarafından...*” şeklinde ifade edilmiş olup, söz konusu firmanın şirket olması gerektiği gibi bir izlenim uyandırılmıştır. Bu yönetmeliğin m. 25 hükmünün fıkralarında da “*doğrudan satış şirketi*” ifadelerine yer verilmiştir. Yönetmeliğin m. 24 hükmünün 2. fıkrası ise, “*Bu yönetmeliğin uygulanmasında doğrudan satış şirketi, mal veya hizmetlerin pazarlanması için doğrudan satış sistemini kullanan satıcı ve sağlayıcıyı ifade eder*” şeklinde düzenlenmiştir. Bütün bu hükümler birlikte ele alındığında, üyeye mal veya hizmet temin eden firmanın, şirket olarak yapılanması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla şirket yapılanmasına sahip olmayan işletmeler, network marketing sözleşmesi yapamaz ve böyle bir pazarlama mekanizmasına sahip olamazlar⁴⁶.

Yönetmelikte doğrudan satış yapacak olan firmanın, şirket olması gerekliliğinden bahsedilmekte ise de, bu firmaların mutlaka Türk Ticaret Kanunu’nda⁴⁷ yer alan şirketler olduğunu kabul etmek güçtür. Tanımda “tüzel kişi” şeklinde sınırlayıcı bir düzenleme bulunmadığı için firmanın mutlaka TTK’da düzenlenen tüzel kişiliği haiz bir şirket olması gerekmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla TBK’da düzenlenen ve tüzel kişiliği haiz olmayan adi şirketler de bu kavrama dahil edilmektedir⁴⁸. Ancak uygulamada genellikle doğrudan satış yapan firmaların, limited ya da anonim şirket olan tüzel kişiler olduğu görülmektedir⁴⁹.

⁴⁶ Coughlan/Grayson, p. 401.

⁴⁷ RG. 14.02.2011-27846.

⁴⁸ Savaş, s.108.

⁴⁹ Savaş, s.108.

B. DOĞRUDAN SATICI

Doğrudan satıcı, İYDKSY'nin doğrudan satışı tanımlayan m. 24 hükmünde dolaylı bir şekilde ifade edilmiştir. Bu hükme göre doğrudan satıcı, *“herhangi bir doğrudan satış şirketi tarafından istihdam edilsin ya da edilmesin satış temsilcisi, dağıtıcı, distribütör ve benzeri adlarla hareket edenlerin bir mal veya hizmeti kendi evlerinde ya da perakende satış yerleri kullanmaksızın tüketicinin ev veya iş yaşantısını sürdürdüğü mekanlar gibi iş yeri dışında...”* tüketicilere sunan kişidir.

Doğrudan satıcı, doğrudan satış yapan firmanın ürettiği ya da ithal ettiği mal veya hizmetleri satın alarak kendi ad ve hesabına tüketiciye satmaktadır. Taraflar arasında yapılan network marketing sözleşmesi ve bu sözleşmeye bağlı olarak gerçekleşen münferit satış sözleşmelerinde borçlandırıcı işlemlerin yanında tasarruf işlemlerinin de yapılması gerekir⁵⁰. Bu nedenle söz konusu işlemlerin geçerliliği doğrudan satıcının fiil ehliyetine sahip olmasına bağlıdır⁵¹.

Doğrudan satıcıların fiil ehliyetine sahip olması gerekliliğine ilişkin İYDKSY m. 25/10 hükmü *“doğrudan satış şirketleri on sekiz yaşından küçükleri, fiil ehliyetine sahip olmayanları, şirketin ortağı ve yöneticileri ile çalışanlarını doğrudan satıcı olarak sisteme dahil edemez”* şeklinde ifade edilmiştir. Hükümde doğrudan satıcıların on sekiz yaşından büyük olmaları gerekliliği ayrıca ifade edilmiştir. Bu düzenleme karşısında TMK m. 11/II'de bulunan ‘evlenme kişiyi ergin kılar’ ifadesi dikkate alınmalıdır. Buna göre, kanunda yer alan koşullara uygun bir şekilde evlilik yapan on sekiz yaşından küçükler yaş şartı gerçekleşmeden doğrudan satıcı olamazlar. Yine TMK m. 12 hükmü

⁵⁰ Şahin, Ağ pazarlama, s.242.

⁵¹ Fiil ehliyeti, kişinin kendi eylemleriyle hak edinme ve borç altına girebilme ehliyetidir. Kişinin fiil ehliyetine sahip olabilmesi için ergin ve ayırt etme gücüne sahip olması ve kısıtlı olmamasına bağlıdır. Bkz. Oğuzman/Öz, s.81-82; Gülerci, Altan Fahri (2019) Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha, s.191; Kılıçoğlu, Ahmet M. (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Baskı, Ankara, Turhan, s.138-139.

gereğince, mahkeme tarafından ergin kılınarak fiil ehliyetine sahip olan kişiler de⁵², on sekiz yaşını doldurmadıkça doğrudan satıcı olamayacaktır.

Yönetmeliğin m. 25/10 hükmünde, network marketing yapan firma ortakları, çalışanları ve yöneticilerinin doğrudan satıcı olamayacakları ifade edilmiştir. Böyle bir yasağın getirilmesinde bazı nedenlerin varlığı söz konusudur⁵³. Bu nedenlerden ilki, TTK'da şirketlere ilişkin rekabet yasağı içeren düzenlemelerdir. TTK'da yer alan bu hükümlerde asıl amaç, ortakların ve/veya yöneticilerin ortaklık dışında yürütmüş olduğu faaliyetlerin müşterek menfaate zarar vereceği ihtimalini ortadan kaldırmaktır. Bu nedenle kanun koyucu ortak ve/veya yöneticilerin faaliyetlerine rekabet yasağına ilişkin hükümler ile kısıtlama getirmiştir⁵⁴.

Yasağın getirilmesinin diğer bir nedeni ise, network marketing sisteminin işleyiş tarzına ve genel yapısına ilişkindir. Çok katlı network marketing sisteminde, alt üyelerin çalışma performanslarına paralel olarak komisyon, prim veya ödül adı altında dağıtılan gelirlerin şirket çalışanları ve ortaklarına dönmesi engellenmek istenmiştir. Çünkü network marketing sisteminde, her ne kadar alt üyeler nedeniyle elde edilecek gelirin ağırlıklı olmaması arzu edilmişse de tamamen yasaklanmamıştır. Dolayısıyla sisteme dahil edilen üyeler ve onların kaydettikleri alt üyelerin satışlarından üst tabakadaki kişiler prim alabilecektir. Bu durumda en üst tabakada bulunan kişiler, her halükârda kendinden altta olan üyelerin satışlarından daha fazla kazanç elde edecektir. Bu nedenle network marketing sisteminin hiçbir noktasına firma çalışanları, ortakları ve yöneticileri doğrudan satıcı olarak dahil olamazlar⁵⁵.

⁵² **Helvacı, Serap** (2010) Gerçek Kişiler, 3. Baskı, İstanbul, Legal , s.50; **Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen** (2014) Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Konya, Mimoza, s.36; **Akıpek, Jale/Akıntürk, Turgut/Karaman Ateş, Derya** (2019) Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 15. Baskı, C:I, İstanbul, Beta, s.297.

⁵³ **Savaş**, s.111.

⁵⁴ **Pulaşlı, Hasan** (2017) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara, Adalet, s.244; **Kır, Oktay** (2019), Anonim Şirketler, 1. Baskı, İstanbul, Aristo, s.361; **Dedeğaç, Ender** (2020) Uygulamalı Limited Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.243.

⁵⁵ **Coughlan/Grayson**, p. 402; **Savaş**, s.113.

VI. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A. MAL SATMA UNSURU

Network marketing sözleşmesi ile şirket, üyeye sürekli olarak mal satma borcu altına girmektedir⁵⁶. Mallara ilişkin talep doğrudan üyeden gelebilir. Ayrıca şirketin doğrudan tüketicilere satış yapamaması nedeniyle tüketicilerden gelen talebin ilgili üyeye yönlendirilmesi neticesinde de, üye söz konusu talebe ilişkin ürünleri şirketten alarak tüketiciye satabilir. Bu unsur genel olarak tek satıcılıkta firmanın devamlı tek satıcıya ürün satmasına benzemektedir⁵⁷. Ancak tek satıcı, sözleşme gereğince belli dönemlerde asgari tutarda ürün satın alma borcu altındayken⁵⁸, network marketing sözleşmesinde tüketici tarafından talep geldikçe şirket üyeye ürün satma borcu altındadır⁵⁹.

B. YENİ ÜYE KAYDETME UNSURU

Network marketing sözleşmesinin diğer bir unsuru ise, taraflar arasında yeni üye bulmaya yönelik anlaşmadır. Aslında sistemin network olarak adlandırılmasının asıl nedeni budur. Zira taraflar network marketing sözleşmesiyle, her üyenin kendine bağlı pazarlama ağını kurmasını, kendi satışlarından elde ettiği gelir yanında sisteme dahil ettiği kişilerin satışlarından ek kazanç sağlamasını ve bu suretle şirket ürünlerinin daha fazla satılmasını amaçlamaktadır⁶⁰. Yeni üye bulmaya ilişkin unsur, doğrudan satıcı bakımından genellikle bir borç değil bir külfettir. Doğrudan satıcının, sisteme yeni üye kaydetmesi sonucunda ise, şirketin prim ödeme borcu gündeme gelmektedir⁶¹.

⁵⁶ https://en.wikipedia.org/wiki/Referral_marketing s.e.t. 21.11.2020.

⁵⁷ **İşgüzar, Hasan** (1989) Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, Seçkin, s.14.

⁵⁸ **Tandoğan, Haluk** (1990) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:I/I, 6. Baskı, İstanbul, s.33; **İşgüzar**, s.18.

⁵⁹ **Savaş**, s.116.

⁶⁰ **Gregor/Wadlewski**, p. 6.

⁶¹ **Schmitt, Philipp/Skiera, Bernd/Bulte, Christophe Van den** (2013) "Referral Programs and Customer Value", *Journal of Marketing*, 75(1), p. 47.

C. ANLAŞMA UNSURU

Son olarak sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların belirtilen esaslı unsurlar üzerinde anlaşmaları gerekmektedir⁶². Ürünlerin fiyatı, satışların gerçekleştirilmesinde izlenecek usul, teslim şekli, komisyonların oranı ve ödenme şekli, rekabet yasağı, reklam ile ilgili hususlar sözleşmenin yan unsurlarıdır⁶³. Taraflar bu unsurlara ilişkin bir karar vermemiş olsalar dahi sözleşme kurulur. Buradaki boşluklar hakim tarafından örf adete ve yerleşik uygulamalara göre daha sonra tamamlanabilir⁶⁴.

VII. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Bir hukuki işlemin meydana gelebilmesi için gereken irade beyanlarını açıklayan kalıba “şekil” denir⁶⁵. Taraflar kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmaksızın irade beyanlarını açıklayabilirler. Zira TBK m. 12/1’e göre, “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir”.

Network marketing sözleşmesi şirket ve gerçek kişi doğrudan satıcı arasında yapılan bir sözleşme olup, kural olarak bir tüketici işlemidir. 6502 sayılı TKHK m. 4 hükmünde, anılan kanunda yer alan sözleşmelerin yazılı olarak yapılacağı belirtilmiştir. TKHK m. 47 hükmünde ise, iş yeri dışından kurulan sözleşmelere ilişkin genel esaslar açıklanmıştır. Bu hükme göre İYDKS’nin yazılı olarak yapılması geçerlilik şartı olarak öngörülmüştür. Kanaatimizce bir İYDKS niteliğinde olan network marketing sözleşmesinin de yazılı olarak yapılması gerekmektedir.

Standart sözleşme niteliğinde olan network marketing sözleşmelerinde, genellikle üyenin adı ve kişisel bilgilerinin bulunduğu alanın el yazısı ile doldurulduğu görülmektedir. Bu açıdan incelendiğinde, network marketing

⁶² **Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre** (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.29-30.

⁶³ **Savaş**, s.117.

⁶⁴ **Oktay**, s.293.

⁶⁵ **Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir** (2017) Borçlar Hukuku- Genel Bölüm, C:I, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.270; **Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin, s.298.

sözleşmeleri hükümlerinin hemen hemen tamamının genel işlem şartlarından oluştuğu söylenebilir. Bu sözleşmenin yazılı yapılması sözleşmede yer alan genel işlem şartlarının yürürlük, yorum ve içerik bakımından denetime tabi tutulmasını, TBK m. 20 ve devamı hükümlerinin uygulanmasını kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla neredeyse tamamının genel işlem şartlarından oluştuğu network marketing sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir.

VIII. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

Network marketing sistemi daha önce de ifade edildiği üzere çerçeve niteliğinde bir sözleşmedir. Çerçeve sözleşmeler de isimli sözleşmelerde olduğu gibi taraflara asli edim ve yan edim olarak borçlar yükleyebilir⁶⁶. Çerçeve sözleşmeler, isimsiz sözleşme olarak genellikle kendine özgü sözleşmeler olsalar bile, bazen karma nitelikli sözleşmelere de yaklaşmaktadırlar⁶⁷.

Çerçeve sözleşmelerde, tarafların karşılıklı borçları öncelikle sözleşmede düzenlenen hükümlere göre tespit edilmelidir. Başka bir anlatımla, tarafların asli edim ve yan edim yükümlükleri sözleşme hükümleri kapsamında ele alınacaktır. Taraflar arasında ortaya çıkan bir uyuşmazlık neticesinde ilgili sözleşmede hüküm yoksa bu boşluğun hâkim tarafından doldurulması gündeme gelecektir⁶⁸.

Network marketing sözleşmesi kural olarak kendine özgü bir sözleşmedir. Fakat her şirket tarafından farklı biçimde düzenlenen sözleşmelerin muhtevası bazı hallerde kanunda yer alan isimli sözleşmelerin unsurlarını da içerebilmektedir. Bu durumda network marketing sözleşmesinin unsuru haline gelen borcun niteliği, kanunda düzenlenen sözleşmenin

⁶⁶ Barlas, s.817.

⁶⁷ <http://bi.legal/tr/cerceve-sozlesmeler/> s.e.t. 27.11.2020.

⁶⁸ Kaplan, İbrahim (2007), "Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulması", 2. Baskı, Ankara, Yetkin, s.89.

unsuruna yaklaşmakta ve bir uyumsuzluk halinde uygulanacak hükümler kıyas yoluyla tespit edilmektedir⁶⁹.

Her şirket tarafından farklı içerikte network marketing sözleşmesi düzenlenebilmektedir. Bu sözleşme metinlerinin bazılarında tarafların hak ve borçlarına ilişkin hükümler açık bir şekilde yer alırken; bazılarında ise bu husus daha üstü örtülü ele alınmaktadır. Network marketing sözleşmesinin unsurları olarak nitelendirilen, sisteme yeni üye kaydetme unsuru ile şirketten sürekli bir biçimde mal alma unsuru çoğunlukla sözleşme metinlerinde yer almaktadır. Ayrıca bu unsurlar tarafların karşılıklı asli edim yükümlülüklerini de ifade etmektedir. Sözleşme metinlerinde açıkça yer almayan hususlar ise genellikle yan edim yükümlüklerine ilişkindir. Sektörde tipikleşen uygulamalar dolayısıyla tarafların yan edim yükümlükleri de zamanla ortaya çıkmaya başlamıştır⁷⁰.

Yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında network marketing sözleşmesinin taraflarının asli ve yan edim yükümlükleri ortaya konulabilir. Gerek network marketing sözleşmesi hükümleri uyarınca yerleşmiş uygulamalar gerekse bu sözleşmenin karma sözleşme niteliğini haiz olmasından kaynaklanan borçlar, aşağıda genel olarak ele alınmıştır. Söz konusu borçların tamamı, bütün network marketing sözleşmelerinde mutlaka bulunması gereken borçlar olmayıp, tarafların asli edim yükümlüklerinden oluşan borçlar ile önemli bir bölümü yan edim yükümlülüğü biçiminde ortaya çıkan ve sözleşmenin tamamlanmasında değerlendirilen yöntemlere bağlı olarak doğan borçlardır⁷¹.

A. NETWORK MARKETING FİRMASININ BORÇLARI

Çerçeve sözleşme niteliğindeki network marketing sözleşmesinin, şirket yapılanmasına sahip firmaya yüklediği en temel asli edim yükümlüğü, ürün almak isteyen üyenin bu talebine uygun şekilde münferit sözleşme kurmaktır. Bu borç aynı zamanda, network marketing sisteminin niteliği gereği doğan bir

⁶⁹ Savaş, s.122.

⁷⁰ https://en.wikipedia.org/wiki/Referral_marketing#cite_note-:1-4_s.e.t.30.11.2020.

⁷¹ Coughlan/Grayson, p. 402-403.

borçtur. Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmede bu hususa ilişkin açık bir hüküm yer almasa dahi, üye tarafından gelen sözleşme yapma talebi firma tarafından kabul edilmek zorundadır⁷². Taraflar arasında kurulacak münferit sözleşmeler, firmanın pazarlanmasını istediği, ürettiği mal ve hizmetleri konu edinir. Bunun dışındaki hususlarda yapılmak istenen sözleşmeye ilişkin talebin, firma tarafından kabul edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır⁷³.

Firmanın, network marketing sözleşmesi kapsamında üyeden gelecek siparişleri yerine getireceğini taahhüt etmesi sonucunda, bu sözleşmede veya üyeye gönderilecek dergi, broşür ya da bilgilendirme mesajında ürün fiyatı ve bir kereye mahsus yapılabilecek sipariş miktarı belirlenmişse, bu durum artık sürekli bir öneri olarak kabul edilebilir. Üye tarafından, firmaya gönderilen siparişler neticesinde bu öneri kabul edilmiş olacağından, sözleşme bu siparişin firmaya ulaşması ile kurulmuş olacaktır⁷⁴. Özellikle web tabanlı çalışan firmaların sitelerini bu şekilde düzenlemeleri halinde devam eden bir önerinin var olduğu güçlü bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu durum münferit sözleşme yapma yükümlülüğünün farklı bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁵.

Firmanın, münferit sözleşmeler çerçevesinde sattığı ürünü teslim etme borcu, yerine getirmesi gerekli diğer bir borcudur. Dolaylı olarak network marketing sözleşmesinden kaynaklanan bu borç, asıl olarak tarafların aralarında kurdukları münferit sözleşmeden doğmaktadır⁷⁶. Taraflar arasındaki network marketing sözleşmesi çerçevesinde yapılan münferit sözleşmelere, satışa ilişkin hükümler uygulanacaktır⁷⁷. Uygulamada da genellikle firmanın ürün temin etme borcu çerçeve sözleşme ile düzenlenmekte; ürünün teslimine ve fiyatına ilişkin hususlar ise, münferit satış sözleşmelerine bırakılmaktadır⁷⁸.

Firma, sözleşme yaptığı üyeler tarafından gelecek talepleri karşılayacak nitelikte üretim kapasitesine sahip olmakla ve siparişleri yerine getirmekle

⁷² Savaş, s.124.

⁷³ Gregor/Wadlewski, s.6.

⁷⁴ Savaş, s.124.

⁷⁵ Savaş, s.124.

⁷⁶ İşgüzar, s.89.

⁷⁷ Tandoğan, s.41.

⁷⁸ Savaş, s.125.

yükümlüdür⁷⁹. Firma, münferit satış sözleşmesi kurulmasına rağmen üye tarafından talep edilen ürünü göndermezse, bu durumda satış sözleşmesinden kaynaklanan bağımsız teslim yükümlülüğü yerine getirilmemiş olur. Bu husus, sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmemesi sonucunu doğurur. İfanın geç yapılması, eksik yapılması veya hiç yapılmaması hali sözleşmenin müspet ihlaline neden olur⁸⁰. Bu durumda ise firmanın TBK m. 112 hükmü çerçevesinde tazminat ödeme borcu doğar⁸¹. Üye ayrıca, münferit satış sözleşmesinden kaynaklanan borcun yerine getirilmemesi nedeniyle, TBK m. 123-125 hükümleri gereğince seçimlik haklarını da kullanabilir⁸².

Network marketing sözleşmesi nedeniyle firmanın yerine getirmesi gereken diğer bir borç ise, sisteme yeni üye kazandıran distribütöre, bu üyelerin yaptığı satışlar nedeniyle sponsor sıfatıyla belirli bir tutarda ödeme yapma yükümlülüğüdür⁸³. Diğer bir deyişle bu borç için firmanın prim veya komisyon borcu ifadesi de kullanılabilir. Bu yükümlülük network marketing sözleşmesinin unsurlarına ilişkin olup, taraflar arasında yapılan sözleşmede açık bir şekilde kararlaştırılabilir. Sistem tek veya çok katlı bir network marketing sözleşmesi olarak belirtilmişse, bu yükümlülüğün zımnen kabul edildiği söylenebilir⁸⁴.

Network marketing sözleşmesi yapan bir firmanın, doğrudan piyasaya ürün ya da hizmet satmama yükümlülüğü bulunur. Bu yükümlülük doğrudan satış sisteminin yapısı ve amacından doğan bir yükümlülüktür⁸⁵. Network marketing sözleşmesi neticesinde firmanın doğrudan piyasaya ürün veya

⁷⁹ **İşgüzar**, s.86.

⁸⁰ “Kısaca kötü ifa diye tanımlanabilecek olan bu ifa engeli, imkansızlıktan da temerrütten de önemlidir. İmkansızlık ile temerrüt sayılmayan tüm sözleşmeye aykırılıkları dile getirir. Zamanında getirilebilen mazotun taşırılması ve süper benzinin normal benzinle karıştırılıp ters depolara doldurulması bu ifa engeline tipik örnek diye gösterilebilir”. Bkz. **Serozan, Rona** (1990), “Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”, İÜMHAD, S:18, s.34; **Savaş**, s.125.

⁸¹ **İşgüzar**, s.89.

⁸² **Tandoğan**, s.49.

⁸³ **Savaş**, s.126.

⁸⁴ **Gregor/Wadlewski**, p. 7.

⁸⁵ **Savaş**, s.127.

hizmet satamaması, niteliği gereği bir kaçınma (yapmama) borcudur⁸⁶. Bu kaçınma borcu, yalnızca kendisi için söz konusu olan bir borçtur. Firma kendisine bağlı olarak çalışan diğer doğrudan satıcıların aynı bölgede satış yapmamalarını temin etme gibi yükümlülük altında değildir⁸⁷.

Network marketing sisteminin temeli, firma tarafından üretilen malların ve sunulan hizmetlerin doğrudan satıcı vasıtasıyla tüketicilere ulaştırılması esasına dayandığından, firmanın aynı bölge içerisinde başka doğrudan satıcılara ürün satması söz konusu olabilir. Bu durumda doğrudan satıcılardan her birinin elde ettiği gelir tüketicilere yaptığı satış ile mümkün olacaktır⁸⁸. Başka bir anlatımla aynı bölgede çalışan bir doğrudan satıcı başka bir doğrudan satıcının yaptığı satışlar nedeniyle kâr kaybı yaşadığını gerekçe göstererek tazminat talebinde bulunamaz. Bu durum TBK m. 455/2 hükmü pazarlık sözleşmesi bakımından *“belirli bir pazarlama alanı veya belirli müşteri çevresinde faaliyette bulunma yetkisi pazarlamacıyla birlikte başkalarına da verilmişse pazarlamacıya, sadece kendisinin aracılık ettiği veya bizzat yaptığı işler için komisyon ödenir”* şeklinde ifade edilmiştir. Burada geçen *“...başkalarına da verilmişse...”* ifadesi kural olarak sözleşmede açıkça başkasına bu yetkinin verilmediği hususu yer almamakta ise, söz konusu yetkiyi başka pazarlamacılarında kullanabileceğine yöneliktir. Firma ile üye arasında yapılan network marketing sözleşmesinde, bu yetkinin aynı bölgede başka doğrudan satıcılar tarafından kullanılmasına izin verilmediği açıkça yer almıyorsa, yetkinin yalnızca üye tarafından kullanılması mümkün değildir⁸⁹.

Firmanın network marketing sözleşmesi nedeniyle doğrudan satıcıyı destekleme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Firmanın piyasaya doğrudan ürün satmaması, bu ürünleri ekonomik bakımdan zayıf olan doğrudan satıcılar aracılığıyla pazarlanması, taraflar arasındaki müşterek amaç ve güven ilişkisi, firmanın doğrudan satıcıları destekleme yükümlülüğünü doğurur⁹⁰. Taraflar arasında kurulan satış ilişkisi bir kereliğe mahsus olmayıp, çerçeve sözleşme ile

⁸⁶ İşgüzar, s.94; Tandoğan, s.50.

⁸⁷ Merlin, p. 1.

⁸⁸ Coughlan/Grayson, s.402.

⁸⁹ Savaş, s.127.

⁹⁰ İşgüzar, s.89.

düzenlenen devamlı ve uzun vadeli bir ilişki olması güçlü konumda olan firmanın, doğrudan satıcıyı desteklemesi gerektiği sonucunu ortaya çıkarır. Doğrudan satıcılara destek verilmesi ve onların güçlendirilmesi, gerçekte firmanın da gücünün artmasını sağlayacaktır⁹¹.

Firmanın diğer bir borcu da kanundan doğan bir borç olup, üyenin elinde bulunan ürünleri geri alma ve ücretini ödeme borcudur. Network marketing sözleşmesi taraflarca sürekli borç ilişkilerinin sona erdirilmesine ilişkin prosedürler çerçevesinde her zaman sona erdirilebilir⁹². Bunun yanında İYDKSY’de sözleşmenin kurulmasından itibaren altmış gün içinde üyenin fesih hakkının varlığı düzenlenmiştir. İYDKSY m. 25/5 hükmü “*doğrudan satıcıların sisteme dahil oldukları tarihten itibaren altmış gün içerisinde sistemden ayrılması halinde, doğrudan satış şirketleri, doğrudan satıcıların elinde bulunan ve kullanılmamış tüm malları geri almak; söz konusu malların bedelini ise on dört gün içerisinde iade etmek zorundadır*” şeklinde ifade edilmiştir. Kanundan doğan ve fesih hakkı olarak kabul edilen bu hakkın kullanılmasıyla birlikte taraflar arasındaki sözleşme sona erer. Sözleşmenin sona ermesiyle doğrudan satıcı elinde kalan satmadığı veya paketi açılmamış, kullanmadığı ürünleri iade ederek parasını geri alabilir. Böyle bir imkânın doğrudan satıcı tarafından kullanılması halinde firma, on dört günlük süre içerisinde ürünleri geri almak ve üyeye para iadesi gerçekleştirmek zorundadır. Network marketing sisteminin diğer hukuka aykırı yapılardan ayrılması için getirilen bu düzenleme ile birlikte üyelerin sistemden çıktıkları takdirde belli bir süre içerisinde para iadelerinin gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Nitekim ponzi şeması olarak adlandırılan hukuka aykırı yapıda, sistemden ayrılan üyenin ödediği parayı geri alma imkânı bulunmamaktadır⁹³.

⁹¹ Gregor/Wadlewski, p. 10; Savaş, s.130.

⁹² Savaş, s.131-132.

⁹³ Genel olarak, sadece piramidin tepesine yakın olan insanlar önemli kazançlar sağlar ve dibe yakın olan insanlar yatırımlarını asla geri kazanmazlar. Bkz. <https://www.thebrandplanet.com/ansiklopedi/Piramit-%C5%9Eemas%C4%B1#:~:text=Bir%20piramit%20%C5%9Femas%C4%B1%2C%20geleneksel%20yat%C4%B1r%C4%B1m,giden%20para%20toplamaya%20te%C5%9Fvik%20eder.s.e.t.02.12.2020.>

B. DOĞRUDAN SATICININ BORÇLARI

Doğrudan satıcılara, network marketing sözleşmesiyle birlikte bazen doğrudan bazen ise dolaylı şekilde birtakım borçlar yüklenmektedir. Şirketin hacmi ve doğrudan satıcıların sayısı bu borçların içeriği ve ağırlığını belirlemektedir. Bazı şirketler çoğu edimi külfet olarak düzenleyip doğrudan satıcının yerine getirmesi halinde kendisi de borç altına girmekte; bazı şirketler ise bu edimleri açıkça doğrudan satıcının borçları olarak belirlemektedir⁹⁴.

Bu başlık altında doğrudan satıcının borçları genel olarak ele alınmıştır. Network marketing sözleşmesinde bu borçların tümü aynı anda yer almamaktadır. Bir kısım borçlar network marketing sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanmakta; bir kısmı ise sözleşmelerde açık veya dolaylı bir şekilde yer almaktadır.

Doğrudan satıcılar, network marketing şirketlerinin ürettiği veya ithal ettikleri ürünleri satın alma borcu altındadır. Kural olarak doğrudan satıcılar, serbest çalışan statüsündedirler. Bu statüleri kapsamında, kendi hesaplarına şirketten ürünleri alarak, kendi nam ve hesaplarına tüketicilere satmaktadırlar. Bu faaliyetin devamını sağlamak maksadıyla üyelere belirli zamanlarda, belirli tutarda ürün satın alma ve bunları bizzat kullanma veya tüketicilere satma borcu yüklenmektedir. Bazı sözleşmelerde bu borç açık bir şekilde düzenlenirken, bazılarında ise dolaylı olarak yer almaktadır. Üyenin, network marketing sistemine üye kazandırabilmesi için veya sisteme kaydettiği üyenin yaptığı satışlardan gelir elde edebilmesi için belirli zamanlarda ve belirli tutarda ürün satın almasının gerekli olduğu görülmektedir⁹⁵. Aksi halde doğrudan satıcılığa ilişkin bir avantaj söz konusu olmamaktadır.

Özellikle doğrudan satıcı sayısındaki düşüklük nedeniyle bazı network marketing şirketlerinin satın alma zorunluluğunu daha sıkı şekilde uyguladıkları görülmektedir. Şirketin doğrudan sektöre ürün satmaması veya pazarlama işini doğrudan satıcılara bırakması nedeniyle üyelerin belirli zamanlarda belirli tutarda ürün satın alma gerekliliği makul görülebilir. Şirket

⁹⁴ Coughlan/Grayson, p. 423-424; Savaş, s.133.

⁹⁵ Barkacs, Craig B. (1997) "Multilevel Marketing and Antifraud Statutes: Legal Enterprises or Pyramid Schemes", Journal of the Academy of Marketing Science, p. 176.

ile doğrudan satıcı arasındaki ürünlerin satımı ile ilgili işlemler münferit satış sözleşmeleridir. Dolayısıyla, doğrudan satıcı şirketten aldığı her ürünün bedelini, o satış sözleşmesi gereğince ödemek zorundadır⁹⁶.

Doğrudan satıcının bir diğer borcu sadakat borcudur⁹⁷. Bu borç nedeniyle çalışan, karşı sözleşenin menfaatlerini korumak ve bunun yanında menfaatlere zarar verebilecek bütün davranışlardan kaçınma yükümlüğü altındadır. Network marketing sözleşmesinde sadakat borcu yalnızca bağımsız çalışan kişiye özgü bir borç değildir. Ancak bu borç genellikle onun şahsında yoğunlaşır. Doğrudan satıcı, şirketin çalışanı olmamasına rağmen, sektörde böyle algılanması veya sözleşme hükümlerine aykırı şekilde tüketicilere böyle aksettirmeleri halinde sadakat borcunun kapsamı genişleyebilir. Doğrudan satıcı, gerçeğe aykırı şekilde kendisinin yarattığı hukuki görünüme göre davranmak zorundadır. Sadakat borcunun muhtevasının belirlenmesinde hem taraflar arasında kurulan network marketing sözleşmesinin hükümleri hem de taraflar arasında gerçekleşen fiili uygulama önem arz eder⁹⁸.

Network marketing sözleşmesinden kaynaklanan diğer bir borç ise, doğrudan satıcının şirket tarafından öngörülen kurallara ve verilen talimatlara uyma borcudur. Doğrudan satıcı kural olarak bağımsız çalışan statüsüne sahiptir. Dolayısıyla doğrudan satıcı şirketten aldığı ürünleri kendi nam ve hesabına tüketicilere satmaktadır. Şirket ile arasındaki ilişkinin kapsamı, çerçeve sözleşme ile belirlenmiştir. Sözleşmede öngörülen kurallara uyma borcu, sözleşmeden kaynaklandığından büyük bir problem yaratmamaktadır. Doğrudan satıcının, bağımsız çalışan olması nedeniyle belirlenen kurallar dışında şirket ile sıkı bir bağlantısı bulunmamaktadır. Bunun yanında doğrudan satıcı, şirket tarafından kendisine bildirilen ürün fiyatları ve satış

⁹⁶ Merlin, p. 2-3; Savaş, s.134.

⁹⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2009/13571, K: 2010/1815, T: 01.02.2010, “Sadakat yükümlülüğü, sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında, karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken korunan diğer varlıklarına zarar vermeme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşme ile güdülen amacı tehlikeye sokacak özellikle karşılıklı duyulan güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğüdür.”

⁹⁸ Savaş, s.136.

şartlarına ilişkin talimatlara uymak zorundadır⁹⁹. Ancak sözleşmede öngörülen kurallara uyma biçiminde dahi olsa, şirket ile doğrudan satıcı arasında talimatlara uyma veya kontrol açısından sıkı bir bağ oluşursa söz konusu ilişki, bağımlılık ilişkisine doğru kayabilir. Bu durumda ise taraflar arasındaki ilişki bir iş ilişkisine, sözleşme ise iş sözleşmesine dönüşebilir. Bu nedenle, şirketin talimat verme yetkisinin sınırları daraltılmalı, bu yetki yalnızca kuralların işlevine ve açıklanmasına yönelik olmalıdır¹⁰⁰.

Doğrudan satıcının diğer bir borcu da bilgi verme borcudur. Doğrudan satıcının bilgi verme borcunun kapsamı, öncelikle taraflar arasında kurulan sözleşme ile belirlenebilir. Dolayısıyla doğrudan satıcının şirketi bilgilendirmesi gereken konular sözleşmede açıkça sayılabilir. Sadakat borcunun özel bir görünümünü oluşturan bu borcun içerisine, sözleşmede açıkça yazılmayan başka konular da girebilir. Örneğin, doğrudan satıcı satışını gerçekleştirdiği bir ürün ile ilgili tüketicinin şikayetlerini, yorumlarını veya memnuniyetine ilişkin hususları sözleşmede yazılmamış olsa bile, şirkete bildirmelidir. Bunun yanında İYDKSY m. 25/f. 11 hükmü, “*doğrudan satış şirketleri, doğrudan satıcıların yapmış olduğu her türlü doğrudan satış faaliyetinden müteselsilen sorumludur*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hüküm kapsamında doğrudan satıcılar, tüketicilere ilişkin kendilerinin sorumlu oldukları bir durumu network marketing şirketine bildirmelidir.

Şirket dışında ve bağımsız olarak çalışan, aldığı ürünleri kendi nam ve hesabına tüketiciye satan doğrudan satıcı, bu niteliğine rağmen şirkete ait ticari sırları saklama yükümlülüğü altındadır. Bu borç, doğrudan satıcının yerine getirmesi gereken sır saklama borcu olarak adlandırılır. Doğrudan satıcı tarafından yerine getirilmesi gereken bu borç taraflar arasında yapılan sözleşmeyle açıkça belirlenebileceği gibi; aralarında doğan güven ilişkisinin bir gereği olarak da görülebilir. Doğrudan satıcının bağımsız bir çalışan olması, kendi nam ve hesabına çalışması, onun sır saklama borcu, diğer ilişkilere ve özellikle iş ilişkisine nispeten daha sınırlıdır¹⁰¹.

⁹⁹ Argan, s.206.

¹⁰⁰ Kayırğan, Hasan (2014) “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:20, S:1, s.460.

¹⁰¹ Savaş, s.140; İsgüzar, s.80.

Şirkette fiilen çalışan bir işçi sıfatına sahip olmayan doğrudan satıcının, şirkete ilişkin sırlara vakıf olması genellikle pek mümkün değildir. Ancak şirkete ilişkin sırların bir şekilde öğrenilmesi söz konusu ise, artık bu sırları saklama borcu doğacaktır. Diğer bir deyişle, bağımsız çalışan olan doğrudan satıcının öğrendiği sırları açıklama hakkı bulunmamaktadır. Şirkete ilişkin bir sırrın varlığı, konunun gizli olmasına bağlıdır. Dolayısıyla herkes tarafından bilinen veya basit bir şekilde öğrenilebilen konular şirket sırrı değildir. Şirket tarafından gizliliği açıkça ifade edilen veya durumun gerekliliğinden bu durumun anlaşıldığı konular şirket sırrı teşkil eder. Bunun yanında bir konunun sır olabilmesi, gizliliğin şirket menfaati açısından önem taşımasına bağlıdır¹⁰². Şirket tarafından üretilen ürünlerin imal veya pazarlamasına ilişkin yöntem ve planlar, tedarik kaynakları gibi konuların gizliliği, şirketin menfaati açısından büyük önem arz eder¹⁰³.

Son olarak doğrudan satıcının rekabet etmeme borcu incelenmelidir. Network marketing sözleşmesinde rekabet yasağının olup olmadığı sorunu, bu sözleşmenin önemli noktalarından biridir. Sözleşme konusunu oluşturan ve doğrudan satıcının firmadan alarak tüketicilere sattığı mal ve hizmetler ile birlikte rekabet halindeki diğer malları veya hizmetleri aynı anda veya sözleşmenin sona ermesinden belli bir süre sonuna kadar satıp satamayacağı rekabet yasağının konusunu oluşturur. Doğrudan satıcıya ilişkin rekabet yasağı çoğunlukla sözleşmelerde düzenlenmektedir. Böyle bir durumda söz konusu husus, sözleşmede yer alan düzenlemelere göre çözülür. Asıl sorun rekabet yasağının sözleşmede yer almadığı hallerde ortaya çıkmaktadır. Bu durumda rekabet etmeme borcunun olup olmadığı, sözleşmenin niteliği, tarafların menfaatleri ve sözleşmenin taraflara yüklemiş olduğu diğer borçlar dikkate alınarak çözümlenmelidir¹⁰⁴.

¹⁰² İşgüzar, s.80.

¹⁰³ Tandoğan, s.47; İşgüzar, s.81; Savaş, s.141.

¹⁰⁴ İşgüzar, s.83.

IX. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNİN BENZER SÖZLEŞMELER İLE MUKAYESE EDİLMESİ

A. İŞ (GENEL HİZMET) SÖZLEŞMESİ İLE MUKAYESE EDİLMESİ

İş Kanunu¹⁰⁵ m. 8/1 hükmü uyarınca, “iş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da üstlendiği sözleşmedir”. TBK m. 393 hükmünde de, genel hizmet sözleşmesine ilişkin bir tanım mevcuttur. Uygulamada İş Kanunu’nda yer alan “iş sözleşmesi” ile TBK yer alan “genel hizmet sözleşmesi”nin farklı terimlerle ifade edilen aynı sözleşme olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶. TBK’da düzenlenen sözleşmenin unsurlarını; işin görülmesi, bağımlılık, ücret ve zaman olarak saymak mümkündür. İş Kanunu’nda ise, zaman unsuru ele alınmakla birlikte bu unsur, iş sözleşmesinin varlığının belirlenmesinde bağımsız bir unsur olmayıp, bağımlılık unsurunun saptanmasında yardımcı bir ölçüt niteliğindedir¹⁰⁷.

Network marketing sözleşmesinde, ürün veya hizmetlerin tüketicilere pazarlanması ve yeni üye kaydetme faaliyeti iş sözleşmesi bakımından, bir iş görme edimi olarak değerlendirilebilir. Ancak iş sözleşmesinin bir unsuru olan ücret, network marketing sözleşmelerinde, doğrudan satıcı ile imzalanan sözleşme açısından bir unsur olarak belirtilmemektedir¹⁰⁸. Bu sözleşmelerde doğrudan satıcılar, firmadan indirimli olarak aldıkları ürünleri piyasa değeri fiyatı üzerinden tüketicilere satarak arada kalan farkı kâr olarak elde etmektedirler. Network marketing sözleşmesinin konusunu her ne kadar bir iş görme edimi oluştursa da bu sözleşmenin, iş sözleşmesinden ayrıldığı en önemli nokta bağımlılık unsurudur. Bir somut olayda ilk olarak yapılması gereken taraflar arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi ve gerçekte bir iş sözleşmesi olup olmadığının saptanmasıdır. Bu nitelimenin yapılması

¹⁰⁵ RG. 10.06.2003-25134.

¹⁰⁶ **Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin, s.336-340; **Süzek, Sarper** (2015) İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta, s.243.

¹⁰⁷ **Güzel, Ali** (1997) “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara, s.122; **Süzek**, s.243.

¹⁰⁸ **Savaş**, s.44.

sonucunda taraflar arasında iş sözleşmesinin unsurlarını taşıdığı tespit edilirse bu ilişkinin taraflarca nitelemesine bakılmaksızın iş sözleşmesi olduğu kabul edilecektir¹⁰⁹. İş görme ve ücret unsurlarının belirleme bakımından etkili olmaması karşısında bağımlılık unsurunun varlığını araştırmak en doğru yöntem olarak kabul edilir¹¹⁰.

B. PAZARLAMACILIK SÖZLEŞMESİ İLE MUKAYESE EDİLMESİ

Pazarlamacılık sözleşmesi TBK m. 448 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre pazarlamacılık sözleşmesi, *“Pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”* şeklinde ifade edilmiştir. Bu tanımdan pazarlamacılık sözleşmesinde; süreklilik, bir ticari işletme sahibinin hesabına her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmek/belirli işlemleri yapmak, işletme dışında faaliyet göstermek ve ücret unsurlarının var olduğunu söylemek mümkündür¹¹¹.

Network marketing sözleşmesine işlevi itibarıyla en yakın sözleşme pazarlamacılık sözleşmesidir. Bu iki sözleşmeyi ayırt edebilmek için pazarlamacılık sözleşmesinin unsurlarını network marketing sözleşmesinde bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Network marketing sözleşmesi, çalışan bakımından tek ve birkaç kere faaliyette bulunması amacıyla kurulmaz. Bu sözleşme genel olarak çalışanın bu faaliyeti sürekli bir şekilde yapmasını hedef alır. Bunun yanında network marketing sözleşmesi için bir ticari işletme gerekir. Zira network marketing yapan firmaların bir ticari işletme olarak yapılandıkları görülmektedir. Pazarlamacılık sözleşmesi bakımından da bu husus sağlanmaktadır. Pazarlamacı doğrudan temsil hükümleri çerçevesinde ticari işletme sahibi adına ve hesabına işlem gerçekleştirir¹¹². Ancak network

¹⁰⁹ **Sümer, Halûk Hadi** (2010) “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Sicil Dergisi, C:5, S:19, s.68.

¹¹⁰ **Şahlanan, Fevzi** (2011) “İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi”, Tekstil İşv. Hukuk Dergisi, S:65, s.4-5; **Sümer**, s.68.

¹¹¹ **Zengin, İbrahim Çağrı** (2013) Pazarlamacılık Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha, s.7.

¹¹² **Yavuz/Acar/Özen**, s.937.

marketing sözleşmesinde doğrudan satıcı ise firmadan aldığı ürünleri kendi nam ve hesabına karşı tarafa satar. Diğer bir deyişle bu sözleşme bakımından doğrudan temsilin varlığından bahsedilmez¹¹³. Bundan başka pazarlamacılık sözleşmesi TBK’da yer alan “Genel Hizmet Sözleşmesi”nin özel bir türünü oluşturur. Pazarlamacı ile işveren arasında bu bağlamda bir bağımlılık ilişkisinden bahsetmek mümkündür¹¹⁴. Nitekim pazarlamacı, bağlı tacir yardımcıları arasında sayılmaktadır¹¹⁵. Network marketing sözleşmesinde ise bağımlılık ilişkisi çok zayıftır. Dolayısıyla iki sözleşmenin birbirinden ayrılabilmesi için her somut olayın kendi içinde ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir¹¹⁶.

C. TEK SATICILIK SÖZLEŞMESİ İLE MUKAYESE EDİLMESİ

Tek satıcı ile sağlayıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen tek satıcılık sözleşmesi, sağlayıcının mamullerin bir kısmını veya tamamını tek satıcıya belirli bir bölgede inhisari olarak satması amacıyla göndermeyi, tek satıcının ise buna karşılık bu malları kendi nam ve hesabına satarak söz konusu malların sürümünü arttırmak amacıyla faaliyette bulunmayı üstlendiği çerçeve niteliğinde sözleşmedir¹¹⁷.

Bu sözleşme, doğrudan satıcı ile firma arasında kurulan network marketing sözleşmesine çerçeve niteliğinde sözleşme olması bakımından

¹¹³ Savaş, s.71.

¹¹⁴ Süzek, s.297.

¹¹⁵ Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün (2015) Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, On İki Levha, s.699.

¹¹⁶ Network marketing sözleşmesinin, pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin unsurları taşıması durumunda, öncelikle pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması, ardından İş Kanunu ve varsa özel borç ilişkilerinde yer alan düzenlemelerin uygulanması söz konusu olacaktır. Bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/22587, K: 2015/28954, T: 19.10.2015.

¹¹⁷ Arslan, Aziz Serkan (2008) “Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri”, GÜHFD, C:12, S:1-2, s.5-6; Toksöz, Tuğba (2015) “Tek Satıcılık Sözleşmelerinde Portföy Tazminatı” (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.45-46. İşgüzar, s.14.

benzemektedir. Bunun yanından belirli veya belirsiz yapılan her iki sözleşme bu yönüyle de benzerlik gösterir. Buna karşın network marketing sözleşmesinde doğrudan satıcılar bir bölgede tek satıcı olarak belirlenmemektedir. Aksine bir bölgede birden çok doğrudan satıcı bulunabilmektedir. Bunun yanında tek satıcılık sözleşmesinde belirli mamul kotası söz konusu iken¹¹⁸, network marketing sözleşmesinde doğrudan satıcıların belli bir miktarda ürün almaları gerekmez. Network marketing sözleşmesinde ürün satmanın yanında, başka bir yükümlülüğü daha bulunur. Sisteme yeni üye kaydetme bu sözleşmenin önemli unsurlarından biridir. Tek satıcılık sözleşmesinde böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı görülmektedir¹¹⁹. Bu yükümlülük iki sözleşmenin birbirinden ayrılmasını sağlayan diğer bir husustur.

D. SİMSARLIK SÖZLEŞMESİ İLE MUKAYESE EDİLMESİ

TBK m. 520 hükmünde düzenlenen bu sözleşme, “*Simsarlık sözleşmesi, simsarin taraflar arasında bir sözleşme kurulması imkanının hazırlanmasını veya kurulmasına aracılık etmeyi üstlendiği ve bu sözleşmenin kurulması halinde ücrete hak kazandığı sözleşmedir. Simsarlık sözleşmesine, kural olarak vekaletle ilişkin hükümler uygulanır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Network marketing sözleşmesinin çalışanlar bakımından getirdiği yükümlülükler incelendiğinde bir üyenin, sisteme yeni üye kaydetmesi, bu yeni üye ile firma arasında network marketing sözleşmesinin kurulması gibi hususlar bakımından simsarlık faaliyetinin bulunduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca sisteme kaydedilen üyelerin yapılan satışlarından elde edecek komisyon veya primlerin alınması da¹²⁰ simsarlık sözleşmesi ile benzemektedir. Ancak sisteme üye kaydetme hususu bakımından network marketing sözleşmesi devamlılık gösterir. Simsarlık bakımından ise devamlı bir ilişki söz konusu değildir. Bunun yanında, İYDKSY m. 25/2 hükmü incelendiğinde, network marketing sözleşmesinin asıl amacı yeni üye bulmak

¹¹⁸ İşgüzar, s.36.

¹¹⁹ Arslan, s.6-7; İşgüzar, s.15-16.

¹²⁰ Gregor/Wadlewski, p. 7.

değil, firmanın ürünlerinin satışını yapmaktır. Dolayısıyla network marketing sözleşmesinin devamlılığı, üye tarafından ürünlerin müşteriye teslim edilmesi ve paranın müşteriden tahsil edilmesi gibi hususlar bu iki sözleşme arasında temel farkı oluşturur. Her ne kadar network marketing sözleşmesine yeni üye kaydetme hususuna simsarlık sözleşmesinin hükümlerini uygulamak mümkün olsa da, sözleşmenin ürün satılmasına yönelik kayıtlarına bu sözleşmenin hükümlerini uygulamak mümkün görünmemektedir¹²¹.

E. KOMİSYON SÖZLEŞMESİ İLE MUKAYESE EDİLMESİ

Network marketing sözleşmesi ile mukayese edilecek diğer bir sözleşme de komisyon sözleşmesidir. TBK m. 532-546 hükümleri arasında alım-satım komisyonculuğu ve diğer komisyon işleri olarak düzenlenmiştir. TBK m. 532 hükmünde alım-satım komisyonculuğu, *“Alım ve satım komisyonculuğu, komisyonun ücret karşılığında, kendi adına ve vekalet verenin hesabına kıymetli evrak ve taşınırın alım veya satımını üstlendiği sözleşmedir”* şeklinde ifade edilmiştir¹²².

Network marketing sözleşmesinde doğrudan satıcı kendi nam ve hesabına hareket eder. Ancak komisyoncu, kendi nam ve müvekkil hesabına hareket etmektedir. Komisyoncu aldığı ürünlerin maliki değildir. Doğrudan satıcı ise bunun aksine aldığı ürünlerin maliki olmaktadır. Doğrudan satıcılar sattıkları ürünler bakımından kar elde etme yoluyla gelir elde ederken; komisyoncular ücret almaktadır. Bu hususlar bakımından her iki sözleşmenin birbirinden ayrıldığını söylemek mümkündür¹²³.

X. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Network marketing sözleşmesi borç ilişkisini sona erdiren nedenlerden birinin gerçekleşmesi sebebiyle sona erebileceği gibi, sözleşmenin niteliğine uygun düşen ve yönetmelikte düzenlenen sebeplere bağlı bir şekilde de sona

¹²¹ Savaş, s.83.

¹²² Seçer, Öz (2013), Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık, s.5.

¹²³ Toksöz, s.10.

erebilir. Bu başlık altında öncelikle network marketing sözleşmesinin borç ilişkisini sona erdiren nedenlerle sona ermesine; ardından ise TKHK ve İYDKSY’de düzenlenen bu sözleşmeye özgü sona erme nedenlerine değinilecektir.

Borç ilişkisini sona erdiren nedenler başlığı altında, network marketing sözleşmesinin; ikale sözleşmesi, sürenin dolması, fesih, irade sakatlığı nedeniyle iptal, doğrudan satıcının ölümü ve şirketin iflası ile sona ermesi hususları ele alınmıştır. Kendine özgü sona erme nedenleri başlığı altında ise network marketing sözleşmesinin, piramit satış sistemine dönüşmesi ve doğrudan satıcının şirket çalışanı, ortağı veya yöneticisi olması nedeniyle sona ermesi hususları ele alınmıştır.

A. BORÇ İLİŞKİSİNİ SONA ERDİREN NEDENLERLE SONA ERMESİ

Network marketing sözleşmesinin ikale sözleşmesi ile sona erdirilmesi mümkündür. İ kale sözleşmesi, TBK’da düzenlenmeyen bir sözleşmedir. Taraflar ikale sözleşmesi ile yeni bir sözleşme yapmayı değil aksine daha önce yaptıkları sözleşmeyi sona erdirmeyi istemektedirler. Buna göre ikale sözleşmesi, taraflar arasındaki borç ve alacakların kendi iradeleriyle kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması amacıyla yapılan sözleşme olarak tanımlanabilir¹²⁴.

Sürekli borç ilişkisi doğuran network marketing sözleşmesinin farklı nedenlerle sona ermesi mümkün olsa da, tarafların irade beyanlarıyla aralarındaki sözleşmeyi sona erdirmeleri de mümkündür. Network marketing sözleşmesinin ikale yoluyla sona erdirilmesinde öneri, şirket tarafından yapılabileceği gibi doğrudan satıcı tarafından da yapılabilir¹²⁵.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler belirli süreli veya belirsiz süreli olarak yapılabilir. Sürekli borç ilişkisi doğuran network marketing

¹²⁴ **Astarlı, Muhittin** (2013) “İş Hukukunda İ kale”, Ankara, Turhan Kitabevi, s.6; **Taşkent, Savaş** (2011) “İş Sözleşmesinin İ kale Yoluyla Sona Erdirilmesi”, Kamu-İş Dergisi, C:11, S:4, s.1.

¹²⁵ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.786.

sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması halinde ayrıca bir fesih bildirimine gerekmesizin sürenin dolması ile kendiliğinden sona ermesi söz konusu olur. Bu tür sözleşmelerde tarafların olağan fesih imkânı bulunmamaktadır. Sözleşmenin sona ermesi için ayrıca edimin ifasının gerçekleşip gerçekleşmediği önem arz etmez¹²⁶.

Uygulamada sürekli borç ilişkisi doğuran network marketing sözleşmesinin taraflarca süresinden önce feshedilmediği durumlarda, belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü görülmektedir. Süre dolmasına rağmen tarafların sözleşme varmış gibi faaliyetlerine devam etmeleri sözleşmenin zımnen uzatıldığı ve belirsiz süreli sözleşmeye dönüştüğü anlamı taşımaktadır. Sözleşmenin belirsiz süreli hale dönüştüğü durumlarda ise, sözleşmenin sona erdirilmesi için taraflardan birinin fesih bildirimini yapması gerekliliği gündeme gelecektir¹²⁷.

Network marketing sözleşmesinin belirsiz süreli olarak yapılması durumunda, sözleşmeye ilişkin sürenin belirli dönemlere ayrılarak bu dönemler için kararlaştırılan fesih önellerine uymak suretiyle sona erdirilmesi mümkündür¹²⁸. Belirli veya belirsiz süreli olarak yapılan network marketing sözleşmelerinin haklı nedenlerle feshedilmesi de her zaman mümkündür. Doğrudan satıcı tarafından sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranılması veya şirket çalışanlarına hakaret etmesi gibi nedenlerle şirket tarafından network marketing sözleşmesi feshedilebilir. Şirketin, ürünlerin tanıtımı veya pazarlanması hakkında doğrudan satıcıyı yanlış bilgilendirmesi, doğrudan piyasaya ürün satması veya verilen siparişlere dönüş yapmaması gibi nedenlerin varlığı halinde ise, doğrudan satıcı network marketing sözleşmesini feshedebilecektir¹²⁹.

¹²⁶ Altınok Ormancı, Pınar (2011) Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.84-85.

¹²⁷ Savaş, s.194; Toksöz, s.45-46.

¹²⁸ Savaş, s.197.

¹²⁹ Network marketing sözleşmesinin feshine ilişkin bir hükmün taraflar arasında yapılan sözleşmeye dahil edilmesi de mümkündür. Bkz. <https://www.medsway.com.tr/BayilikSozlesmesi.s.e.t.30.12.2020>.

Network marketing sözleşmesi geri alma (cayma) ile de sona erebilir. Zira geri alma, sözleşme ilişkisini sona erdiren nedenlerden biridir¹³⁰. Geri alma, niteliği itibarıyla bozucu yenilik doğuran bir hak olup, hukuki ilişki de korunmaya değer olan kişiye sözleşmeyi dilediği zaman sona erdirebilme imkanı tanımaktadır¹³¹. Network marketing sözleşmesi genellikle taraflardan birinin tüzel kişi tacir olduğu, diğer tarafın ise doğrudan satıcı konumundaki gerçek kişi olduğu sözleşmedir. Dolayısıyla korunmaya değer görülen doğrudan satıcı bakımından İYDKSY m. 25/5 hükmü bu sözleşmeyi bir sonlandırma imkanı getirmiştir. Anılan hüküm, “*doğrudan satıcılar, hiçbir masraf ve ceza şart ödemeksizin sistemden ayrılma hakkına sahiptir*” şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla doğrudan satıcı herhangi bir ihbar, ihtar veya bekleme olmaksızın dilediği zaman network marketing sözleşmesini sona erdirebilecektir¹³².

Network marketing sözleşmesinin kurulması aşamasında irade sakatlığı halleri mevcutsa; aldatılan, yanıltan veya korkutulan taraf iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi geçmişe etkili şekilde ortadan kaldırabilir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde kural olarak iptalin etkisi ileriye yöneliktir. Ancak somut olayın özelliği iptalin etkisini sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de geçmişe etkili olarak ortaya çıkarabilir¹³³. Network marketing sözleşmesinde aldatılan doğrudan satıcı iptal hakkını kullandığı takdirde, iptal hakkının geçmişe etkili ortaya çıkması nedeniyle şirketten aldığı ürünleri geri

¹³⁰ **Serozan, Rona** (1975) Sözleşmeden Dönme, İstanbul, s.123; **Özel, Çağlar** (1998) Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, Bankacılık ve Tic. Hukuk Araş. Enstitüsü, s.73; **Akıncı, Şahin** (2013) Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 7. Baskı, Konya, s.292.

¹³¹ **Akıncı**, s.293; **Serozan**, s.124.

¹³² <https://ticaret.gov.tr/data/5d43e87b13b876433065530b/e6cc584020982965ddb7ff9daa39edd1.pdf> s.e.t. 07.01.2021.

¹³³ Örneğin, işvereni aldatan veya ölümle tehdit eden bir işçinin kendisini gerekenin dört katı ücretle işe kabul ettirmesinden sonra işverenin irade sakatlığı haliyle yapılan bu iş sözleşmesini yalnızca ileriye yönelik feshedebileceğini ve geçmişte ödenen ücretlerin işverene tekrar verilmeyeceğini kabul etmek dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Bu durumda dürüstlük kuralının gerektirdiği yerde kanunun sistematüğinden ayrılmalı ve sözleşme geçmişe etkili şekilde sona erdirilmelidir. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s.189, dn. 508.

vermeli ve satış bedelini geri alabilmelidir¹³⁴. Sözleşmenin üye bulmaya yönelik kısmı için ise, iptalin etkisinin ileriye yönelik olduğu kabul edilmeli ve o zamana kadar doğrudan satıcıya bağlı üyeler tarafından gerçekleştirilen satışların gelirleri iade edilmemelidir¹³⁵.

Network marketing sözleşmesi, doğrudan satıcının ölümü ile sona erebilir. Şirketten alınan ürünlerin pazarlanması ve sisteme yeni üye kaydedilmesine ilişkin edimleri doğrudan satıcının ölümü ile sona erer. Dolayısıyla bu edimlerin mirasçıları tarafından yerine getirilmesi söz konusu olmaz¹³⁶. Ancak taraflar aralarında sözleşmenin doğrudan satıcının ölümü ile sona ermeyeceğine ve bu edimlerin kalan mirasçı veya mirasçılara geçeceğine ilişkin herhangi bir hüküm ihdas etmişlerse, bu hüküm durumun şartları çerçevesinde değerlendirilir. Örneğin, taraflar arasındaki ilişkide bağımlılık unsuru ağır basar ve ilişkinin iş ilişkisine dönüştüğü sonucuna ulaşırsa, bu sözleşme işçi sıfatına sahip olan doğrudan satıcının ölümü ile sona erer. Buna karşın taraflar arasında böyle bir bağımlılık ilişkisi bulunmuyorsa ve edimlerin ifasının mirasçılara geçeceğine ilişkin bir hüküm mevcutsa, bu durumda sözleşme bağımsız çalışan sıfatına sahip doğrudan satıcının ölümü s-onucunda bile devam edebilir. Bu sonucun doğması özellikle doğrudan satıcının sisteme kaydettiği üyelerin satışları dolayısıyla elde edilecek primin kesintiye uğramaması açısından önem arz eder¹³⁷.

İflas nedeniyle bazı borç ilişkileri sona erer¹³⁸. İsimsiz bir sözleşme niteliğine sahip olan network marketing sözleşmesinin, iflas halinde sona erip ermeyeceğine ilişkin bir hüküm söz konusu değildir. Bu nedenle network marketing sözleşmesinin hukuki niteliği ve tarafların menfaatleri ile uyuşacak bir çözümün bulunması gerekir.

¹³⁴ Savaş, s.208.

¹³⁵ Savaş, s.209.

¹³⁶ Aksi durumun sözleşmede belirtilmesi mümkündür. “Distribütör, Distribütörlük Başvurusunda, ölmesi halinde Distribütörlüğü miras bırakacağı mirasçılarını beyan etmekle yükümlüdür. Sözleşme örneğinin tamamı için bkz. <https://www.eliteglobal.com.tr/hesap/yeniuye/16520> s.e.t. 10.01.2021.

¹³⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.790.

¹³⁸ Tunçomağ, Kenan (1972) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul, s.700.

Kanaatimizce network marketing şirketinin iflası durumunda, pazarlamacılık sözleşmesinde kabul edildiği gibi¹³⁹, bu sözleşmenin de sona ereceğinin kabul edilmesi yerinde olur. Çünkü gerçek veya tüzel kişinin malvarlığı üzerinde bulunan tasarruf yetkisi iflas kararının verilmesi ile ortadan kalkar. Bu kararın verilmesi ile birlikte işletme konusu yönelik işlemler yapılamaz. Dolayısıyla bu karar ile şirketin ne mal satımına ilişkin bir sözleşme ne de prim adı altında bir ödeme gerçekleştirmesi mümkün olur. Bu nedenle şirketin iflas etmesi halinde network marketing sözleşmesi sona erer¹⁴⁰.

B. KENDİNE ÖZGÜ NEDENLERLE SONA ERMESİ

Network marketing sözleşmesi yukarıda açıklandığı üzere borç ilişkisini sona erdiren nedenlerden birinin gerçekleşmesiyle sona erebileceği gibi; TKHK ve İYDKSY’de düzenlenen özel nedenlerle de sona erebilir.

Network marketing sözleşmesinin kendine özgü sona erme nedenlerinden biri, sistemin piramit satış sistemine dönüşmesidir. Piramit satış sistemi TKHK m. 80 hükmünde, *“piramit satış; katılımcıların bir miktar para veya malvarlığı ortaya koymak karşılığında, sisteme aynı şartlar altında başka katılımcılar bulma koşuluyla bir para veya malvarlığı kazancı olanağı ümidi veren ve malvarlığı kazancının elde edilmesini tamamen veya kısmen diğer katılımcıların da koşullara uygun davranmasına bağlı kılan, gerçekçi olmayan veya gerçekleşmesi çok güç olan kazanç beklentisi sistemidir”* şeklinde ifade edilmiştir.

Piramit satış sistemi, bir ürün pazarlamasının olmadığı yalnızca sisteme farklı adlandırmalar altında ücret ödemek suretiyle katılımın sağlandığı, sistemin yalnızca üye bulup bu üyelerin sisteme kaydolmak için ödediği ücretler üzerinden prim aldığı bir sistemdir. Bu sistem ürün bazlı bir sistem değildir. Ancak diğer bir piramit satış sistemi ise, göstermelik ürünlerin söz konusu olduğu veya bazı ürünlerin ise gerçek değerinin çok üstünde satıldığı sistemdir¹⁴¹.

¹³⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.792.

¹⁴⁰ Savaş, s.212.

¹⁴¹ Gregor/Wadlewski, p. 7.

Üyelik aidatı alınması, ürünlerin fiyatının gerçek piyasa değerinin çok üzerinde olması, distribütörler için düzenlenen eğitici toplantıların zorunlu ve ücrete tabi tutulması, üyelere bazı gelişim materyalleri alma zorunluluğu getirilmesi veya pazarlama konusuna girmeyen ürün satışının yapılmasının istenmesi gibi hususlar, network marketing sisteminin piramit satış sistemine dönüştüğünü gösterebilir¹⁴². Sistemin hukuka aykırı yapı olan ponzi şemasına dönüşmesi halinde taraflar arasında yapılan network marketing sözleşmesi kesin hükümsüz olur¹⁴³.

Network marketing sözleşmesini sona erdiren diğer bir neden ise, doğrudan satıcının şirket çalışanı, ortağı veya yöneticisi olmasıdır. İYDKSY m. 25/f.10 hükmü, “*Doğrudan satış şirketleri ... şirketin ortağı ve yöneticileri ile çalışanlarını doğrudan satıcı olarak sisteme dahil edemez*” şeklinde ifade edilmiştir. Network marketing sözleşmesinin kurulmasından sonra, doğrudan satıcının şirketin ortağı veya yöneticisi olması durumunda, sözleşme ortaklık veya yönetici atanma işleminin yapıldığı anda kendiliğinden sona erer¹⁴⁴.

Doğrudan satıcı, şirketin herhangi bir biriminde iş sözleşmesi kapsamında bir çalışan sıfatına sahip olması durumunda yönetmeliğin m. 25/10 hükmü gündeme gelir ve network marketing sözleşmesi kendiliğinden sona erer¹⁴⁵. Şirket ve doğrudan satıcı arasında komisyonculuk sözleşmesi veya pazarlamacılık sözleşmesinde olduğu gibi bağlı veya bağımsız tacir yardımcısı

¹⁴² Gregor/Wadlewski, p. 11.

¹⁴³ Savaş, s.214.

¹⁴⁴ Savaş, s.215.

¹⁴⁵ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2015/22587, K: 2015/28954, T: 19.10.2015 “*Uygulamada özellikle ilaç, kozmetik, gıda gibi işkollarında pazarlamacı ya da ticari gezgin olarak pek çok çalışan bulunmaktadır. Bunlar genelde firmaya bir iş sözleşmesi ile bağlı olarak fakat merkez dışında ürünlerin müşterilere tanıtımı ve satışı ile uğraşan kişilerdir. Prensipte satış şartları, ürün fiyatları konusunda kendilerine verilen talimatlara uymak zorundadırlar. Bunlar dışına çıkılmak gerektiği durumlarda firmadan onay almalıdırlar. Bu bağımlılık unsurunu gösterir. Bu kişiler genelde ücret+prim esasına göre çalışırlar. Kendilerine verilen satış hedeflerine ulaştıkları ölçüde primleri artar. Pazarlamacı, işletme dışında, uzakta müşterilerin ayağına giderek çalışır ve bir işletmeye bir hizmet akdiyle bağlıdır*”.

sıfatının doğmasına neden olabilecek başka bir sözleşme ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde de network marketing sözleşmesi sona erer¹⁴⁶.

XI. NETWORK MARKETING SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

A. MÜNFERİT SATIŞ SÖZLEŞMELERİNE ETKİSİ

Çerçeve sözleşme niteliğini haiz olan network marketing sözleşmesinin sona ermesinin münferit satış sözleşmesine etkisinin ne olacağı her bir sona erme nedeni ayrı ayrı ele alınarak incelenmelidir.

İkale sözleşmesinin hükümlerini doğurması bakımından ileri bir vade belirlenmiş olabilir¹⁴⁷. Böyle bir durumda network marketing sözleşmesi belirlenen vadeye kadar devam eder ve doğrudan satıcı bu süre içinde şirketten ürün sipariş edebilir. Aynı zamanda bu süre içinde sisteme dahil ettiği üyeler tarafından yapılan satışlar dolayısıyla da prim almaya hak kazanır. Ancak ikale sözleşmesi için böyle bir vade söz konusu değilse, bu takdirde kurulduğu anda hüküm doğurur. İkale, sürekli borç ilişkilerini ileriye etkili bir şekilde sona erdirir¹⁴⁸.

Belirli süreli olarak yapılan network marketing sözleşmesi sürenin dolması ile kendiliğinden sona ermeyeceğinden, münferit satış sözleşmeleri de bu bağlamda devam eder. Sözleşme geçerli olarak devam ettiği sürece, şirket verilen siparişleri teslim etmekle, doğrudan satıcı ise bedel ödemekle yükümlü olur¹⁴⁹.

Olağan fesih halinde sözleşme ilişkisi hemen son bulmayacağından, süre sonuna kadar bu sözleşme devam eder. Doğrudan satıcı bu süre içerisinde ürün siparişinde bulunabilir. Feshedilen sözleşme, fesih öneli içerisinde verilen

¹⁴⁶ Savaş, s.215.

¹⁴⁷ Duman, Berna (2019) "Türk İş Hukukunda İkale" (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü. s.100-101.

¹⁴⁸ Duman, s.101.

¹⁴⁹ Aksi görüş için bkz. Demir Gökyayla, Cemile (2005) Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.212.

siparişlerin yerine getirilmesine engel teşkil etmez¹⁵⁰. Olağanüstü fesih halinde ise, sözleşme ilişkisi hemen sona ereceğinden, doğrudan satıcı ürün siparişi veremez¹⁵¹. Bu durumda verilen siparişin ifası da şirketten beklenemez¹⁵².

Network marketing sözleşmesine ilişkin dönme beyanı muhataba vardığı anda hüküm ve sonuç doğurur. Bu tarihten itibaren doğrudan satıcı, şirketten herhangi bir ürün siparişinde bulunamaz¹⁵³.

Network marketing sözleşmesi geri alma beyanı ile sona erdirilmişse, doğrudan satıcının ürün siparişi mümkün olmaz. Eğer bu beyan sisteme girişten itibaren altmış gün içerisinde yapılmışsa bu takdirde İYDKSY m. 25/f.5, c. 2'ye göre şirket, doğrudan satıcının elinde bulunan ürünleri geri alma yükümlülüğü altındadır. Anılan hükme göre ürünlerin bedeli ise on dört gün içinde iade edilmelidir¹⁵⁴. Geri alma beyanı ile münferit satış sözleşmeleri de sona erer ve verilen edimler sebepten yoksun hale gelir. Kanaatimizce bu durumda iadeye ilişkin talepler iki yıl içinde sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edilmelidir.

Network marketing sözleşmesi irade sakatlığı halleriyle de sona erebilir. Bu durumda bu sözleşme ile yapılan münferit satış sözleşmeleri de geçmiş etkili olarak sona erer. Bu sonuca İYDKSY m. 25/5 kıyasen uygulamak suretiyle ulaşmak mümkündür.

Network marketing sözleşmesi, ölüm ve tüzel kişiliğin sona ermesi halinde hemen sona erer. Tüzel kişiliğin sona ermesinde tasfiyeye özgü olarak sınırlı devam etme söz konusu olsa da bu şirketin olağan işleyişi anlamına gelmez. Dolayısıyla tüzel kişiliğin sona ermesi ile münferit satış sözleşmelerinin de sona ereceği anlamını taşır. Ölüm halinde ise, doğrudan satıcının şirkete karşı ürünler nedeniyle bir borcu varsa, bu külli haleflere geçer¹⁵⁵ Ayrıca

¹⁵⁰ Demir Gökyayla, s.212.

¹⁵¹ İşgüzar, s.160.

¹⁵² Demir/Gökyayla, s.213; Savaş, s.216.

¹⁵³ Savaş, s.217.

¹⁵⁴ Savaş, s.202.

¹⁵⁵ İmre, Zahit/Erman, Hasan (2016) Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Der Yayınları, s.10; Ayan, Mehmet (2016) Miras, Hukuku, 9. Baskı, Ankara, Seçkin, s.38; Günay,

doğrudan satıcının ölmeden önce sipariş ettiği ürünler de mirasçılar tarafından talep edilebilir¹⁵⁶.

Network marketing, piramit satış sistemine dönüşmesi halinde geçersiz hale gelecektir. Bu durum, geçersizlikten önce ifa edilen edimleri etkilemez. Piramit satış sistemine dönüşmeden önce doğan borçlar ve bunların ifası da talep edilebilir. Ancak böyle bir dönüşüm sonrası ifa edilen edimler bakımından herhangi bir talepte bulunulamaz. Zira artık sözleşme hukuka ve ahlaka aykırı hale gelmiştir¹⁵⁷.

Network marketing sözleşmesinin sona ermesi halinde doğrudan satıcının elinde kalan ürünlerin iadesinin mümkün olup olamayacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. İYDKSY m. 25/5 hükmünde sisteme girdikten itibaren altmış günlük süre içinde ayrılma durumunda, doğrudan satıcı elinde olan kullanılmamış ürünlerin iadesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir. Ancak bu sürenin geçmesi durumunda, iadenin mümkün olmayacağı belirtilmektedir¹⁵⁸. Ancak tarafların iadeyi mümkün kılan bir hüküm ihdas etmeleri mümkündür.

B. KOMİSYON YA DA PRİMLERE ETKİSİ

Network marketing sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte sisteme dahil edilen üyelerin satışlarına bağlı olarak elde edilen primlerin akibetinin ne olacağı her bir sona erme nedeni ayrı ayrı incelenerek ifade edilmelidir. Bu konuda bir kuralın olmaması benzer hukuki ilişkilerdeki kuralların uygulanabilirliği bakımından önem arz eder.

İkale sözleşmesi neticesinde network marketing sözleşmesinin sona ermesi ile birlikte taraflar arasındaki hukuki ilişkiye bağlı tüm sonuçlar ortadan

Erhan (2016) Yargıtay Kararları Eşliğinde Miras Paylaşım Davaları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin, s.37.

¹⁵⁶ **Savaş**, s.218.

¹⁵⁷ **Tunçomağ**, s.382; **Ateş, Derya** (2006) Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Doktora, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s.324.

¹⁵⁸ <https://dtd.org.tr/mevzuat/s.e.t.25.01.2020>.

kalkar. Bu durumda doğrudan satıcının, sisteme dahil ettiği üyelerin satışları nedeniyle prim alması mümkün olmamalıdır¹⁵⁹.

Şirketin haklı nedenle sözleşmeyi feshettiği durumda, doğrudan satıcıya prim ödenmesi söz konusu olmamalıdır. Sözleşme doğrudan satıcı tarafından haklı nedenle feshedildiği takdirde şirketin tazminat yükümlülüğü gündeme gelebilir. Bu durumda ödenecek tazminat miktarına primlerin dahil edilmesi mümkündür¹⁶⁰.

Network marketing, piramit satış sistemine dönüşmüşse, artık prim ödenmesi söz konusu olmaz¹⁶¹. Zira primlerin temeli hukuka aykırılık teşkil edeceğinden, TBK m. 81 hükmü gündeme gelebilir.

Sözleşmenin ölüm veya sürenin sona ermesi gibi nedenlere bağlı olarak ortadan kalkması halinde sistemin işleyişi dikkate alınarak bir süre daha prim ödenmesi makul görülebilir. Zira birçok üyeye sahip olan bir sponsor/distribütörün ölümü nedeniyle bu gelirden birden mahrum kalmak çok adil olmayabilir. Bu nedenle özellikle sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği bu durumlarda bir süre daha prim ödenmesine devam edilmesi hakkaniyete uygun görülebilir. Bu sonuca doğrudan olmasa da, vekalet sözleşmesinde müvekkilin ölmesiyle birlikte sözleşmenin derhal son bulmaması ve bir süre devam etmesi durumunun kıyasen uygulanabileceği ifade edilmektedir¹⁶².

XII. SONUÇ

Network marketing sistemi, doğrudan pazarlama yöntemlerinden biridir. Bu sistem ile bir yandan şirket tarafından üretilen ürünler doğrudan satıcılar aracılığıyla tüketicilere ulaştırılmakta diğer yandan yeni kişiler kaydedilerek sistemin genişlemesi amaçlanmaktadır.

¹⁵⁹ Savaş, s.221.

¹⁶⁰ Savaş, s.222.

¹⁶¹ Gregor/Wadlewski, p. 8.

¹⁶² Akkanat, Halil (2004) Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, s.142-143; Akıncı, Şahin (2004) Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, 1. Baskı, Konya, Sayram Yayınları, s.71.

Ürünlerin piyasada belirlenen gerçek fiyatlar üzerinden pazarlandığı network marketing sistemi bu yönüyle, gerçek fiyatlarının çok üstünde satılan ürünlerin veya hiçbir ürün olmadan paranın talep edildiği piramit satış sisteminden farklıdır. Piramit satış sistemi, TKHK m. 80 hükmünde açıkça yasaklanmıştır.

Network marketing sözleşmesi, kendine özgü bir yapıya sahip isimsiz ve çerçeve niteliğinde bir sözleşmedir. Bu sözleşme taraflar arasında sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşmedir. Bu nitelikleri, kanunda düzenlenmeyen network marketing sözleşmesine uygulanacak hükümlerin belirlenmesi bakımından önemli rol oynamaktadır.

Taraflar açısından bu sözleşme, network marketing sistemiyle faaliyet yürüten ve şirket olarak yapılan bir firma ile gerçek kişi olan doğrudan satıcı arasında yapılmaktadır. İYDKSY ve THKH'de yer alan hükümler dikkate alındığında, network marketing şirketinin tüzel kişiliğe sahip olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak uygulamada genellikle network marketing yapan firmanın, limited veya anonim şirket şeklinde yapıldığı görülmektedir. Bunun yanında doğrudan satıcıların tüzel kişi olması da yönetmeliğin lafzı bakımından bir sorun teşkil etmemektedir.

Çerçeve sözleşme niteliğinde olan network marketing sözleşmesi nedeniyle şirket doğrudan piyasaya ürün satmamaktadır. Ürünler doğrudan satıcılar tarafından kendi nam ve hesabına tüketicilere satılmaktadır. Bu nedenle şirket, doğrudan satıcının siparişi üzerine ürün satma ve teslim etme borcu altına girmektedir. Ayrıca şirketin doğrudan satıcılara, sisteme kaydettikleri üyelerin satışları nedeniyle prim ödemesi de yerine getirmesi gereken diğer borçtur.

Doğrudan satıcılar da sistemin getirdiği güven ilişkisi dolayısıyla, şirketten ürün alma ve şirketin öngördüğü kural ve talimatlara uymakla yükümlüdür. Ayrıca doğrudan satıcı, şirketi ürün ve pazarlama konusunda bilgilendirmeli, şirketin menfaatinin korunması gereken bir konunun gizliliğini sağlamalıdır. Bu bağlamda doğrudan satıcı, sadakat, bilgilendirme ve sır saklama borcu altına girmektedir.

Network marketing sözleşmesi; ikale sözleşmesi, sürenin dolması, fesih, irade sakatlığı nedeniyle iptal, doğrudan satıcının ölümü ve network marketing yapısına sahip şirketin iflası ile sona erebileceği gibi; TKHK ve İYDKSY’de düzenlenen hükümlerde piramit satış sistemine dönüşmesi veya doğrudan satıcının şirketin çalışanı, ortağı veya yönetici olması durumlarında da sona erebilir.

KAYNAKÇA

- Agcadağ, İpek** (2017) “Popüler Kültür Bağlamında Kozmetik Ürünleri Tüketimi ve Yeni Bir Satış Kanalı Olarak Ağ Pazarlama (Network Marketing) Sistemi”, *Sosyoloji Dergisi*, S:36, s.157-169.
- Akçaal, Mehmet** (2014) “Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, *GÜHFD*, C:XVIII, S:1, s.49-69.
- Akıncı, Şahin** (2013) *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 7. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Akıncı, Şahin** (2004) *Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*, 1. Baskı, Konya, Sayram Yayınları.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Karaman Ateş, Derya** (2019) *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 15. Baskı, C:I, İstanbul, Beta.
- Akkanat, Halil** (2004) *Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi*, 1. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Altınok Ormancı, Pınar** (2011) *Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Nedenle Feshi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan** (2019) *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Argan, Metin** (1997) “Çok Katlı Pazarlama ve Türkiye’de Bir Uygulama” (Yüksek Lisans), Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Arslan, Aziz Serkan** (2008) “Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri”, *GÜHFD*, C:12, S:1-2, s.3-37.
- Astarlı, Muhittin** (2013) *İş Hukukunda İkale*, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Ateş, Derya** (2006) “Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık” (Doktora), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ayan, Mehmet** (2016) *Miras, Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen** (2014) *Kişiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Konya, Mimoza.

- Aydoğan, Ertan** (2018) “Network Marketing (Ağ Pazarlama) Sisteminde Ödenen Bedellerin Vergisel Analizi”, Mali Çözüm Dergisi, S:28, s.169-175.
- Barkacs, Craig. B.** (1997) “Multilevel Marketing and Antifraud Statutes: Legal Enterprises or Pyramid Schemes?” Journal of the Academy of Marketing Science.
- Barlas, Nami** (2001) “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, s.807-828.
- Clothier, P.** (1997) Multi Level Marketing, A Practical Guide to Successful Network Selling, London, Kogon Page, s.27-28.
- Coughlan, Anne T/ Grayson, Kent** (2008) “Network Marketing Organizations: Compensation Plans, Retail Network Growth, and Profitability”, International Journal of Research in Marketing, 15 (1998), pp. 401-426.
- Çağlar, Kamuran** (2019) “Network Marketing Sistemi ve Vergilendirilmesi”, Mali Çözüm Dergisi, C:29, S:152, s.193-204.
- Çakmak, Ali Çağlar** (2011) Doğrudan Satış ve Şebeke Yoluyla Pazarlama Sistemi, İstanbul, Türkmen Kitabevi.
- Dağdelen, Ahmet Hakan** (2019) “Genel İşlem Şartları ve Teşmil İle Yürürlük Denetiminin Esasları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:25, S:2.
- Dedeağaç, Ender** (2020) Uygulamalı Limited Şirketler Hukuku, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Demir, Mehmet** (2001) Kapıdan İşlemlerde Tüketicie Koruyan Geri Alma Hakkı, 1. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Demir Gökyayla, Cemile** (2005) Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Duman, Berna** (2019) “Türk İş Hukukunda İ kale” (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, Yetkin.

- Eren, Fikret** (2019) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Girgin, Ömer Ali** (2019) “Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:5, S:1, s.135-155.
- Gregor, Bogdan/Wadlewski, Aron-Axel** (2013) “Multi level Marketing as a Business Model”, Marketing of Scientific and Research Organizations, Vol. 1(7), pp. 2-17.
- Gülerci, Altan Fahri** (2019) Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Günay, Erhan** (2016) Yargıtay Kararları Eşliğinde Miras Paylaşım Davaları, 1. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Güzel, Ali** (1997) “Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara.
- Hassülün, Pınar/ Damra, Erol** (2017)“Şebeke Yolu Pazarlamada Peter Clotheir’in Başarı Prensipleri”, Ömer Halisdemir Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C:10, S:3, s.154-167.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre** (2017) Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Havutçu, Ayşe** (2003) Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, Güncel Yayınevi.
- Helvacı, Serap** (2010) Gerçek Kişiler, 3. Baskı, İstanbul, Legal.
- İmre, Zahit/Erman, Hasan** (2016) Miras Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Der Yayınları.
- İşgüzar, Hasan** (1989) Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara, Seçkin.
- Kaplan, İbrahim** (2007) Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uydurulması, 2. Baskı, Ankara, Yetkin.
- Kara, Mehmet/ Çiçek, Behiye** (2016) “Çok Katlı Pazarlama Sistemi ve Uygulaması: Yozgat İli Tupperware Firması Örneği”, Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi, C:1, S:1, s.50-62.

- Karaman, Davut** (2019) “Çok Katlı Pazarlama Sistemi Üzerine Antalya İlinde Bir Uygulama”, İnsan&İnsan Bilim Kültür Sanat ve Düşünce Dergisi, S:21, s.553-572.
- Kayırğan, Hasan** (2014) “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:20, S:1, s.459-478.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** (2018) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 22. Baskı, Ankara, Turhan.
- Kır, Oktay** (2019) Anonim Şirketler, 1. Baskı, İstanbul, Aristo.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdulkadir** (2017) Borçlar Hukuku- Genel Bölüm, C:I, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Kuntalp, Erden** (2013) Karışık Muhtevalı Akitler, 2. Baskı, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Merlin, F. Marys** (2012) “A Study on Direct Selling Through Multi Level Marketing”, International Journal of Advancements in Research & Technology, Vol. 1, Issue 4, Pp. 1-3.
- Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş** (2014) İş Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Oğuz, Cemal** (1998) “Standart Sözleşmelerin BK. 21 ile 99/2 ve 100/3 Hükümlerine Göre Hâkim Tarafından Kontrolü”, TBBD, S:1, s.25-37.
- Oğuz, Cemal** (2005) “Kapıdan Satışlarda Tüketicieye Tanınan Cayma Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Caymanın Sonuçları”, GÜHFD, C:VIII, S:1-2, s.33-47.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut** (2013) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:I, İstanbul.
- Oktay, Saibe** (2011) “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:55, S:1/2, s.263-296.
- Özel, Çağlar** (1998) Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketicieyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, Bankacılık ve Tic. Hukuk Araş. Enstitüsü.

- Öztürk, Erdal** (2017) “Network Marketing (Ağ Pazarlama) Sisteminin Türk Vergi Sistemi Karşısındaki Durumu”, Vergi Raporu Dergisi, S:211, s.69-77.
- Paşalı Taşoğlu, Nihal** (2018) Çok Katlı Pazarlama, Kocaeli, Umuttepe Yayınları.
- Pulaşlı, Hasan** (2017) Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara, Adalet.
- Savaş, Abdurrahman** (2016) Network Marketing Sözleşmesi, İstanbul, Der Yayınları.
- Schmitt, Philipp/Skiera, Bernd/Bulte, Christophe Van Den** (2013) “Referral Programs and Customer Value”, Journal of Marketing, 75(1), p. 46-59.
- Seçer, Öz** (2013) Alım Satım Komisyonculuğu Sözleşmesi, 1. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık.
- Seliçi, Özer** (1977) Borçlar Kanunu’na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Serozan, Rona** (2019) Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul, On İki Levha.
- Serozan, Rona** (1975) Sözleşmeden Dönme, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Serozan, Rona** (1990), “Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”, İÜMHAD, S:18.
- Sert Sütçü, Selin** (2016) “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 80 hükmüne göre Piramit Satışlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:22, S:3, s.2505-2519.
- Sümer, Halûk Hadi** (2010), “İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru”, Sicil Dergisi, C:5, S:19, s.63-73.
- Süzek, Sarper** (2015) İş Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta.
- Şahin, Nurten Zeliha** (2019), “Ağ Pazarlama Firmalarının Gelir Planlamalarının Tanıtımları Örnekleme Üzerinden Ağ Pazarlamanın İslam Hukuku Açısından Meşruiyetinin Değerlendirilmesi”, Avrasya Sosyal ve Ekonomik Araştırmaları Dergisi, C:6, S:5, s.241-256, (Kısaltılmışı: Ağ Pazarlama).

- Şahin, Nurten Zeliha** (2019) “Ağ Pazarlamada Sponsorluğun Hukuki Temelinin İslam Hukuku Açısından Tahlili”, Dini Araştırmalar Dergisi, C:19, S:2, s.373-396.
- Şahlanan, Fevzi** (2011) “İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru-Bağımlılık İlişkisi”, Tekstil İşv. Hukuk Dergisi, S:65, s.2-6.
- Tandoğan, Halûk** (1990) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:I/I, 6. Baskı, İstanbul.
- Taşkent, Savaş** (2011) “İş Sözleşmesinin İkale Yoluyla Sona Erdirilmesi”, Kamu-İş Dergisi, C:11, S:4, s.1-7.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla** (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Toksöz, Tuğba** (2015) “Tek Satıcılık Sözleşmelerinde Portföy Tazminatı (Yüksek Lisans), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tunçomağ, Kenan** (1972) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul.
- Uluçam Şemseddin** (2015) “Çok Katlı Pazarlama Sistemlerinde Distribütörlerin Başarısı ve İş Tatmininde Etken Olan Faktörlerin İncelenmesi Üzerine Bir Araştırma”, KTO Karatay Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün** (2015) Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, On İki Levha.
- Ünal, Akın** (2017) Kelepçeleme Sözleşmeleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak** (2018) Türk Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 15. Baskı, İstanbul, Beta.
- Zengin, İbrahim Çağrı** (2013) Pazarlamacılık Sözleşmesi, İstanbul, On İki Levha.
- Zevkililer, Aydın/Gökyayla, K. Emre** (2018) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara, Turhan.

TÜRK İŞ HUKUKUNDA EVDEN ÇALIŞMA*

Arş. Gör. Rabia Büşra ERAFŞAR**

ÖZET

İş hukukunda evden çalışma her ne kadar son dönemlerde koronavirüs salgını dolayısıyla artış gösterse de uzun yıllardır var olan bir çalışma modelidir. Özellikle teknolojik iletişim araçlarının yaygınlaşması ve içinde bulunduğumuz dijital çağ dolayısıyla işin evden de yürütülmesi kolaylaşmıştır. Nitekim bu noktada işin görülmesinde zaman ve mekan prensibi ortadan kalkmış olmakla beraber niteliğine uygun olarak iş sözleşmesi kapsamında işçi evden çalışabilecektir. Ancak evden çalışma modeli sektörlere göre farklılık arz etmekte ve evden çalışmadan alınan verim bu ölçüde farklılaşmaktadır.

Hukumumuzda evden çalışmaya ilişkin Türk Borçlar Kanunu 461-469 maddelerinde evde hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir ve ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü) evden çalışmayı düzenleme altına almıştır. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nda uzaktan çalışma düzenlenerek evden çalışma bu konunun alt başlığı olarak değerlendirilebilecektir. İşin iş yerinden değil de evden görülmesi tüm dünyayı etkisi altına alan koronavirüs salgınının da etkisiyle üretimin devamı açısından kaçınılmaz hale gelmiştir. Bu nedenle evden çalışma konusunun incelenmesi ve iş sözleşmesinin hükümlerinin buna göre belirlenmesi oldukça önem arz etmektedir.

Bu çalışmada ilk olarak genel anlamda evden çalışmaya değinilmiştir. Ardından evden çalışmanın türleri ve evden çalışma durumunda İş Kanunu'ndan ve işçi işveren iş sözleşmesinden kaynaklanan çeşitli hak ve yükümlülükleri incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Evden Çalışma, Atipik İş İlişkisi, Esnek Çalışma, Uzaktan Çalışma, Koronavirüs.

* DOI: 10.33432/ybuhukuk.1027291 - Geliş Tarihi: 23.11.2021 – Kabul Tarihi: 24.01.2022

** Ordu Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, rabiabusra1100@gmail.com ORCID: 0000 – 0003 – 3710 - 6143

WORK FROM HOME IN TURKISH LABOR LAW

ABSTRACT

In labor law, although it has recently increased due to the coronavirus epidemic, home-based work is a working model that has existed for many years. Especially due to the widespread use of technological communication tools and the digital age we live in, it has become easier to conduct business at home. Indeed, in addition to the fact that the principles of time and space are disappearing at this stage, in accordance with the nature of the work contract, the employee will be able to work from home. However, since the model of home-based work changes according to the sector, then the efficiency obtained from home-based work will also differ to this extent.

The Turkish Code of Obligations 461-469 has regulated contract of service at home and the ILO (International Labour Organization) has regulated home-based work. Thus, by regulating telework in the Labour Code number 4857, home-based work can be considered a subtitle of this topic. Performing work from home, not the workplace, has become inevitable for continued production with the effect of the coronavirus epidemic that has affected the entire world. For this reason, it is very important to examine the issue of working from home and to determine the terms of the employment contract accordingly.

In this study, first the work at home will be studied in general. Then, the types of work at home and the various rights and obligations of the employee and the employer arising from the employment contract cases of work from home will be examined.

Keywords: Work From Home, Atypical Work Relationship, Flexible Work, Telework, Coronavirus.

GİRİŞ

Evden çalışma, tarihi süreç içerisinde ortaya çıkmış olan bir çalışma modeli olup değişen ve gelişen iş dünyasında, zorlaşan iş hayatı şartlarına uyum sağlamak için bir alternatif çalışma modeli olarak önem kazanmıştır. Tüm dünyayı etkileyen koronavirüs salgını sonrası çok daha yaygın olan bu çalışma modeline ülkemizde de iş dünyasında pek çok sektörde başvurulmuştur. Yeni düzende iş organizasyonunun kurulduğu yer işin görüleceği yer olarak önem arz eder. Günümüzde yaygınlaşan bilişim teknolojileri nedeniyle de iş organizasyonu işçinin evinde kurulabilmektedir. İşçinin evinin işyeri niteliğiyle ilgili öğretide çeşitli görüşler vardır. İlk olarak evden çalışan işçinin evinin işyeri sayıldığı ve işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği gündeme getirilmiştir.¹ Diğer bir durumda ise evden çalışmada işin yapıldığı yer olarak işçinin evi, asıl işyerine bağlı yerdir.² Bu görüşe göre işyeri dışında kalan ancak işin görüldüğü yerler ile evden çalışan işçinin evi aynı niteliktedir. Bir başka görüşe göre ise evden çalışan işçinin evi işyeri değildir.³ Ancak koronavirüs döneminde geçilen evden çalışma modelinde evin işyeri niteliğinin belirlenmesi, evden çalışma sözleşmesinin hukuki çerçevesinin belirlenmesinde kanaatimizce özellik arz etmemektedir. Kanaatimizce, evin işyeri niteliğinden ziyade iş hukukunun uygulanabilirliği yönünde inceleme yapılmalıdır ve bu noktada zorunlu karantina uygulaması sebebiyle evden çalışan işçinin evi, işyeri olarak nitelendirilemeyecektir.

Evden çalışma, kendine has birtakım özellikler barındırır. İş hukuku işçinin, işverence yönetilen bir çalışma ortamındaki iş ilişkisini düzenlemiş olsa da klasik çalışma sisteminde işyeri üzerine bina edilmiş hukuk kurallarının, evden çalışmaya uygulanmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Uzaktan çalışma, İş Kanunu'nda evden çalışmanın yanı sıra tele çalışmayı da kapsayacak şekilde düzenlenmiş olup yapılan bu düzenleme ile

¹ **Dulay Yangın, Dilek** (2016) Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Ankara, Turhan Kitabevi, s.149.

² **Dulay Yangın**, s.149; **Aydınlı, İbrahim** (2001) Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara, Demiryol, s.184.

³ **Doğan Yenisey, Kübra** (2007) İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İstanbul, Legal, s.108.

evden çalışmanın iş hukukunun bir alanı olduğu ortaya konularak İş Kanununda düzenlenmiş çalışma süreleri, işçi ve işveren hak ve borçları ve diğer hükümler evden çalışmanın niteliğine uygun düştüğü sürece evden çalışmaya uygulanacaktır.⁴

I. EVDEN ÇALIŞMA

Esnek istihdam modellerinin ve dijital üretimin çalışma hayatına dâhil olması ile beraber tüm dünyayı etkisi altına alan koronavirüs salgını sebebiyle çalışma hayatında pek çok değişiklik meydana gelmiştir. Evden çalışma, en genel deyimle işçinin iş görme edimini, iş organizasyonu çerçevesinde kendi evinden ifa etmesidir. Bu çalışma modeli zorunlu karantina uygulaması sebebiyle birçok işyeri ve işletme tarafından uygulanmıştır.

Evden çalışma ve tele çalışma kavramları farklılık arz etmektedir. Tele çalışma, bilgi iletişim teknolojilerinden en az birini kullanarak, merkez ofisten uzakta gerçekleştirilen çalışma biçimi olarak nitelendirilebilir.⁵ Evden çalışma geleneksel anlamda, sanayi öncesi tarım toplumlarında çok sık görmüş olduğumuz, sanayi döneminde ise evlerde gerçekleştirilen sanayi ürünlerinin üretimine dayalı, genelde parça başı ücret karşılığı usulüyle çalışma biçimi olarak karşımıza çıkar.⁶ Tele çalışma, evden çalışmanın alt bir başlığı olarak yer alırken, Covid-19 salgını döneminde sıklıkla başvurulmuş evden çalışma modeli ile tele çalışma modeli iç içe geçmiş durumdadır. Şöyle ki tele çalışma modelinin belirleyiciliği bilgi iletişim teknolojileri sayesinde gerçekleşmesidir.⁷ Evden çalışmada kastedilen genellikle parça başına ücretin benimsendiği geleneksel evden çalışma modeli olup pandemi dönemindeki evden çalışma modelinde de teknolojik iletişim araçlarıyla evden çalışılmıştır. Bu nedenle son dönemlerde

⁴ **Mircan, Hasan** (2019) “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, (Yüksek Lisans), KTO Karatay Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.2.

⁵ **Özer Turan, Başak** (2019) “Enformasyon Teknolojisiyle Evden Çalışma: Türkiye’de Hizmet Sektörü Üzerinden Bir İnceleme”, (Yüksek Lisans) Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.31.

⁶ **Özer Turan**, s.31.

⁷ **Dulay Yangın**, s.64.

sık karşılaştığımız evden çalışma modeliyle tele çalışma modeli ortak özellikler barındırmaktadır.

Teknolojinin hızla gelişmesi ve bilgiye erişimin dijital çağ dolayısıyla kolaylaşması işlerin işyerinde yürütülme zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Çalışanın evini işyeri olarak kullanabilmesine imkân veren teknolojik gelişmeler evden çalışmayı önemli ve ihtiyaç duyulan bir çalışma biçimi haline getirmiştir. Evden çalışma, işçi ile işveren ilişkisinde bağımlılığın azaldığı bir çalışma türü olarak karşımıza çıkmakta ancak işçinin işverenin organizasyonu doğrultusunda çalışması nedeniyle iş sözleşmesi niteliğini korumaktadır.⁸

ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü)'nün 177 Sayılı Evden Çalışma Sözleşmesi md 1'de evden çalışmanın tanımına yer verilmiştir. Buna göre; "Evden çalışma bir kişi tarafından yürütülen iş anlamına gelir. Bu kişi evden çalışan olarak ifade edilecektir, işverenin işyeri dışında kalan kişinin kendi evi veya kendi seçtiği diğer tesislerde, ücret için, donanım, malzeme veya diğer kullanılan girdilerin kimin sağladığına bakılmaksızın işveren tarafından belirlenen bir ürün veya hizmet için sonuçlanan; bu kişinin, ulusal yasalar, yönetmelikler ya da mahkeme kararları çerçevesinde bağımsız bir çalışan olarak dikkate alınması için gerekli özerklik ve ekonomik bağımsızlık derecesi olmadıkça; bu sözleşmenin anlamı dâhilinde çalışan statüsündeki kişiler her zamanki işyerlerinden sadece zaman zaman evden çalışmalarını yaparak evden çalışan olamazlar. İşveren, doğrudan olsun ya da olmasın bir aracı vasıtasıyla kendi iş faaliyetleri uyarınca eve işveren gerçek ya da tüzel kişi anlamındadır." Yani kanuni düzenlemeler ve yargı kararları uyarınca bağımsız çalışma için gerekli olan özerklik ve bağımsızlığa sahip olmayan kişi tarafından, kendi evinde veya işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendi seçtiği yerlerde, bir karşılık mukabilinde, işverence belirlenen mal veya hizmetlerin üretimi için yapılan sözleşmeye evden çalışma sözleşmesi denir.⁹

⁸ Baycık, Gaye/Doğan, Sevil/Dulay Yangın, Dilek/Yay. Oğuzhan (2021) "Covid 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler", Çalışma ve Toplum, C:3, S:70, s.1684; Alp, Mustafa (2011) "Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C:1, S:1, s.796.

⁹ Alp, Elif/Sönmez, Özge Alev (2011), "ILO: Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:23, S:5-6, s.21.

Evden çalışma, atipik bir istihdam biçimi olmakla beraber aynı zamanda esnek ve standart olmayan çalışma biçimlerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. İş Kanunu sistematığı içerisinde evden çalışma ve tele çalışma kavramları üst başlık olarak uzaktan çalışma içerisinde sınıflandırılmıştır.¹⁰ 4857 sayılı İş Kanunu md 14/4'e göre 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 ilişkisidir." Evden çalışma, uzaktan çalışmanın görünümlerinden biridir.

Evden çalışmanın tercih edilmesinde ekonomik, teknolojik, iletişim nedenlerinin yanında ailevi nedenler de bulunmaktadır. Ailevi nedenler evde çocuk, yaşlı, hasta veya engelli bulunması olarak sayılabilir. Evden çalışanlar çalışırken, aynı ortamda bakıma muhtaç yakınlarının ihtiyaçlarını karşılayabildiğinden dolayı evden çalışma sistemini tercih etmektedirler.¹¹ Toplumda kadına yüklenen birtakım ailevi sorumluluklar nedeniyle evden çalışma daha çok kadınlar tarafından tercih edilmektedir.

Evden çalışma modelinde işin evden görülmesi, iş sözleşmesinin niteliğini ve mahiyetini değiştirmemelidir. Şöyle ki işin pandemi sebebiyle zorunlu bir şekilde evden görülmesi durumunda tespit edilmesi gereken önemli nokta işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisidir. Nitekim işçi iş sözleşmesine bağlı bir şekilde işi görmeye devam ettiği sürece işçi sıfatına haiz olarak gerek TBK gerek İş Kanunu ile getirilen koruyucu mekanizmalardan yararlanacaktır.¹² Evden çalışan ve evden işçi çalıştıran işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi, iş sözleşmesinde zorunlu unsur olarak sıkı bir biçimde görülmektedir. Bu konuya bağımlılık unsuru başlığı altında yer verilmiştir. İlerde de değinileceği üzere evden çalışan, İş Kanunu'nda tanımlanan "işçi"

¹⁰ **Dulay, Dilek** (2016a) "6175 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi" Sicil İş Hukuku Dergisi, S:36, s.148; **Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, Beta, İstanbul, s.200 vd; **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2021) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Baskı, İstanbul, Beta, s.190 vd.

¹¹ **Fidan, Fatma/Özdemir, Çağlar** (2011) "Ev Hizmetlerinde Çalışan Kadınlar ya da Evlerin Kadınları", Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma İlişkileri Dergisi, C:2, S:1, s.83.

¹² **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.214.

statüsünde olması şartıyla, uygun şartların varlığı halinde kanunda belirtilen diğer işçiler ile aynı statüde olacaktır.¹³

Avrupa Konseyi'nin tanımlamasına göre, evden çalışmanın üç unsuru bulunmaktadır. Bunlar; çalışmanın işyeri dışında genellikle işçinin kendi evinde yapılması, çalışmanın ücret karşılığında işverene bağlı olarak yapılması ve çalışma sonucu meydana getirilen mallar için işçinin ayrı bir mal piyasasına sahip olmamasıdır.¹⁴

TBK md 461 vd.nda hizmet sözleşmeleri başlığı altında evde hizmet sözleşmesi düzenlenmiştir. Evde hizmet sözleşmesi, “işverenin verdiği işi işçinin evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir.”¹⁵

A. EVDEN ÇALIŞMANIN TÜRLERİ

1. Geleneksel Evden Çalışma Sistemi

Emek ve becerinin ön planda olduğu bu çalışma sistemine klasik evden çalışma da denilmektedir. Tarihsel bakımdan önceki dönemlerde de kullanılan bir çalışma modeli olarak en eski atipik çalışma biçimi geleneksel evden çalışmadır. Bu istihdam biçimine giyim, tekstil, gıda sektörleri de dahil olmak üzere birçok sektörde rastlamak mümkündür. Geleneksel evden çalışmada parça başına iş alınarak ücret ona göre ödenmektedir. İşçi, çalışma saatini ve yapacağı iş miktarını kendisi belirler ve evden çalışanın işveren tarafından denetlenmesi zordur.¹⁶

2. Evden Tele Çalışma Sistemi

Gelişen teknoloji ile çevrimiçi iletişimin sağlanmasının ön plana çıkması ve son yıllarda ülkeyi etkisi altına alan koronavirüs salgınının da etkisiyle

¹³ **Çarhoğlu, Emine** (2011) Bir Esnek Çalışma Biçimi Olarak Evde Çalışma ve Evde Çalışan İşçilerin Korunması Sorunu, İş Müfettişi Yardımcılığı Etüdü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, Ankara, s.32.

¹⁴ **Mircan**, s.38.

¹⁵ **Eren, Fikret** (2021) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s.571.

¹⁶ **Mircan**, s.42.

çevrimiçi iş organizasyonunun önem kazanmasıyla bu çalışma türü önem arz etmeye başlamıştır. Tele çalışma, merkez çalışma olanaklarından uzaktaki bir yerde yapılan ve çalışanları oradaki meslektaşlarıyla iletişim kurmaktan alıkoyan ve yeni teknolojilerin bu ayrılmayı iletişim olanaklarıyla ortadan kaldırmaya çalıştığı çalışma sistemi olarak tanımlanabilir.¹⁷ Geleneksel evden çalışmaya göre evden tele çalışmada bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanılması daha ileri nitelikteki işleri gündeme getirmektedir.¹⁸ Geleneksel evden çalışmadan farklı olarak evden tele çalışmada telefon, bilgisayar gibi iletişim teknolojisi vasıtaları devreye girmekte ve evden çalışan, diğer iş arkadaşları ile bu teknolojiler vasıtasıyla iletişim kurmakta ve sorumluluğundaki işi yerine getirmektedir.¹⁹ Evden tele çalışmayı geleneksel evden çalışmadan ayıran temel unsur, çalışma şekillerinin zorunlu olarak uzaktan iletişim araçlarından birinin kullanılarak yapılması, bir başka deyişle çalışanların işlerini teknolojik iletişim araçları kullanarak evden yapmasıdır.²⁰ İşçinin işverene bu noktada teknik bağımlılığı söz konusudur. Bağımlılık başlığı altında açıklanacağı üzere teknik bağımlılık; işverenin, işçiye işin görülmesi için araç gereç, malzeme ve teknik ekipmanın kullanımı konusunda emir talimat verme yetkisidir.²¹ Evden çalışmanın bu türünde de işverenin işçiye bilişim araçlarının kullanımı konusunda bilgilendirme ve talimat verme yetkisi, teknik bağımlılığın sonucudur.

Evden tele çalışmanın önemli avantajları işlerin kolaylaştırılması, işçiye serbestlik vermesi, işçinin ve işverenin maliyet girdilerini önemli ölçüde azaltmasıdır.²² Evden tele çalışma faaliyet birliği içerisinde olan ancak birbirinden bağımsız sanal işletmeleri, farklı yerlerde olmalarına rağmen

¹⁷ **Kandemir, Murat** (2011) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma. 1. Baskı. İstanbul, Legal Kitabevi, s.97 vd.

¹⁸ **Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş** (2021) İş Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Lykeion , s.178.

¹⁹ **Süzek**, s.297.

²⁰ **Yavuz, Arif** (2000) “Esnek Çalışmanın Endüstri İlişkilerine Etkisi (Esnekliğin Etkisi)” İşveren Dergisi, C:9, S:4, s.25.

²¹ **Dulay Yangın**, s.90

²² **Topcuk, Yılmaz** (2006) “Esnek Çalışma ve Esnek Çalışanların Sosyal Güvenliği”, (Yüksek Lisans), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.39.

iletişim araçları ile yer ve zaman fark etmeksizin çalışma imkânı veren sanal bir işyerine dönüştürmektedir.²³ İlerde de açıklanacağı üzere işçi işyeriyle devamlı olarak mobil iletişim halindeyse tele çalışma, devamlı bir online iletişim halinde olmadan işini yapıyorsa geleneksel evden çalışma kapsamına alınmaktadır.²⁴

B. EVDEN ÇALIŞMANIN UNSURLARI

Evden çalışmanın esası, iş görmenin işverenin işyeri dışında bir yerde olmasıdır. Öğretide her ne kadar evden çalışmanın unsurlarına dair pek çok farklı görüş ve nitelendirme bulunsa da İş Kanunu gereğince evden çalışmanın dört unsurdan oluşacağı söylenebilir. Bu unsurlar iş görme, ücret, bağımlılık ve işin işyeri dışında (evden veya işçinin belirleyeceği başka bir yer) görülmesi şeklinde sınıflandırılabilir.²⁵

1. İş Görme Unsuru

İş sözleşmesinin unsurlarından biri, işçinin iş görme borcudur. Bir gerçek kişinin ekonomik bir karşılık gözeterek yapmış olduğu iş sözleşmesi kapsamındaki her türlü çalışma iş görme olarak değerlendirilebilecektir.²⁶ TBK md 394 uyarınca belirli veya belirsiz süreli iş görmenin süreklilik taşıması gerekir. Aynı zamanda işçinin iş görme borcunu bizzat üstlenmiş olması gerekmektedir. TBK md 461/1'de kişinin işi bizzat veya aile üyeleriyle birlikte görebileceğine değinilmiştir. İşçinin işi bizzat görmesi, iş hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük olmakla birlikte mutlak değildir.²⁷ Bu nedenle evde hizmet sözleşmesi bakımından da iş görme borcu bizzat veya aile üyeleriyle ifa edilebilir. Evden çalışma modelindeki iş sözleşmesinde işçi işini telefon veya bilgisayar aracılığıyla evinden yapabilecektir.²⁸

²³ Çarhoğlu, s.9.

²⁴ Dulay Yangın, s.64.

²⁵ Mircan, s.49.

²⁶ Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta, s.94.

²⁷ Sümer, Haluk Hadi (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, Seçkin, s.63.

²⁸ Sümer, s.38.

2. Ücret Unsuru

Evden belirli miktar para karşılığı yapılan her iş evden çalışma olarak nitelendirilemeyeceğinden evden çalışma sözleşmesinde genel iş sözleşmelerinde olduğu gibi evden çalışan ücret karşılığında iş görmektedir.²⁹ İş sözleşmelerinin tamamında olduğu gibi evden çalışmaya dayalı iş sözleşmelerinde de ücret, esaslı unsurdur. Evden çalışanın yapacağı işin karşılığı olarak ücret, işveren tarafından kendisine ödenmektedir. Ücretin ödenmesine ilişkin zaman esasına, parça başına ve yüzde usulüne dayalı gibi birtakım yöntemler mevcut olup evden yapılan çalışmalarda çoğunlukla parça başına ücret sistemi tercih edilir.³⁰

Evden çalışmada işçinin ücreti, işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesine göre ya da evden çalışmanın hangi işkolunda olduğu tespit edilerek o işkolunda geçerli toplu sözleşmeyle belirlenebilir.³¹

3. Bağımlılık Unsuru

İş hukukunun esnekleştirilmesi yönündeki eğilimler sonucu ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, iş akdinde klasik bağımlılık ilişkisinin zayıflamasına neden olmuştur. Bu nedenle bağımlılık unsuru değişen ve gelişen şartlara uygun olarak yeniden değerlendirilmiştir.³²

Evden çalışmada işçinin işini evden görmesinden dolayı, işçi ile işveren arasındaki bağımlılık unsurunun zayıflaması evden çalışmanın iş ilişkisi olarak görülmesini güçleştirmektedir.³³ Evden çalışmada işin niteliği doğrultusunda bağımlılık kavramının mutlak değil, göreceli olması gerektiğinden çok sıkı olmasa da evden çalışmada bağımlılık ilişkisi vardır.³⁴ Bağımlılık; ekonomik

²⁹ **Karaca, Aybüke** (2012) “Türk Borçlar Kanunu’nda Evde Hizmet Sözleşmesi” Erzincan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:5, S:2, s.379.

³⁰ **Mircan**, s.21.

³¹ **Metin, Şahin** (2011) Kayıt Dışı İstihdam ve Esnek üretim Sürecinde Kadın Emeğinin Durumu: Türkiye Ev – Eksenli Çalışma, Uzmanlık Tezi, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, s.107.

³² **Süzek**, s.251; **Dulay Yangın**, s.86 vd; **Kandemir**, s.63 vd.

³³ **Eren**, s.571.

³⁴ **Zevkililer, Aydın/K. Emre Gökyayla** (2021) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Ankara, Vedat Kitapçılık, s.482.

bağımlılık, teknik bağımlılık ve hukuki bağımlılık olmak üzere 3 şekilde kendini gösterir.³⁵

Ekonomik bağımlılık, işçinin işverene ekonomik anlamda bağımlı olması yani iş ilişkisi içerisinde iş görmesi karşılığında gelir elde etmesidir. Ancak bu durum, iş sözleşmesi dışında başka sözleşme türlerinde de görülmektedir. Yani taraflardan birinin iş görmesine karşılık diğer tarafın da onun geçimini sağlaması, evden çalışanın işçi sıfatı taşıması için yeterli olmayacaktır. Bu nedenle özellikle pandemi döneminde karşımıza çıkan evden çalışma modellerinde işçi ve işveren arasındaki ilişkinin ekonomik bir bağımlılık ilişkisi olması yeterli bir kıstas olmayacaktır.³⁶

Teknik bağımlılık, işverenin işçiye işi görmesi için gerekli olan malzeme, araç gereç sağlaması ve işçiye işin nasıl görüleceğiyle ilgili talimat verme yetkisidir. Teknik bağımlılık iş sözleşmeleri bakımından ayırıcı bir unsur değildir çünkü başka sözleşme türlerinde de teknik anlamda talimat verilmektedir.³⁷ Bu nedenle teknik bağımlılık da evden çalışmadaki bağımlılık ölçütü açısından yeterli olmayacaktır. Özellikle koronavirüs döneminde görülen evden çalışma modelinde evden çalışan işçi genellikle uzaktan iletişim araçlarıyla işi evinden görmektedir. Bu noktada evden çalışanın bilgi ve iletişim teknolojilerine hakimiyeti yeterli düzeyde olduğundan işverenle aralarında sıkı bir teknik bağımlılıktan söz edilemeyecektir.

Hukuki bağımlılık, işçinin işverenin emir ve talimatları altında ona hukukten bağılı olarak işi görmesidir. Bağımlılık unsurunun iş ilişkisinde belirleyiciliği bakımından evden çalışmada da hukukumuzda kabul edilen türü, hukuki bağımlılıktır. Hukuki bağımlılık en genel anlamda işçinin, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda işverene bağılı olarak çalışmasıdır. Öğretide evden çalışma modelinde hukuki bağımlılığın azaldığında dair görüşler bulunsa

³⁵ Sümer, s.79.

³⁶ Engin, Murat (2016) “Türk iş Hukukunda Evde Çalışma”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C:1 S:1, s.270 vd.; Güzel, Ali (2016) “İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C:1 S:1, s.203-221; Süzek, s.237.

³⁷ Dulay, s.90.

da³⁸ ağırlıklı olarak kabul edilen ve benim de katıldığım görüşe göre işin işyerinde görülmesi hukuki bağımlılık için zorunlu şart değildir. Nitekim işyerine ait kurumsal mail adresi de dahil olmak üzere telefonla mesajlaşma suretiyle de işveren, işçiler üzerinde denetim yetkisini evden çalışma modelinde de kullanabilecektir.³⁹ Bu bağlamda evden çalışma modelinde de bağımlılık ilişkisinin varlığından söz edebilmek için işin işyerinde görülmesi zorunlu olmayıp işçinin işi evinden yürütmesi de işin, iş organizasyonu içerisinde görüldüğünü gösterir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 13/07/2009 tarih, 2008/876 E., 2009/20602 K: numaralı kararı uyarınca iş sözleşmesini eser ve vekalet sözleşmelerinden ayırt eden unsur bağımlılık ilişkisidir. İş, eser ve vekalet sözleşmelerinde taraflar arasında ekonomik bir bağımlılık söz konusuysen iş sözleşmesini ayırt eden unsur hukuki bağımlılıktır. İşçi ve işveren arasındaki bu hiyerarşik bağ, kişisel bir bağımlılıktır. İş sözleşmesindeki bağımlılık unsurunun içeriği, işverenin talimatları doğrultusunda hareket etmek ile iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesinden oluşmaktadır.⁴⁰

4. Çalışmanın Evden Yapılması

ILO'nun 177 sayılı Evden Çalışma Sözleşmesi ve 184 sayılı Evden Çalışma Tavsiyesinde işyeri kavramı, evden çalışanın kendi evinde veya işverenin işyeri dışında seçtiği diğer yerler şeklinde tanımlanmıştır. Evden çalışma, işverenin doğrudan bir yönetim ve denetiminin olmadığı, bir işveren adına işçinin seçtiği bir yerde veya genellikle de kendi evinde, iş sözleşmesi gereğince işi görmesidir.⁴¹ Geleneksel istihdam türlerinden farklı olan evden çalışma şekli; evden üretim, ev çalışması, eve iş verme sistemi gibi kavramsallaştırmalarla da bilinmektedir. Bu modelde üretim, bir işyeri, ofis veya fabrikada değil, işyeri dışında ve çoğunlukla da işçilerin kendi evlerinde yapılmakta ve iş görülmektedir.⁴²

³⁸ Sümer, s.38.

³⁹ Süzek, s.30-31.

⁴⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E: 2008/876, K: 2009/20602, T:13/07/2009, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁴¹ Dulay, Dilek, (2016b) Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Ankara, Turhan Kitabevi, s.145.

⁴² Kandemir, s.145.

Çalışmanın evden yapılması, makalenin konusu olan istihdam modelini karakterize eden unsurdur. Esasında makalenin kapsamını oluşturan ve pandemi döneminde kendini gösteren evden çalışma modelinde çalışanın işe gelmesi değil işin çalışana götürülmesi amaçlanmıştır.⁴³ Evden çalışma, sosyal mesafenin en etkin uygulandığı ve covid-19'un bulaşıcılığının en aza indirildiği çalışma modeli olması sebebiyle uygulanmıştır. Evden çalışma sayesinde çalışma hayatının uzaktan ve izole olması sağlanmıştır. Evden çalışan işçi, çalışma süresini işveren ve işyerinden uzak olarak evde geçirmekte, çalışırken bilgi iletişim teknolojileri ve internet kullanımı nedeniyle işlerini uzaktan yapmaktadır.⁴⁴

II. EVDEN ÇALIŞAN

İşi, iş organizasyonu içerisinde kendi evinden gören kişi yani evden çalışma yapan kişi, evden çalışan işçi olarak tanımlanmalıdır. Nitekim pandemi döneminde zorunlu olarak pek çok sektörde karantina uygulamasına gidilmesi dolayısıyla işçiler genellikle evden çalışmışlardır. Evden çalışan, bir veya birden çok işveren için, bu kişilerin yönetimi ve denetimi altında bulunmadan, kendi evinde veya kendi seçtiği bir yerde ücret karşılığı mal ve hizmet üreten kişi olarak tanımlanmıştır.⁴⁵ Avrupa Konseyi'nin 1998 yılında hazırlanan "Evden Çalışanların Korunması Raporu" çalışmasında işçinin (evden çalışanın) tanımı yapılmıştır. Rapora göre, bir yerde işverene bağlı durumda fakat işverenin gözetimi altında olmadan iş yapan kişiye, evden çalışan denir.⁴⁶ ILO 177 sayılı sözleşmesinde ise evden çalışan, "kendi evinde veya işverenin işyeri dışında olmak kaydıyla kendi seçtiği yerlerde, bir ücret mukabilinde, malzeme ekipman ve diğer girdilerin kendisi, işveren veya aracı tarafından temin edilmesine

⁴³ **Kablay, Sebiha** (2021) "COVID-19 and Its Effect on Flexible Working Forms In The Public Sector": Şaki, Mert, Economic, Social and Political Impacts of COVID-19 Pandemic, Turkey, FSECON, s.100.

⁴⁴ **Kablay**, s.101.

⁴⁵ **Karaca**, s.384.

⁴⁶ **Çarhoğlu**, s.6.

bakılmaksızın, üretim ya da servisin işveren tarafından kararlaştırıldığı, işverence belirlenen mal ve hizmetlerin üretimi için çalışan kişidir.”⁴⁷

İşçinin işi aile bireyleriyle birlikte görebileceği, TBK md 461’de yer almaktadır.⁴⁸ Evden çalışmada işin görülmesine yardım eden aile bireylerinin hukuki niteliği konusunda kesinlik bulunmamaktadır. Bir görüşe göre evden çalışan ile aile bireyleri arasındaki bu ilişki, hatır ilişkisi olarak nitelendirilebilecekken işçinin aile üyeleriyle ücret karşılığında sözleşme yapması durumunda alt hizmet sözleşmesi söz konusu olacaktır.⁴⁹ Bu durumda işçi, aile bireylerine karşı emir ve talimat verme yetkisine sahip olacaktır.⁵⁰

A. EVDEN ÇALIŞANIN BORÇLARI

Evden çalışanın borçları; iş görme borcu, sadakat borcu, dürüstlük borcu, rekabet yasası ve sır saklama borcudur.⁵¹

1. İş Görme Borcu

İş sözleşmesi, niteliği itibari ile iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğundan evden çalışanın sözleşmesinin tarafı olarak üzerine düşen borçlarından en önemlisi, iş görme borcudur. Evden çalışan verilen işi zamanında bitirmek ve işverene teslim etmekle yükümlü olması nedeniyle aksi durumda TBK md 463 uyarınca sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Evden çalışan iş görme borcunu evden yerine getirir. Evden çalışmada işveren işçinin iş görme esnasında iş için yapmış olduğu harcama ve maliyetleri ödemekle yükümlü olup TBK md 414 gereğince zorunlu harcamaların kısmen veya tamamen işçi tarafından karşılanmasına ilişkin anlaşmalar geçersizdir.⁵²

⁴⁷ Topçuk, S:34.

⁴⁸ Eren, s.541.

⁴⁹ Eren, s.572.

⁵⁰ Karaca, s.384; Alp, s.85; Dulay Yangın, s.137 vd.

⁵¹ Demir, Fevzi (2018) En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir, Albi Yayınları, s.143 vd.

⁵² Dulay, (2016b), s.200.

Covid-19 döneminde evden çalışmanın yaygınlaşması, çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Öncelikle işin görülmesi için internet, elektrik gibi temel bazı ihtiyaçların kesintisiz olarak bulunması gerekir. Evden çalışma durumunda dört önemli faktöre ihtiyaç duyulacaktır. Bunlar; kesintisiz elektrik ve internet, telefon, bilgisayar veya tablet gibi bir teknolojik iletişim aracı ve evden çalışma için gereksinim duyulan bir çalışma masası veya çalışma odası gibi uygun bir çalışma ortamıdır.⁵³ Pandemi dönemi, ülkemizde birdenbire yaygınlaşmış ve birçok işyerinde ani bir şekilde evden çalışma uygulamasına geçilmiştir. Bu nedenle işverenlerin önceden hazırlıklı olmaması sebebiyle bu saydığımız gereksinimler çoğunlukla işçiler tarafından karşılanmıştır. Ancak olması gereken işin görülmesi için zorunlu olan ihtiyaçların ve masrafların işveren tarafından karşılanmasıdır. Nitekim koronavirüs dönemi sebebiyle bu ihtiyaçlar işverenin işçiye malzeme ve araç gereç sağlama yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir.

2. İş Görme Borcunun Ayıplı İfası

İş görme borcu ayıplı olarak yerine getirilmişse işçi giderilmesi mümkün olan ayıpları, bedeli kendisine ait olacak şekilde gidermekle mükellef olup bu kural evden çalışanlar açısından da geçerlidir.⁵⁴ Evden çalışan iş görme borcunu kendi kusuruyla ayıplı olarak ifa ederse TBK md 463/2 uyarınca giderilmesi mümkün olan ayıpları masrafı kendisine ait olmak üzere gidermek zorundadır. Bu sorumluluğun belirlenmesinde TBK md 400/2 uyarınca işin tehlikesi, uzmanlık ve eğitim durumu ile işçinin yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulmuştur.⁵⁵ Evden çalışanın yapmış olduğu işin kusur nedeniyle ayıplı olması, teslim edilen malzemenin özensiz kullanılmış olması durumlarında evden çalışan, işverene karşı sorumludur. Evden çalışmada işverenin evden çalışanı doğrudan kontrol olanağı olmadığı için yapılan işin olması gerektiği gibi yapılıp yapılmadığını işveren, ürünleri teslim aldığı anda incelemektedir.⁵⁶ İşin niteliği gereği gizli ayıpların ilk incelemede tespiti zorluk taşımaktadır. Bu

⁵³ **Kablay**, s.105 vd.

⁵⁴ **Eren**, s.573.

⁵⁵ **Zevkililer**, s.483.

⁵⁶ **Gülver, Ender** (2014) “Türk Borçlar Kanununun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:22, S:2, s.103-122, s.112.

durum evden çalışanın iş görme borcunun önemini daha da artırdığından işveren, işçinin üretmiş olduğu ürünü TBK md 465'e göre teslim tarihinden itibaren bir hafta içerisinde incelemelidir.⁵⁷ İnceleme sonucunda işveren, üründe ayıp bulunması halinde işçiye bu ayıbı bildirecektir. Bildirim yapılmamışsa ürün mevcut haliyle kabul edilmiş sayılır ve gizli ayıplar için bir haftalık hak düşürücü süre uygulanmaz.⁵⁸ Nitekim bu durum ayıbın bildirim yükümlülüğünün kişiye yüklenmiş bir külfet oluşundan kaynaklanmaktadır.

3. İşverenin Yönetim Hakkı

İşverenin işçi üzerinde TBK md 399'a göre yönetim hakkı bulunmakta ve bu yönetim hakkı işverene işin yapılması için emir verme yetkisi vermektedir. İşçi işverenin yönetim hakkına saygı gösterip, işverenin yönetim talimatlarına uygun olarak işini görür.⁵⁹

Evden tele çalışmada işçi, işverenin kendisinden beklediği sonuçları, bilgi ve iletişim teknolojisi araçları vasıtasıyla işverene iletmektedir. Her ne kadar iş işyerinden farklı bir yerde iş görülüyor olsa da işçi, işveren tarafından yapılan çağrıya cevap vermek, işverenin elektronik ortamda vermiş olduğu talimatlara uymak zorundadır.⁶⁰

Evden çalışma sisteminin denetlenmesinde karşılaşılan en önemli güçlük çalışmanın evden yapılmasıdır. Anayasal bir hak olan konut dokunulmazlığı nedeniyle, evden çalışanların ve yapılan işin işveren ve iş müfettişleri tarafından denetlenmesi mümkün değildir.⁶¹ Evden çalışma sisteminde doğrudan bir denetleme ve gözetim imkanı olmadığından, işverenin talimatlarına uyma yükümlülüğü kendine has bir yapıdadır.⁶² Evden çalışmada işverenin denetimi, işin görüldüğü esnada değil, iş sonucunun tesliminde söz konusu olduğundan

⁵⁷ **Mircan**, s.64.

⁵⁸ **Eren**, s.573.

⁵⁹ **Süzek**, s.95.

⁶⁰ **Alp, Elif** (2012) "Türk İş Hukukunda Evde Çalışma", (Yüksek Lisans), Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.88; **Aydınöz, Gonca** (2014) "İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma", (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, s.33 vd., **Dulay Yangın**, s 43; **Süzek**, s.226.

⁶¹ **Metin**, s.120.

⁶² **Topcuk**, s.34.

evden çalışmada işçi bakımından denetim, sadece zamansal olarak ötelenmiştir. Bu nedenle evden çalışma eser sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir.⁶³

Zorunlu karantina uygulaması sebebiyle evden çalışma modelinde evden çalışanın özel hayatının gizliliği çoğunlukla ihlal edilmektedir. Örneğin online toplantılarda işveren tarafından genellikle kamera açma zorunluluğu bulunduğundan işçilerin kişisel alanına müdahale edilmektedir. Bu durum evden çalışmanın dezavantajlarından biridir. Avrupa Konseyi, konuya açıklık getirerek covid-19 döneminde işçinin evden çalışırken evinin video ile izlenemeyeceğini vurgulamıştır.⁶⁴ Evden çalışmada iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin de alınması gerekmektedir. Evden çalışma modelinin niteliğine ve işin görülme biçimine uygun olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınacak ve bu noktada evden çalışılırken meydana gelen bir iş kazasından işverenin sorumluluğu gerekli güvenlik önlemlerinin alınmaması durumunda söz konusu olacaktır.⁶⁵ Bu kapsamda işveren, risk değerlendirmesi yapmalı ve işçinin maruz kalacağı tehlikeleri göz önünde bulundurarak işçiye eğitim vererek bilgilendirme yapmalıdır.⁶⁶ Örneğin Ekranlı Araçlarla Çalışma Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre; işveren, işçiye ekranlı araçlarla çalışmalarda riskler ve korunma yolları, doğru oturuş, gözlerin korunması, gözleri en az yoran yazı karakterleri ve renkler, çalışma sırasında gözleri kısa sürelerle dinlendirme alışkanlığı, gözlerin, kas ve iskelet sisteminin dinlendirilmesi, ara dinlenmeleri ve egzersizler konularında eğitim vermelidir. Bu şartlara uyulduğunda evden çalışmada işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmış olduğu söylenebilir.

⁶³ Gülver, s.104.

⁶⁴ Baycık/Doğan/Dulay Yangın/Yay, s 1693.

⁶⁵ Dulay Yangın, s.211 vd.

⁶⁶ Baycık/Doğan/Dulay Yangın/Yay, s 1713; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz (2020) "Covid-19 Pandemi Döneminde HomeOffice Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme", Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, Tam Metin Bildiri Kitabı, s 201.

<http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/1229/sempozyum6.pdf?sequence=1&isAllowed=y> s.e.t.: 04.01.2021

4. Evden Çalışanın İşi Özenle Görmesi

TBK md 396/1'e göre işçi, yüklendiği işi özen yükümlülüğüne uygun olarak yapmalıdır. Evden çalışanın özen derecesi, orta nitelikte bir işçinin evden çalışması durumunda göstereceği performansa göre belirlenebilir. Nitekim günümüzdeki evden çalışma modelinde verimlilik ve özen yükümlülüğü bakımından işyerinde çalışan işçiyle aynı işgücü gözetilmektedir. TBK md 396/2'ye göre işin görülmesi için işveren tarafından işçiye verilen alet, araç-gereç ve malzemenin kullanımında da işçinin özen yükümlülüğü bulunduğundan evden çalışan malzemeleri verimli bir şekilde ve özenle kullanılmalıdır. Özen borcunun içeriğinin evden çalışma yapılan işin niteliğine ve evden çalışanın vasıflarına göre belirlenmesi kanaatimizce hakkaniyete çok daha uygun olacaktır. Esasında özen borcunun içeriği, evden yapılan işin niteliğine göre belirlenmelidir. Bu nedenle de işçinin iş görme borcuna bağlı bir borçtur. Öğretide bir görüşe göre özen borcu, sadakat borcunun bir görünümü olarak kabul edilmektedir.⁶⁷ Ancak katılmakta olduğumuz diğer görüşe göre özen borcu, iş sözleşmesinin asli edim yükümlülüğü olan işin görülmesine bağlı olarak ortaya çıkmış bir borç türüdür.⁶⁸

5. Sadakat Borcu

İşçinin bir diğer borcu olarak sadakat borcu, dürüstlük kuralları çerçevesinde ortaya çıkmış, bir kısmı işçinin çalışma esnasında bir kısmı da iş sözleşmesinin sona ermesi sonucunda ortaya çıkan borç türüdür.⁶⁹ Sadakat borcu, işçi ile işveren arasındaki iş ilişkisi gereğince işverenin korunmaya muhtaç menfaatlerinin, dürüstlük ve güven ilkesi çerçevesinde ve işçiden beklenebilecek makul ölçülerde korunması ve işçinin bu menfaatlere zarar verecek davranışlardan kaçınmasıdır.⁷⁰ TBK md 396/1'e göre sadakat borcu genel olarak, işverenin ve işletmenin menfaatlerini korumak ve işletme çıkarlarına zarar verecek her türlü davranıştan uzak durmayı içerir.

⁶⁷ Demir, s.158.

⁶⁸ Tunçomağ/ Centel, s.158.

⁶⁹ Süzek, s.378.

⁷⁰ Ertürk, Arzu Aslan (2010) Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, s.270.

Teknik bilgi ve uzmanlık gerektirmeyen geleneksel evden çalışma ile teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren evden tele çalışma kıyaslandığında, evden tele çalışmada sadakat borcunun kapsamı daha geniştir.⁷¹ Evden çalışanın işverenin denetim ve gözetimi altında olmaması sadakat borcunun önemini daha da artırmıştır. Evden çalışanın yaptığı iş esnasında vakıf olduğu işverene ait sırları, evden bulunan diğer kişilerin öğrenmesi muhtemeldir. Evden çalışan burada işverene ait ticari sır ve bilgileri evden yaşayan diğer bireylerden gerekli şekilde korumalıdır.⁷²

Sadakat borcu yapma ve yapmama borçlarını içinde barındırır. Bazen belirli bir davranışta bulunmayı, bazen de belirli bir davranıştan kaçınmayı ifade eder.⁷³ Türk Borçlar Kanunu uyarınca da evden çalışanın sadakat borcu kapsamında üçüncü kişinin işini görememesi, işvereni ile rekabete girememesi, sır saklaması; iş görme borcunu özenle ifa etmesi ve işverene sadakatle davranması bu borçlar kapsamındadır.

Sadakat borcunun bir diğer görünümü de dürüstlük borcudur. Dürüstlük kavramının içeriğini kesin olarak belirlemek mümkün olmamakla birlikte dürüstlük kuralı genel olarak sadakat yükümlülüğüne aykırı olan davranışlardır. Evden çalışanın işverenin gözetim ve denetiminden uzak olması, dürüstlük borcunun ihlali olasılığını artırmaktadır. Evden çalışan; işverene ve aile üyelerine, iş arkadaşlarına saygılı bir biçimde davranmak, onlara karşı dürüst hareket etmek zorundadır ve bu kişilere karşı işçinin onur kırıcı, kişilik haklarına zarar verici söz ve davranışlarda bulunmamalıdır.⁷⁴ Evden çalışan, iş görme borcunu kural olarak kendisi ifa edeceğinden evden beraber yaşadığı kişilere işverenin bilgisi olmaksızın iş yaptırması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.⁷⁵

⁷¹ **Dulay**, (2016b), s.183.

⁷² **Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut/Kaplan, Hasan Ali** (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.97 vd.

⁷³ **Mircan**, s.67.

⁷⁴ **Narmanlıoğlu, Ünal** (2015) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, s.272.; **Akyiğit, Ercan** (2021) Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.151 vd.

⁷⁵ **Dulay Yangın**, s.187.

6. Rekabet Yasağı

Türk Borçlar Kanunu'na göre işçinin rekabet etmeme borcu, iş sözleşmesinin devamı esnasında söz konusudur. Ancak iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra da rekabet yasağının devam edeceği sözleşme ile kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinin devamı sırasındaki rekabet etmeme borcu, sadakat borcunun bir uzantısıdır. Evden çalışmada da iş sözleşmesi olduğundan rekabet yasağının bulunmaktadır ve işçi buna uygun davranmalıdır. İşçinin iş ilişkisinin devamı süresince kendi adına işvereni ile rekabet edeceği bir işi yapması kadar işverenin rakibi olan bir işyerine ortak olması ya da orada çalışması da rekabet yasağının ihlali anlamı taşır.⁷⁶

Evden çalışmada işçinin birden çok işverene iş yaptığı genellikle karşılaşılan bir durumdur. İşveren tarafından sürekli ve tam zamanlı çalıştırılmayan evden çalışanın, ihtiyaçlarını karşılamak için bir başka işverenin yanında çalışması gerekebildiğinden bu şekilde çalışan işçinin rekabet yasağını ihlal ettiği söylenemez. Evden çalışanın amacı ekonomik ihtiyaçlarını karşılamak olup, işveren ile rekabet etme amacı yoktur. Ancak sürekli ve tam zamanlı olarak bir işverene bağlı olan evden çalışanın bir başka işverenle de çalışması rekabet yasağı teşkil eder. İşverenin açık rızası olmadıkça evden çalışanın dinlenme süresinde başka bir işverenin yanında çalışması mümkün değildir.⁷⁷

TBK'nin Rekabet Yasağı başlıklı md 444 vd. uyarınca işçi iş sözleşmesi sona erdikten sonra işverene karşı rekabet etmeme yükümlülüğü altına girecekse bunun sözleşme esnasında veya sonrasında yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Rekabet yasağının geçerli olabilmesi için yazılı olmasının yanında içeriğinin belli olması, belli bir zaman öngörülmüş olması gerekir ve belirlenen zaman kural olarak iş sözleşmesinin sona erdiği tarihten itibaren iki yılı geçmemelidir.⁷⁸ Bununla birlikte her evden çalışanla rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacaktır. Evden çalışmada yapılan işin niteliği sözleşme

⁷⁶ Süzek, s.380.; Tunçomağ/Centel, S:101; Dulay Yangın, s.181 vd.; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.102; Narmanlioğlu, s.273.

⁷⁷ Demircioğlu/Centel/ Kaplan, s.103; Süzek, s.381; Narmanlioğlu, s.274; Alp, s.91; Tunçomağ/Centel, s.102.

⁷⁸ Süzek, s.384.

yapılmasına elverişliyse rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilecektir. Örneğin geleneksel anlamda evden çalışan, aynı anda birden fazla işte çalışabildiği ve genellikle parça başına ücret usulüyle üretim yaptığı için bu kişiyle rekabet yasağı sözleşmesi yapılamayacaktır.⁷⁹

7. Sır Saklama Borcu

İşçi iş görme borcunu yerine getirirken işverenin mesleki ve ticari sırlarına vakıf olur ve öğrendiği bu bilgileri üçüncü bir kişiye karşı açıklamamakla yükümlüdür, bu yükümlülük iş sözleşmesi sona erdikten sonra da devam eder.⁸⁰ Bir iş ilişkisinde sır saklama borcu kapsamındaki sır olarak nitelendirilebilmesi için bu bilginin herkes tarafından bilinmemesi, bu bilginin iş ile bağlantısının olması, işverenin bu bilgiyi sır olarak saklama iradesinin olması ve işverenin haklı bir menfaatinin olması gerekir.⁸¹ Sır niteliğindeki bilgilerin sızdırılması bildirimli fesih hakkının kullanılabilmesine imkan sağlar. İşveren veya işyeri için gerçekten sır teşkil eden hususun herhangi bir kişiye sızdırılması, o kişinin bundan yararlanabilecek olması durumunda yeterli sayılmaktadır. Evden çalışmanın niteliği gereği yapılan işin her safhasında işçi, iş görmeye ilişkin bütün mesleki sır vakıf olacaktır. Çünkü işveren bir anlamda evden çalışana işi ve standartlarını bir kül halinde bildirdiğinden işin tüm safhaları hakkında bilgi sahibi olan evden çalışanın sır saklama borcunun kapsamı önemlidir.⁸²

B. İŞVERENİN BORÇLARI

1. Ücret Ödeme Borcu

İş K. md 32/1'e göre genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır. Ücret ödeme borcu, işverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu olarak iş sözleşmesinin asli unsurlarındandır. Ücret, kural olarak bir işin

⁷⁹ Dulay Yangın, s.59 vd.

⁸⁰ Süzek, s.379.

⁸¹ Ertürk, s.294.

⁸² Narmanlıoğlu, s.273; Tunçomağ/Centel, s.102; Süzek, s.379; Alp, s.92; Ertürk, s.295.

görülmesi karşılığında, işveren veya 3. kişiler tarafından para olarak ödenir.⁸³ İşveren ücreti işçiye en geç ayda bir öder. İş K. md 32/5'e göre iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi ile bu süre bir haftaya kadar düşürülebilir.

Evden çalışanı aralıksız olarak çalıştıran işveren, işçinin üretmiş olduğu ürünü kabul etmezse veya işçinin kusuru olmaksızın iş görmesini engellerse bu durumda işçinin ücretini ödemekle yükümlü olup diğer durumlarda, işveren ücret ödemekle yükümlü değildir.⁸⁴ TBK md 462'ye göre işveren evden çalışana her yeni iş verişinde ödeyeceği ücreti yazılı olarak bildirmek zorundadır ve yazılı bildirim yapılmaması halinde alışımlı bedel ve ücret ödenir.

Kusuru olmasa bile kısmen veya tamamen ücret ödeme borcunu yerine getiremeyen işveren Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş borçlu temerrüdüne düşeceği için işçi bu durumda sözleşmeyi bildirimsiz feshedebilir. Ücretin zamanında ödenmemesi halinde İş K. md 34 gereğince işçinin iş görmekten kaçınma hakkı mevcut olup işçinin çalışmaktan kaçındığı döneme ait ücret isteme hakkı yoktur. Çünkü İş Kanunu ücretin ancak çalışılan dönemler için ödeneceğini açıkça düzenlemiştir.⁸⁵ İşçinin ücret alacakları için kanunda 5 yıllık zamanaşımı süresi bulunmaktadır.

2. İşçiye Malzeme ve İş Sağlama Borcu

İşveren işini görmek üzere hazır bulunan işçiye, gerekli araç gereç ve malzemeyi hazırlamak zorunda olup işveren malzeme ve iş sağlama borcunu yerine getirmediği takdirde işi kabulden kaçınmış sayılır.⁸⁶ Ancak bu kural malzeme temini açısından her zaman kesin bir kural değildir. TBK md 413'e göre örf adet, işin niteliği gibi nedenlerle işçi tarafından malzeme sağlanması gerekebilir. İşveren tarafından işçiye temin edilen malzeme ve araç gerecin mülkiyeti işverene aittir ve TBK md 464/3 uyarınca işveren tarafından evden

⁸³ Sümer, s.76 vd.; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.105 vd.; Süzek, s.394; Tunçomağ/Centel, s.105;

⁸⁴ Eren, s.574.; Süzek, s.394; Narmanlıoğlu, s.280 vd.; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.106; Tunçomağ/Centel, s.128.

⁸⁵ Süzek, s.435; Tunçomağ/Centel, s.119; Demir, s.164 vd.

⁸⁶ Süzek, s.517; Narmanlıoğlu, s.277 vd.; Alp, s.95; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.123; Tunçomağ/Centel, s.150.

çalışana teslim edilen malzeme ve iş araç gereçlerinde teslimden sonra meydana gelecek zararlar evden çalışan tarafından karşılanmak zorundadır.

Evden çalışmada gerekli araç gereç ve malzeme genel olarak işveren tarafından sağlanır.⁸⁷ Malzemenin ve araç gereçlerin işveren tarafından sağlanması halinde, evden çalışan özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde bunları kullanmakla yükümlü olup eğer temin edilen malzeme ve araç gereçlerde ayıp var ise TBK md 464/2 gereğince durumu hemen işverene bildirmek zorundadır. İşçi işveren tarafından kendisine sağlanan malzeme ve iş araç gereçlerine kusuru nedeniyle bir zarar verirse bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.⁸⁸

3. Eşit Davranma Borcu

Eşit davranma borcu, işverenin çalıştırdığı işçilere ayırım yapmasını gerektiren makul bir sebep olmaması halinde, aynı durum ve koşullardaki işçilerine eşit davranması, bu doğrultuda işçiler arasında keyfi ayırım yapmaması anlamına gelmektedir.⁸⁹ Yani işverenin aynı işyeri veya işletmede çalışan işçilere aralarında bir ayırım yapmak amacıyla objektif olmayan biçimde farklı davranması yasaktır.⁹⁰ Eşit davranma borcu, aynı nitelikteki işçiler için söz konusudur. İş K. md 14/2 uyarınca uzaktan çalışmada dolayısıyla evden çalışmada işveren, tipik iş sözleşmesine göre çalışanla evden çalışana aynı derecede eşit davranmak zorundadır.

İşveren işçinin uzmanlık alanına, kabiliyet ve yeteneğine, tecrübesine, öğrenim durumu gibi özel vasıflarına göre farklı uygulama yapabilir ve bu uygulamalar eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz. İşveren, evden çalışan işçiye gerekli eğitimleri vermek ve işyerinde çalışan işçiyle aynı kariyer olanaklarını sağlamakla yükümlüdür.⁹¹ Bu doğrultuda işveren, evden çalışan işçiye zorunlu ve durumun gerektirdiği haller dışında işyerinde çalışan işçiden

⁸⁷ Eren, s.573; Çarhoğlu, s.24; Güzel, s.98.

⁸⁸ Zevkliler, s.483; Yavuz, s.80.

⁸⁹ Narmanlıoğlu, s.323; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.116; Süzek, s.493 vd.; Tunçomağ/Centel, s.112.

⁹⁰ Sümer, s.91; Narmanlıoğlu, s.324; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.118; Süzek, s.507 vd.

⁹¹ Dulay, (2016a), s.166; Narmanlıoğlu, s.325; Tunçomağ/Centel, s.142; Süzek, s.501 vd.

farklı muamelede bulunamaz. Evden çalışanı dezavantajlı hale getirecek olanaklar sağlayamaz.

4. İşçiyi Koruma Borcu

Kişisel niteliği ön planda olan iş sözleşmesinde işverenin diğer bir borcu, işçinin kişiliğinin korunması ve kişisel haklarına saygı gösterme borcu olup işçiyi koruma borcu, işçinin maddi ve manevi varlığı yönünden korunması ve işçinin insan onuruna yakışır biçimde çalıştırılmasından ibarettir.⁹² TBK md 417'ye göre işveren işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkesine uygun önlem almakla özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Evden çalışan işçi bakımından işveren tarafından işçiyi koruma borcu kapsamında işçinin kişilik değerlerine saygı gösterme borcu ve bu kapsamda işçinin kişisel verilerinin korunması bulunmaktadır.

İşçi her ne kadar evden çalışsa da işveren tarafından evden çalışan işçinin iş sağlığı ve güvenliği sağlanmalıdır. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu evden çalışanlar işçiler için de uygulanacaktır. Nitekim işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu iş sözleşmesinden doğar, işyeriyle sınırlı değildir ve esnek çalışma modellerinde de işin görüldüğü yerde uygulanır. ILO'nun 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi md 7'de iş sağlığı ve güvenliği kurallarının evden çalışmada da niteliği dikkate alınarak uygulanacağına değinilmiştir. Aynı zamanda sağlık ve güvenlik gerekçesiyle bazı maddelerin kullanımının evde çalışmada yasaklanabileceğine yer verilmiştir.⁹³ Örnek verecek olursak bilgisayarla evden çalışan işçiye işveren tarafından o bilgisayarın prize takıldığında patlama olasılığıyla ilgili gerekli teknik eğitim verilmelidir ve evin elektrik tesisatından kaynaklı bir problem yaşanmaması için işverence gerekli önlemler alınmalıdır. İşçiye çalışmalarında kullanacağı ekipmanlarla ilgili gerekli eğitimler verilmelidir.

Evden çalışma modelinde, işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmasının sonucu olarak bunun denetiminin de yapılması gerekir.

⁹² Süzek, s.437.

⁹³ Alp/Sönmez, s.18.

İş müfettişlerinin işçinin çalışma ortamı olan evini denetlemesi hukukumuzda uygulama alanı bulmamıştır.⁹⁴ Evden çalışmada işçilerin denetimi hem hukuken hem de fiilen sorunlar barındırır. Hukuki açıdan bakıldığında evden çalışma modelinde bu denetimin yapılabilmesiyle işçinin özel yaşamına saygı hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Fiili olarak ise işçilerin çalışma alanı olarak ülkenin farklı yerlerine dağıldığı durumlarda denetim neredeyse imkansızdır.⁹⁵ Özellikle koronavirüs sürecinde hastalığın bulaş riskinin fazlalığı bakımından fiili bir denetim kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

III. EVDEN ÇALIŞMANIN DÜZENLENMESİ

A. ÇALIŞMA SÜRELERİ

Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte işverenin emir ve talimat yetkisi altına girdiği andan çıktığı ana kadar geçirdiği süredir. İşçi, işgücünü işveren yararına kullanma girişiminin başlangıcından itibaren fiili olarak çalışsın veya çalışmasın, bu süre içerisinde geçirdiği bütün süreler çalışma süresinden sayılır.⁹⁶ Farazi çalışma süresi, işçinin fiilen çalışmadığı, iş görme borcunun ifasını o esnada fiilen yerine getirmediği halde işverenin denetim ve gözetimi altında her an iş görme borcunu ifaya hazır bulunduğu, kanun koyucunun iradesi nedeniyle çalışma süresinden sayılan hallerdir.⁹⁷

Evden çalışmada günlük ve haftalık çalışma süreleri, fazla çalışma, fazla süreli çalışma, ara dinlenmeleri, tatil günü çalışma ve gece çalışması gibi çalışma sürelerine ilişkin hükümlerin uygulanması ve denetimi mümkün değildir.⁹⁸ Şöyle ki pandemi dönemindeki evden çalışma modellerinde genellikle belirlenebilen bir çalışma saati söz konusu olmamıştır. Tabii ki işin niteliği doğrultusunda saatler belirlenebilir ancak zorunlu karantina uygulaması sebebiyle evden çalışılmaya geçilmesinde işveren tarafından yapılan işin oranı

⁹⁴ Engin, s.283.

⁹⁵ Kandemir, s.133 vd.

⁹⁶ Narmanlıoğlu, s.618; Sümer, s.139 vd.; Demir, s.233 vd.

⁹⁷ Erel, Damla (2017) Esnek Çalışma Süreleri ve Denkleştirme Esasına Göre Çalışma, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, s.33.; Narmanlıoğlu, s.618; Süzek, s.816.

⁹⁸ Çarhoğlu, s.35; Dulay Yangın, s.161 vd; Kandemir, s.106.

artırılmak istenmiştir. Çünkü, işverende evden çalışanın gerektiği gibi çalışmadığı düşüncesi uyanmıştır. Bu nedenle pandemi dönemi evden çalışmasında doğası gereği işin görülme süresi, günün ilerleyen saatlerine yayılabilmektedir.

Evden çalışmanın İş Kanunu'nun kapsamı altında olması nedeniyle, İş Kanunu hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde evden çalışmaya uygulanması gerekmektedir. Günümüzde işin teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla işyerinde olmaksızın yapılabilmesi, çalışma hayatında iş hayatı ile özel hayat arasındaki ayrımı ortadan kaldırmıştır. Evden çalışmada işin görüldüğü yerin ev olması itibarıyla çalışma süreleri, dinlenme süreleri ve özel yaşam ayrımı ortadan kalkmakta, bu kavramlar zaman zaman iç içe geçmektedir.⁹⁹ Bu nedenle pandemi dönemi evden çalışmasında bağlantıyı kesme hakkı ve ulaşılamama hakkı gibi yeni kavramlar gündeme gelmiştir. Evden çalışma, işçiyi çalışma saati bittikten sonra da e-mail veya whatsapp gibi yollarla iletişimde olmaya zorlamaktadır. Bu durum ise evden çalışma bakımından çalışma süresinin uzaması, dinlenme süresinin kısılmasına neden olmuştur. Bu nedenle işçinin "ulaşılamama hakkı" gündeme gelmiştir. Bu hak, çalışma süresi dışında kalan süreler içerisinde işçiye sürekli olarak ulaşılmamasını içerir.¹⁰⁰ İşçinin ulaşılamama hakkı, bir diğer adıyla bağlantıyı kesme hakkı, iş saatleri dışında işçinin çalışmasının önüne geçerek işçinin iş yaşam dengesinin korunmasına olanak sağlar.¹⁰¹

Bilindiği üzere haftalık çalışma süresi İş Kanunu'na göre haftalık en çok 45 saattir. Bu süre aksi kararlaştırılmadığı sürece çalışma günlerine eşit olarak bölünür. Haftalık çalışma süresi sözleşmeyle kanuni sürenin altına indirebilir fakat artırılamaz. Evden çalışanlar hakkında da İş Kanunu'nda belirlenmiş çalışma süreleri uygulanacaktır. Günlük çalışma süresi her durumda 11 saatten fazla olamaz. 11 saate kadar olan çalışmalar denkleştirme esasına tabidir. İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde haftalık çalışma süresini

⁹⁹ **Dulay Yangın**, s.162 vd; **Kandemir**, s.107.

¹⁰⁰ **Baycık/Doğan/Dulay Yangın/Yay**, s 1706 vd.

¹⁰¹ **Baycık/Doğan/Dulay Yangın/Yay**, s 1709 vd.; **Kandemir**, s.104 vd.

çalışılan iş günlerine farklı şekilde dağıtılabildiğini sağlayacak denkleştirme yönteminin uygulanabilmesi tarafların anlaşması koşuluna bağlanmıştır.¹⁰²

Evden çalışmada çalışma süresi belirlenirken uygulanan sistem niteliği itibariyle kesin olarak belirlenebilir olmayıp esnek bir çalışma modelidir. Evden çalışma modelinde çalışma süresinin tespiti online veya offline şekilde olabilir.¹⁰³ Online modelde işçi, işyeriyle ya da çalışma arkadaşlarıyla çalışma süresi içerisinde belli saatlerde sürekli bağlantı halinde olmaktadır. Bu durumda işçi, fiilen işe gelmiş gibi değerlendirilebileceğinden ara dinlenmesi veya fazla çalışma gibi sürelerin belirlenmesi klasik iş sözleşmesindeki gibi olacaktır. Ancak çalışma süresinin işçiye bırakıldığı offline çalışma modelinde çalışma sürelerinin tespiti bu kadar kolay değildir. Bu durumda da teknolojik iletişim araçları vasıtasıyla işin görüldüğü hallerde çeşitli uygulamalar ve yazılımlardan faydalanılabilecektir. Günümüzde de var olan bazı programlar aracılığıyla işçinin yaptığı iş işyerindeki veya merkezdeki bilgisayarlar tarafından denetlenip takip edilebilmektedir.¹⁰⁴ Bu durumda sürekli bağlantı halinde olmasa da çalışma süreleri hesaplanabilmektedir. Pandemi dönemindeki evden çalışmaların neredeyse tamamı uzaktan iletişim araçları vasıtasıyla yapılmış ve yapılmaya devam etmektedir. Bu nedenle bu konuda da teknolojinin imkanlarıyla belirleme yapılabilecektir. Nitekim çalışma süresi bakımından genellikle uygulanan çalışma sistemi güvene dayalı bir çalışma sistemidir.¹⁰⁵

B. DİNLENME SÜRELERİ

ILO'nun 184 numaralı tavsiye kararında evden çalışanın ara dinlenmesi hakkının olması gerektiği ifade edilmiş olup evden çalışanın çalışma süresinin tespit edilebildiği durumda veya yapılan işin emsal işçi tarafından ne kadar sürede yapılabileceğinin tespit edilebilmesi durumunda evden çalışanın ara dinlenmesi hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. Ancak güvene dayalı çalışma

¹⁰² Sözek, s.817 vd.; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.125 vd.

¹⁰³ Dulay Yangın, s.106; Kandemir, s.107.

¹⁰⁴ Dulay Yangın, s.221.

¹⁰⁵ Dulay Yangın, s.168.

süresi benimsenmişse ara dinlenmesi hakkının olmadığı söylenebilir.¹⁰⁶ Nitekim ara dinlenmesi çalışma süresinden sayılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi evden çalışma modelinde çalışma süreleri çalışma modelinin ve işin niteliğinden ötürü her durumda kesin olarak belirlenemeyecektir. Bu nedenle çalışma süreleri bakımından öğretide fikir birliği bulunmamaktadır.

ILO'nun yine 184 numaralı tavsiye kararında evden çalışanın bayram ve genel tatillerden faydalanma hakkının da olması gerektiği ifade edilmiş olup işçiler bu sürelerde çalışmadan ücrete hak kazanabileceklerdir.¹⁰⁷

ILO'nun aynı numaralı tavsiye kararında evden çalışanın yıllık ücretli izin hakkının olması gerektiği de ifade edilmiştir. Şöyle ki evden çalışan işçiye klasik istihdam biçiminde çalışanlarla aynı koşullarda yıllık ücretli izin kullanma hakkı tanınmalıdır. Evden çalışmada işveren tarafından işçisine yıllık ücretli izin verilebilmesi için çalışmanın sadece o işverene karşı yapılması gerekir. Eğer düzensiz ve değişik işverenler için çalışılmış ise evden çalışanın yıllık ücretli izin hakkının bulunması mümkün olmayacaktır.¹⁰⁸

Avrupa Adalet Divanı Büyük Daire 14 Mayıs 2019 tarihinde verdiği CCOO vs Deutsche Bank kararında; “devletlerin, 2003/88 Direktif’te öngörülen çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin güvenceleri etkin bir biçimde iç hukukta uygulayabilmesinin işverenlere günlük çalışma sürelerinin kaydını tutan objektif ve erişilebilir bir sistem oluşturma yükümlülüğü getirilmesi ile mümkün olabileceğini ve AB Temel Haklar Şartı çerçevesinde değerlendirildiğinde işçilerin sağlık ve güvenliğinin daha etkin bir biçimde korunmasının buna bağlı olduğunu” ortaya koymuştur.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Narmanlıoğlu, 676; Süzek, s.853; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.133 vd.

¹⁰⁷ Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.135; Süzek, s.856.

¹⁰⁸ Dulay Yangın, s.165.

¹⁰⁹ Baycık/Doğan/Dulay Yangın/Yay, s.1694; ECJ C-55/18, Judgment of the Court Grand Chamber, 14 May 2019.

C. EVDEN ÇALIŞMANIN SONA ERMESİ

Tipik çalışma modellerine benzer şekilde evden çalışma modelinde de taraflar arasındaki hukuki ilişki "sözleşme süresinin sona ermesi", "fesih", "ikale (tarafların anlaşması)" ve "ölüm" ile sona erecektir.¹¹⁰

Doktrinde evden çalışmada uygulanacak fesih bildirim sürelerinin İş Kanunu'na göre belirlenen süreler olması gerektiği ileri sürülmüştür. Nitekim İş Kanunu 14. maddesinde evden çalışmanın düzenlenmesiyle birlikte İş Kanunu'na göre fesih bildirim sürelerinin belirlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmış olup evden çalışma, iş hukuku kapsamında değerlendirilmiştir.¹¹¹ Tipik iş sözleşmesiyle çalışan işçiler bakımından öncelikle İş Kanunu uygulama alanı bulmaktadır. İşyerinde çalışan işçiler ile evden çalışanlar arasında eşitliğin sağlanması için fesih hükümleri bakımından İş Kanunu uygulanmalı hüküm bulunmayan hallerde Türk Borçlar Kanunu uygulanmalıdır. İş sözleşmesinin genel sona erme nedenleri, evden çalışma için özellik arz etmemekte olup iş sözleşmesinin fesihle sona ermesi, bazı hukuki sorunları da beraberinde getirecektir.¹¹²

1. İş Sözleşmesinin Fesih Dışında Sona Erme Sebepleri

İşçinin ölmesi halinde iş sözleşmesi ölüm nedeniyle kendiliğinden sona erecektir. Taraflar karşılıklı anlaşarak ikale yoluyla da iş sözleşmesini sona erdirebilirler. Belirli süreli iş sözleşmeleri bakımından sözleşme süresinin sona ermesiyle de iş sözleşmesi sona erecektir. Bu durumlar evden çalışmaya tabi iş sözleşmesi açısından da geçerlidir.

2. İş Sözleşmesinin Fesihle Sona Ermesi

Evden çalışanların iş güvencesi kapsamına girmesi için gereken şartlar iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması, süreklilik arz etmesi ve işverenin 30 işçi ve daha fazlasını çalıştırıyor olmasıdır. İşverenin iş organizasyonu içerisinde çalışan toplam işçi sayısının 30 ve daha fazla olması halinde iş güvencesinin

¹¹⁰ Sümer, s.97 vd.; Demircioğlu/Centel/Kaplan, s.164 vd.; Tunçomağ/Centel, s.192; Dulay Yangın, s.246.

¹¹¹ Dulay Yangın, s.247.

¹¹² Kandemir, s.171.

varlığından söz edilebilir.¹¹³ 30 işçi sayısının nasıl hesaplanacağına iş güvencesi başlığında değinilecektir.

a. Evden Çalışma Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

İş K. md 24'deki fesih halleri evden çalışma sözleşmesi açısından da uygulanır. İş K. md 24/I-a'da yer alan 'işin yapılması işin niteliğinden doğan bir sebeple işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli olması' durumu covid-19 için haklı nedendir. Ortak çalışma alanlarında virüsün yayılma hızı herkes tarafından bilinmektedir. Bu nedenle işçilerin ev ortamında izole bir şekilde işlerini görmesi gerekmektedir. Aynı fıkranın b bendine göre ise işin, işçinin sağlığı için tehlikeli olması ve bulaşıcı olması halleri covid-19 için gerekçeli fesih nedenleridir. Ek olarak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 76. maddesine göre koronavirüs gibi salgın hastalıklara yakalanan işçilerin çalışması yasaktır. İş K. md 25'de işveren tarafından sağlık sebepleri haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2017/11-90, K: 2018/1259, T: 27.6.2018 sayılı kararında salgın hastalık mücbir sebep olarak değerlendirilmiştir. İş K. md 24/3 ve 25/3 zorlayıcı nedenlerle iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih sebepleridir. Yargıtay 9. HD. E: 2007/16205, K: 2008/10253, T: 25.4.2008 sayılı kararına göre de 'salgın hastalık sebebiyle karantina uygulaması gibi durumlar' zorlayıcı nedenler olarak değerlendirilmiştir.

b. Evden Çalışma Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshi

İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshi, bir diğer adıyla bildirimli fesih, geçerli sebebe bağlı olarak iş sözleşmesinin feshi ve geçerli sebep aranmaksızın iş sözleşmesinin feshi olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar. Geçerli sebeple iş sözleşmesinin feshi, yalnızca iş güvencesi kapsamındaki işçiler için uygulama alanı bulur.¹¹⁴ Evden çalışma bakımından ele alındığında işçinin iş organizasyonunu yürüttüğü, işveren tarafından kendisine tahsis edilen teknolojik iletişim araçlarını kullanım amacını aşarak kullanması veya bu araçları hor kullanıp zarar vermesi gibi durumlar, iş akdinin geçerli nedenle feshi sebebi olarak sayılabilecektir.¹¹⁵ Yargıtay, 9. HD 2006/19150 E.,

¹¹³ **Süzek**, s.555 vd.

¹¹⁴ **Demir**, s.289.

¹¹⁵ **Dulay Yangın**, s 252; **Kandemir**, s.177.

2006/26792 K., 10/10/2006 tarihli kararında işçinin, işverence kendisine tahsis edilen bilgisayarı, oyun ve alışveriş sitelerine girmek için iş amacının dışında kullanmasını geçerli fesih nedeni olarak kabul etmektedir.

D. İŞ GÜVENCESİ

İş K. md 18'e göre bir işçinin iş güvencesinden faydalanabilmesi için işçinin, en az altı aylık kıdeminin olması, İş Kanunu'na göre çalışması, işyerinde 30 ve daha fazla işçi çalıştırılması, işveren vekili olmaması ve belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi gerekmektedir. Evden çalışan işçiye iş güvencesi hükümlerinin uygulanabilmesi için iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması gerekir ve evden çalışan da klasik anlamda işyerinde çalışan işçi gibi iş güvencesine tabidir.¹¹⁶

Evden çalışmadaki işçi sayısının belirlenmesine ilişkin öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre evden çalışanlar 30 işçi sayısına dahil edilmezler.¹¹⁷ Ancak ağırlıklı olan ve katıldığımız görüşe göre evden çalışanlar da iş organizasyonuna dahil olduğundan hesapta dikkate alınacaklardır.¹¹⁸ Hukukumuzda iş güvencesine ilişkin işçi sayısı hesaplanırken tipik veya atipik iş akdiyle çalışan işçiler bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle evden çalışan, iş görme borcunu ifa ettiği takdirde farklı bir yerden iş görüyor olsa da iş güvencesi kapsamında değerlendirilecek ve 30 işçinin belirlenmesi, işyerinde çalışan işçi sayısı ve evden çalışan işçi sayısı toplamına göre yapılacaktır. Sonuç olarak evden çalışmada 30 işçi miktarı belirlenirken dikkate alınması gereken husus, işverenin iş organizasyonu içerisinde çalışan işçi sayısıdır. Eğer bir işverene bağlı olarak iş organizasyonu içerisinde çalışan işçilerin hangi iş sözleşmesi türüne göre çalıştığına bakılmaksızın hepsinin toplamı 30 veya daha fazla ediyorsa iş güvencesi için gerekli olan işçi sayısına ulaşılmıştır.¹¹⁹

¹¹⁶ Çarhoğlu, s.27.

¹¹⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.869.

¹¹⁸ Kandemir, s.173.

¹¹⁹ Dulay Yangın, s.248.

İş sözleşmesini sona ermesinin sonuçları olarak çalışma belgesi, kıdem tazminatı ve ibraname hususlarında da çalışmanın evden yapılması herhangi bir farklı özellik arz etmeyip iş kanununun ilgili hükümlerine göre evden çalışmaya da uygulanacaktır.

SONUÇ

Evden çalışma, dünyada eski yıllardan beri uygulanagelen bir çalışma modeli olup son yıllarda ülkemizde de oldukça yaygınlaşmıştır ve modern iş hayatının gerekleri doğrultusunda önemi daha çok artmıştır. Evden çalışma modeli her ne kadar atipik bir istihdam modeli gibi görünse de iş hukukuna tabi olup evden çalışma sözleşmesi de bir iş sözleşmesi niteliği taşımaktadır.

Nitelik olarak evden çalışma modeline ilişkin hukukumuzda gerek Türk Borçlar Kanunu gerek İş Kanunu'nda düzenlemeler yapılmıştır. Genel olarak bakıldığında evden çalışma sözleşmesi de bir iş sözleşmesi olup normal bir çalışma düzeninden tek farkı işin görüleceği yerin işyeri olmayıp işçinin evi olmasıdır. Fakat sektörler bazında değerlendirildiğinde bu durumun sadece işin görüleceği yer kapsamında kalmayıp sonuçları bakımından çok daha farklılaştığını söylemek mümkündür. Evden çalışma koronavirüs salgını öncesinde var olan bir çalışma modeli olup pandemi dolayısıyla zorunluluk arz eden bir çalışma modeli olmuştur. Bu doğrultuda iş sözleşmesinin de bu sürece uygun olarak revize edilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Koronavirüs sürecinde işverenler, virüsün bulaş riskinin fazlalığı nedeniyle derhal evden çalışmaya geçmiş ve teması azaltarak toplum sağlığını korumuşlardır. Böylelikle pandeminin işyerindeki diğer işçilere yayılarak işletmenin tamamen durma noktasına gelmesinin engellenmesi sağlanmıştır.¹²⁰

Pandemi döneminde uygulanan evden çalışma yönteminin çeşitli avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. En büyük avantajı sosyal mesafe ve izolasyonu sağlaması nedeniyle toplumu ölümcül hastalıktan korumasıdır.

¹²⁰ Baycık/Doğan/Dulay Yangın/Yay, s.1690.

Ancak ülkemizde tam kapanmanın uygulandığı dönemlerdeki evden çalışma modeli, insanların psikolojisinde büyük ölçüde tahribata yol açmıştır. İş hayatının sosyal ortamından bir anda uzak kalan kişiler depresyona girmiş ve evden çalışmadan gereken verim alınamamıştır. İş sözleşmesi kapsamında işçiye ödenen yol ve yemek giderleri gibi birtakım sosyal güvenlik harcamaları evden çalışma nedeniyle kesintiye uğramıştır. Bu durum işçiler açısından dezavantaj oluşturmaktadır.

Pandemi dönemindeki evden çalışmaya ilişkin birtakım sorunlu alanlar bulunmaktadır. İlk olarak evden çalışmanın İş Hukuku'nun mu Borçlar Hukuku'nun mu kapsamına alınması gerektiği konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalara son verilebilmesi için evden çalışanla evden işçi çalıştıran işveren arasındaki bağımlılık unsurunun kapsamına bakılması gerekmektedir. Evden çalışma modelinde taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesi olduğu kuşkusuzdur. Ancak evden çalışmada yapılan işin niteliği, işkolu gibi işin özelliklerine bakılarak kapsam, İş Hukuku veya Borçlar Hukuku olarak belirlenebilir.

İş K. md 14, uzaktan çalışmayı hüküm altına almış, TBK md 461-469 ise evde hizmet sözleşmesini hüküm altına almıştır. Ancak her iki taraftaki düzenlemeler de evden çalışma için ihtiyaçları tam olarak karşılamamaktadır. Özellikle koronavirüs süreciyle bir anda zorunlu olarak uygulanmaya başlanmasıyla birçok yeni sorun doğmuştur. Bu sorunların çözümü için evden çalışma modeli için yeni bir kanuni düzenleme yapılmalıdır ve kanaatimizce bu düzenleme İş Kanunu kapsamına dahil edilmelidir. İş Mahkemelerimizde halihazırda açılmış bulunan çok sayıda dava vardır ve bu davalarda hukuki tıkanıklıklar bulunmaktadır. Bunun nedeni pandemi dönemi evden çalışma modeline ilişkin hukukumuzda yeterli kanuni düzenleme bulunmaması ve var olan hükümlerin ihtiyaçlara cevap vermemesidir.

Evden çalışma modeli her ne kadar pandemi dolayısıyla yaygınlaşsa da toplumun ve iş dünyasının bu düzene alışması ve çeşitli avantajları nedeniyle gelecek yıllarda yani salgının tamamen ortadan kalkmasından sonra da sıklıkla tercih edilen bir çalışma modeli olmaya devam edecektir. Ancak belli bazı

konulara açıklık getirilmeli, önerilen kanuni düzenleme yapılırken evden çalışmanın kendine özgü niteliği göz önünde bulundurulmalıdır.

Öncelikle evden çalışanın iş güvencesinin bulunması önemlidir. İş güvencesinin sınırları belirlenirken, bir evde 30 veya daha fazla işçinin çalışması mümkün olmadığından aynı işyerine bağlı olarak farklı yerlerden çalışan işçilerin toplamı hesaba katılmalıdır. Ancak bu öneri işyerinin tüm işçilerinin evden çalışması durumu için geçerli olmalıdır. Aksi durumda evden çalışan ve klasik anlamda iş sözleşmesine bağlı çalışan işçilerin toplamı hesaba katılmalıdır.

Çalışma sürelerinin evden çalışmada belirlenmesinin zorluğu pandemi dönemindeki verilere göre işçilerin daha fazla çalışmasına yol açmıştır. Bu durumun önüne geçilmesi için önlemler alınmalı ve bu doğrultuda işçinin ulaşılama hakkına saygı duyulmalıdır. Önerilen hukuki düzenlemenin kapsamına irtibatı kesme hakkı da eklenmeli ve buna ilişkin yaptırımlar belirlenmelidir. Kanunda belirtilen tatillerden ve izin haklarından evden çalışan işçi de yararlanmalıdır. Evden çalışmada kayıt dışılığın önüne geçilmeli ve evden çalışan işçilerin her biriyle yazılı iş sözleşmesi yapılmalıdır. Evden çalışan işçilere sigorta yaptırılmalı bunun denetimi sağlanmalıdır. Pandemi döneminde işverenler tarafından evden çalışanlar sigortasız çalıştırılmak istenmiştir. Buna ilişkin vergi kaçırılması önlenmelidir.

Sendikalar evden çalışma modelini desteklemelidirler. Hatta evden çalışanları temsil eden sendikal faaliyetlere yer verilmelidir. Aynı zamanda evden çalışanın özel yaşamının gizliliğinin ihlal edilmesi önlenmeli ve konut dokunulmazlığının ihlal edilmesinin önüne geçilmelidir. Evden çalışana gördüğü işin gerekleri ölçüsünde iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilmelidir. Aynı zamanda işveren tarafından evden çalışanın işin görülmesi için zorunlu olan malzeme ve ekipman sağlanmalıdır. Örneğin canlı internet bağlantısıyla işyerine bağlı olarak çalışan işçinin bu bağlantıyla sınırlı olan internet kullanımının bedeli işveren tarafından ödenmelidir. Bu durum işçinin çalışmasını yaptığı elektronik cihaz ve ona bağlı internet sağlayıcısıyla kolaylıkla ölçülebilir. Mevcut düzenlemedeki İş Kanunu ve mevzuatı, niteliğine

uygun dūştüğü ölçüde evden çalışmaya da uygulanmalıdır. Son olarak evden çalışan işçiye, işyerinde çalışan emsal işçiden farklı muamelede bulunulmamalıdır. Tüm bu öneriler doğrultusunda evden çalışmaya ilişkin koronavirüs döneminin güncel konularını da içinde barındıran ve güncel sorunlara çözüm getiren nitelikte yeni bir kanuni düzenleme yapılmalıdır. Nitekim dünyadaki salgın tamamen ortadan kalksa bile covid-19 sürecinin evden çalışmaya yönelik ortaya çıkardığı sorunlar artık bu çalışma modeliyle özdeşleşmiş olup uygulamadaki hukuki tıkanıklıklar devam edecektir. Bu nedenle evden çalışmaya özgü hukuki düzenleme yapılması oldukça önemlidir.

KAYNAKÇA

- Akyığıt, Ercan** (2021) Bireysel İş Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Alp, Elif** (2012) “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, (Yüksek Lisans), Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Alp, Elif / Sönmez, Özge Alev** (2011), “ILO: Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 177 sayılı Evde Çalışma Sözleşmesi”, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C:23, S:5-6, s.16-27.
- Alp, Mustafa** (2011) “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C:1, S:1, s.795-855.
- Aydınlı, İbrahim** (2001) Türk İş Hukukunda İşyeri ve İşletme Kavramları, Ankara, Demiryol.
- Aydınöz, Gonca** (2014) “İş Hukukunda Tele (Uzaktan) Çalışma”, (Doktora), Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Baycık, Gaye/Doğan, Sevil/Dulay Yangın, Dilek/Yay. Oğuzhan** (2021) “Covid 19 Pandemisinde Uzaktan Çalışma: Tespit ve Öneriler”, Çalışma ve Toplum, C:3, S:70, s.1683-1728.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz** (2020) “Covid-19 Pandemi Döneminde HomeOffice Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukuku’nda Mukayeseli Bir Değerlendirme”, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, Tam Metin Bildiri Kitabı.
- Çarhoğlu, Emine** (2011) Bir Esnek Çalışma Biçimi Olarak Evde Çalışma ve Evde Çalışan İşçilerin Korunması Sorunu, İş Müfettişi Yardımcılığı Etüdü, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı, Ankara.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat** (2021) İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 34. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Demir, Fevzi** (2018) En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir, Albi Yayınları.

- Demircioğlu, Murat/Centel, Tankut/ Kaplan, Hasan Ali** (2021) İş Hukuku, 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Doğan Yenisey, Kübra** (2007) İş Hukukunda İşyeri ve İşletme, Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İstanbul.
- Dulay Yangın, Dilek** (2016) Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Ankara, Turhan Kitabevi.
- Dulay Yangın, Dilek** (2016a) “6175 Sayılı Yasa”nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi” Sicil İş Hukuku Dergisi, S:36, s.148-171.
- Engin, Murat** (2016) “Türk iş Hukukunda Evde Çalışma”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C:1 S:1, s.269-287.
- Erel, Damla** (2017) Esnek Çalışma Süreleri ve Denkleştirme Esasına Göre Çalışma, Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- Eren, Fikret** (2021) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Ertürk, Arzu Aslan** (2010) Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları.
- Fidan, Fatma / Özdemir, Çağlar** (2011) "Ev Hizmetlerinde Çalışan Kadınlar ya da Evlerin Kadınları", Çalışma Ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma İlişkileri Dergisi, C:2, S:1, s.79-89.
- Gülver, Ender** (2014) “Türk Borçlar Kanununun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri Üzerine”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:22, S:2, s.103-122.

- Güzel, Ali** (2016) “İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C:1 S:1, s.203-221 <http://openaccess.ihu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12154/1229/sempozyum6.pdf?sequence=1&isAllowed=y> s.e.t.: 04.01.2021.
- Kablay, Sebiha** (2021) “COVID-19 and Its Effect on Flexible Working Forms In The Public Sector”: Şaki, Mert, Economic, Social and Political Impacts of COVID-19 Pandemic, Turkey, FSECON.
- Kandemir, Murat** (2011) İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma. 1. Baskı, İstanbul, Legal Kitabevi.
- Karaca, Aybüke** (2012) “Türk Borçlar Kanununda Evde Hizmet Sözleşmesi” Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C:5, S:2, s.371-402.
- Metin, Şahin** (2011) Kayıt Dışı İstihdam ve Esnek üretim Sürecinde Kadın Emeginin Durumu: Türkiye Ev – Eksenli Çalışma, Uzmanlık Tezi, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara.
- Mircan, Hasan** (2019) “Türk İş Hukukunda Evde Çalışma”, (Yüksek Lisans), KTO Karatay Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/ Baysal, Ulaş** (2021) İş Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Lykeion.
- Narmanlıoğlu, Ünal** (2015) İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Özer Turan, Başak** (2019) “Enformasyon Teknolojisiyle Evden Çalışma: Türkiye’de Hizmet Sektörü Üzerinden Bir İnceleme”, (Yüksek Lisans) Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Sümer, Haluk Hadi** (2020) İş Hukuku, 25. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Süzek, Sarper** (2021) İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.

- Topcuk, Yılmaz** (2006) “Esnek Çalışma ve Esnek Çalışanların Sosyal Güvenliği”, (Yüksek Lisans) Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Tunçomağ, Kenan/ Centel, Tankut** (2018) İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Yavuz, Arif** (2000) “Esnek Çalışmanın Endüstri İlişkilerine Etkisi (Esnekliğin Etkisi)” İşveren Dergisi, C:9, S:4, s.14-26.
- Zevkliler, Aydın/K. Emre Gökyayla** (2021) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Ankara, Vedat Kitapçılık.

YAYIN VE YAZIM KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi yılda iki kez yayınlanan uluslararası hakemli bir dergidir.
2. Editörler Kurulu, Derginin bir sayısını belirli bir temaya ya da armağana özgüleyebileceği gibi, ayrı bir “Özel Sayı” olarak da yayınlayabilir.
3. Dergide Türkçe, Almanca, Fransızca ve İngilizce çalışmalar yayınlanmaktadır.
4. Yazarların, Dergiye gönderdikleri çalışmalarının; denetimini yapmış oldukları, gönderdikleri haliyle basılabileceğini taahhüt ettikleri ve dergiye ait yayın ve yazım kurallarını kabul ettikleri varsayılır. Bilimsel ve etik ölçütler ile Dergi yayın ve yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlığı içerdiği tespit edilen çalışmalar, Editörler Kurulu tarafından her aşamada geri çevrilir. Yayınlanması uygun bulunmayan çalışmalara ait hakem değerlendirme formları “DergiPark” yoluyla yazara iletilir. Yayınlanmayan çalışmalar, yazarlarına geri gönderilmez.
5. Editörler Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan çalışmalar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak en az iki hakemin denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, çalışmasında sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine başvurulur. Hakemlerden birinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda Editörler Kurulu çalışmanın üçüncü bir hakeme gönderilmesine karar verebilir.
6. Editörler Kurulu, Derginin çıkacak ilk sayısına daha önceden kabul edilen çalışmaların sayısı ile konu ve alan çeşitliliğini göz önünde bulundurmak suretiyle, değerlendirme aşamalarını tamamlayarak yayına hazır hale gelen çalışmanın hangi sayıda yayınlanacağına karar verir. Bu durum, gerekçesi ile birlikte yazarına bildirilir.
7. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye gönderilen çalışmalar, kural olarak sonraki sayı için gönderilmiş kabul edilir. Son gönderim tarihinden sonra Dergiye ulaşan çalışmaların, hakem incelemelerinin yetişmesi kaydıyla, güncel sayıda yayınlanıp yayınlanmayacağı, ilgili sayıdaki çalışma sayısı, konu ve alanlar dikkate alınarak Editörler Kurulunca değerlendirilir.
8. Dergiye gönderilen çalışmalar, 3.000 kelimedenden az ve 12.000 kelimedenden çok olamaz. Her çalışmada 150-250 kelime arası özet ve 5-10 kelime arası anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın başlığı, özeti ve anahtar kelimeler ayrıca İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde yazılmalıdır. Çalışmanın özeti

ve anahtar kelimeler, dil editörleri tarafından ayrıca incelenecek ve gerekli dil bilgisi düzeltmeleri yazarına bildirilerek yapılabilecektir.

9. Dergiye gönderilen çalışmalar daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
10. Dergide yayınlanan bir çalışmanın idari, bilimsel ve telif hakları sorumlulukları dahil olmak üzere tüm hukuki ve etik sorumluluğu yazarına/yazarlarına aittir. Dergide yayınlanacak olan çevirilerde, çevirisi yapılan çalışmanın yazarı ile varsa yazar dışındaki telif hakkı sahibinden alınan rıza beyanlarının çalışma ile eş zamanlı olarak Dergiye gönderilmesi zorunludur. Dergide yayınlanan çevirilerin telif hakları sorumluluğu başta olmak üzere tüm hukuki sorumluluğu çevirmene aittir.
11. Dergiye gönderilecek çalışmaların “DergiPark” sistemi üzerinden gönderilmesi zorunludur. Yazarlar ayrıca; unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, ORCID kimliklerini, yazışma adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini içeren ayrı bir belgeyi de “DergiPark” sistemi üzerinden göndermelidirler.
12. Dergiye gönderilen bir çalışmanın yayınlanıp yayınlanmayacağı, yapılacak olan hakem denetimi ve Editörler Kurulunun incelemesi neticesinde belirlenir ve sonuç yazarına “DergiPark” yoluyla bildirilir.
13. Yazarlar, Dergiye gönderdikleri çalışmalarına ilişkin işleme, çoğaltma ve yayma haklarını Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne devrettiklerini kabul etmiş sayılırlar. Dergide yayınlanacak çalışmaların, elektronik ortamda tam metin olarak yayınlamak da dahil olmak üzere, tüm yayın hakları Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi’ne aittir.
14. Yazara, yayınlanmak üzere Üniversite tarafından kullanılmasına izin verdiği haklara karşılık herhangi bir telif ücreti ödenmez. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen yazar bu durumu kabul etmiş sayılır.
15. Dergide, makaleler dışında; kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki çalışmaların kabulü veya geri çevrilmesine ilişki değerlendirme Editörler Kurulu tarafından yapılır.
16. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, yazarı tarafından yayınlanmaması yönünde ayrıca ve açıkça bir talepte bulunulmadığı sürece derginin sonraki sayısında/sayılarında değerlendirilir.
17. Çalışma içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. KALIN ve TÜMÜ BÜYÜK HARF

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

18. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça aşağıda belirtilen Atıf Kuralları'na uygun olarak yapılmalıdır.
19. Yayınlarımızın resm web adresi www.ybhukukdersisi.com adresidir.

ATIF KURALLARI

1. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi'nde yayımlanacak makaleler aşağıda detayları belirtilen atıf usulüne uygun olarak hazırlanmalıdır.
2. Makalelerde sayfa altı dipnot sistemi kullanılmalıdır.
3. Bu atıf sisteminde kural bulunmayan durumlarda OSCALA (*The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities*) sistemi takip edilmelidir.
4. zgn bir esere (arşiv belgesi vb.) atıf yapılması gerekiyorsa, tercih edilen yöntem tüm makalede yeknesak şekilde kullanılmalıdır.
5. Bir esere ilk atıf yapıldığı yerde tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (**Yazarın Soyadı**, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılmışsa kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin yayınlandığı yıl belirtilerek (**Yazarın Soyadı (YIL)**, atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Yazarın aynı yıl içerisinde yayınlanmış iki eseri varsa yıl bilgisinin yanına a,b harfleri konulmalıdır (**Yazarın Soyadı (YILa veya YILb)**, atıf yapılacak sayfa).
6. Bir esere yapılan ilk atıfta ve kaynakçada sadece yazarın soyadı ve adı koyu karakterle yazılacak, sonraki atıflarda ise sadece soyad koyu karakterle yazılacaktır.
7. “^” işareti o kaynak türünde konuyla ilgili bir bilgi varsa, ilgili bilginin belirtilmesi gerekliliğini ifade eder.
8. “s.e.t.” ifadesi son erişim tarihini ifade eder.

KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek İlk Atf ve Kaynakça Atf:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Baskı, Ankara, Seçkin, s.25.

Örnek Kısa Atf:

Uşan, s.25.

İki yazar durumunda:

Yazarın Soyadı, Adı/İkinci Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda:

İlk atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları yazıldıktan sonra ve diğerleri denilmek suretiyle atf yapılacaktır.

Örnek İlk Atf ve Kaynakça Atf:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.

Örnek Kısa Atf:

Özbek/Doğan/Bacaksız ve diğerleri, s.13.

EDİTÖRLÜ KİTAP

Editörün Soyadı, Adı (Editör) (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Dülger, İbrahim (Editör) (2010) Hukuka Giriş, 4.Baskı, Konya, Sayram.

KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2014) “İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi”: Aydın, Ufuk / Kocabaş, Fatma (Editörler), Bireysel İş Hukuku, 1.Baskı, Eskişehir, Anadolu Üniversitesi Yayınları.

ÇEVİRİ KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı (Yıl) Çeviri Kitap adı, Baskı, Şehir, Yayınevi).

Örnek:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Baskı, London, Gerald Duckworth (Çeviren: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1.Baskı, Ankara, Dost).

ELEKTRONİK KİTAP

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) Kitap adı, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in Law Turkey,

<<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> s.e.t. 10.08.2015.

ELEKTRONİK KİTAP BÖLÜMÜ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”: Editörün Soyadı, Adı (Editör/ler), Kitap Adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) “Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board”: Gasser, Urs / Budish, Ryan / West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> s.e.t. 10.08.2015.

MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, Dergi adı, C:(^Cilt), S:(^Sayı), s. İlk-Son sayfa aralığı.

Örnek Kaynakça Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.1-48.

Örnek İlk Atfı:

Uşan, M. Fatih (2008) “Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları”, Kamu-İş, C:10, S:1, s.20.

Örnek Kısa Atfı:

Uşan, s.22.

ELEKTRONİK MAKALE

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Makale adı”, ^Dergi adı <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih (2003) “Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı”, e-akademi, <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> s.e.t. 28.07.2015.

KONFERANS TEBLİĞİ

Yazarın Soyadı, Adı (^Basım Yılı) “Tebliğin Başlığı”, Editörün Soyadı, Adı (Editör) Konferans adı, Tarih, Yer.

Örnek:

Uşan, M. Fatih “Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği”: Toprak, Ahmet (Editör), 7. Uluslararası İş Sağlığı ve Güvenliği Konferansı, 4-7 Mayıs 2014, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İstanbul.

TEZ

Yazarın Soyadı, Adı (Yıl) “Tez Başlığı”, (Türü: Yüksek Lisans-Doktora), Üniversite, Enstitü.

Örnek:

Kılınç, Ahmet (2013) “Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir” (Doktora), Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.

MAHKEME KARARI

Dava Adı, Mercii, ^Başvuru no, ^E:, K:, T:, ^Kaynak

Örnek 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Başvuru No:2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Örnek 2:

Yargıtay 2. Ceza Dairesi, E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

İNTERNET ADRESİ

Soyadı, Adı, Mecra, Başlık, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

- İlgili internet adresinde metin tek bir internet sayfasından oluşuyorsa ilk atıfta yukarıdaki gibi tam künye yazıldıktan sonra diğer atıflarda ilk dipnota atıf yapılacaktır.

Örnek: Uşan, dn. 24.

RAPOR

Soyadı, Adı (Yıl) Kurum, Başlık, Rapor Adı, ^Rapor No:, <İnternet Adresi> s.e.t. Tarih.

Örnek:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent (2011) İstanbul Ticaret Odası, “Anayasa’da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler”, <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-anayasa-arastirmasi.pdf>> s.e.t. 27.07.2015.

GENERAL SUBMISSION GUIDELINE

1. Yıldırım Beyazıt Law Review is an internationally refereed journal published semiannually.
2. The Editorial Board may decide to dedicate an issue to a specific theme, publish a commemorative issue, or publish a ‘Special Issue’.
3. The manuscripts can be written in Turkish, English, German, or French.
4. Submitted studies for the Review are understood to be the final versions. Therefore, the authors guarantee that they have reviewed manuscripts before submitting them to the Review, approve them to be published as they have submitted, and accept the rules of citation of the Review. The Editorial Board reserve the right to refuse manuscripts that do not conform with the scientific or ethical criteria or the submission guideline or include misspelling above average in any stage. For the rejected unqualified manuscripts, a referee assessment form is sent to the authors by ‘Dergipark’. Unqualified manuscripts do not send back to the authors.
5. After the first review of the Editorial Board, the submitted manuscripts are sent to at least two blind referees for evaluation, without the authors’ name. Upon the correction requests of the referees, the authors can only make the necessary alterations based on the referees’ reports. Following these alterations, if compulsory, the referees may review the manuscripts again. If one referee assessment is affirmative and the other referee assessment is negative, the Editorial Board has the right to send the study to a third referee.
6. The Editorial Board remains the right to decide on the number of the studies that have previously been accepted for publishment in the first issue and in which issue to publish the manuscripts that have completed their assessment process and ready to be published, in accordance with the varieties of the topics and branches. This decision and the reason are sent to the author.
7. The manuscripts sent to the Review after the submission deadline, are considered for the next issue. However, if the refereed review is completed on time, with the Editorial Board’s approval, these studies may be published on the current number. The Editorial Board will take the number of the manuscripts, the branches, and the topics of the present issue into consideration.
8. The submitted manuscripts should be more than 3,000 words and fewer than 12.000 words. The studies should consist of an abstract between 150-250 words

and between 5-10 keywords. If the text is in Turkish, the title, the abstract, and the keyword should also be in English, German, or French. The abstract and the keywords will be reviewed, and if needed, the necessary alterations will be made by the Language Editors. The alterations will be reported to the authors.

9. The submitted manuscripts should not be published elsewhere nor submitted to other journals for publication.
10. The following rights remain reserved to the authors: legal and ethical responsibilities including administrative, scientific, and copyright responsibilities and criminal liabilities of the published manuscripts. In submitted translations, the authors'-and if necessary other copyright owners'-consent is sent to the Review simultaneously. Including the copyright responsibility, all the responsibility of the published translation belongs to the translator.
11. The Review requires the submission of manuscripts by 'Dergipark'. In this submission, the authors should also submit their ORCID numbers, degrees, mission agencies, contact addresses, phone numbers, and e-mails in a different document.
12. The acceptance for publishment of a submitted manuscript will be decided by the Editorial Board according to the blind referee reports and the Editorial Board's review. The acceptance and rejection decision will be sent to the authors by 'Dergipark'.
13. The submitted manuscripts' authors accept to alienate the rights to adapt, make copies, and distribute copies of the studies to Ankara Yıldırım Beyazıt University. The accepted manuscripts for publishment's all publication rights, including publishing the studies on the internet, belongs to the Ankara Yıldırım Beyazıt University.
14. The submitted manuscripts' authors accept not to receive any royalty or other payment.
15. In addition to articles, book reviews, legislative assessments, and informative remarks can be published on the Review. The acceptance or rejection decision of such manuscripts belongs to the Editorial Board.
16. If the refereed reviews are not completed on time unless otherwise directly and additionally stated by the authors, the submitted manuscripts will be considered for the next issue/issues.
17. Titles within the text should be organized as follows:

I. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

A. ALL CAPITAL LETTER AND BOLD

1. Only First Letters Capital and Bold

a. Only First Letters Capital and Regular

i. Only First Letters Capital and Regular

18. Bibliography should be arranged alphabetically based on the surname of the referenced authors at the end of the article. Citations should be showed as footnote at the end of each page. Citations and bibliography should be organized in conformity with the Rules of Citation.
19. Official web page of our publications is www.ybhukukdergisi.com.

RULES OF CITATION

1. The articles that are submitted to Yıldırım Beyazıt Law Review should be written according to the Rules of Citation detailed below.
2. The articles should be composed by footnote citation.
3. If there is no rules in this attribution system, OSCALA (The Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities) system must be followed.
4. When it is necessary to refer to an original work (like archive documents, etc.), preferred method should be used in a uniform manner throughout the article.
5. All details of treatise should be indicated in the first place where cited to it. In the ongoing parts of article, citation should be an abbreviation such as (**Author's Surname**, page to be cited). If more than one treatise of the same author has been cited, in order to distinguish the treatise in abbreviation, that should be cited thereby indicating the year (**Authors Surname** (year), page to be cited) which treatise is published.
6. Author's surname and first name should be bold in the first place of citation and bibliography. In the ongoing parts of article only the Author's surname should be cited bold in footnotes.
7. If there is information on the issue of resource type, “^” sign refers to the requirement to indicate the relevant information.
8. The “l.a.d.” expression refers to the date of last access.

BOOK

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example in First Citation and Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2009) Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, 2. Edition, Ankara, Seçkin, p.25.

Short Citation Example:

Uşan, p.25.

In case of two author:

Author's Surname, Name/2. Author's Surname, Name (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher

Example:

Acer, Yücel/Kaya, İbrahim (2014) Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı, 5. Edition, Ankara, Seçkin.

In case of four and more author:

All details of treatise should be indicated in first place where cited to it; in the ongoing parts of article after the first three authors' surnames the other authors should be represented with the shortening of "and others"

Example in First Citation and Bibliography:

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, Ilker (2016) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Edition, Ankara, Seçkin.

Short Citation Example:

Özbek/Doğan/Bacaksız and others, p.13.

EDITED BOOK

Editor's Surname, Name (Editor) (Year) Book's Name, Edition, City, Publisher.

Example:

Dülger, İbrahim (Editor) (2010) Hukuka Giriş, 4. Edition, Konya, Sayram.

BOOK SECTION

Author's Surname, Name (Year) "Article title": Editor's Surname, Name (Editor/s), Book title, Edition, City, Publisher.

Example:

Uşan, M. Fatih (2014) "İşin Zaman Bakımından Düzenlenmesi": Aydın, Ufuk/Kocabaş, Fatma (Editors), Bireysel İş Hukuku, 1. Edition, Eskisehir, Anadolu University Publications.

TRANSLATION BOOK

Author's Surname, Name (Year), Book's Name, Edition, City, Publisher (Translator: Translator's Surname, Name (Year) Translation Book's Name, Edition, City, Publisher).

Example:

Dworkin, Ronald (1977) Taking Rights Seriously, 1. Edition, London, Gerald Duckworth (Translator: Türkbağ, Ahmet Ulvi (2007) Hakları Ciddiye Almak, 1. Edition, Ankara, Dost).

ELECTRONIC BOOKS

Author's Surname, Name (Year) Book's Name, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Demircioğlu, A. Murat (2010) Labor in law Turkey, <<http://search.eschost.com/login.aspx?direct=true&scope=site&db=nlebk&db=nlabk&AN=652813>> l.a.d. 10.08.2015.

ELECTRONIC BOOK CHAPTER

Author's Surname, Name "Article's Name": Editor's Surname, Name (Year) Book's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Keser, Leyla/Kaya, Mehmet Bedii (2015) "Multistakeholder as Governance Groups: Observations from Case Studies: Turkish Internet Improvement Board": Gasser, Urs/Budish, Ryan/West, Sarah Myers (Editörler), The Berkman Center for Internet & Society Research Publication Series, <http://cyber.law.harvard.edu/publications/2014/internet_governance> l.a.d. 10.08.2015.

ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", Journal's Name, I: (^Issue) V: (^Volume), The first-last page range.

Example in Bibliography:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", Kamu İş, I:1, V:10, p.1-48.

Example in Firs Citation:

Uşan, M. Fatih (2008) "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları" Kamu İş, I:1, V:10, p.20

Short Citation Example:

Uşan, p.22.

ELECTRONIC ARTICLE

Surname, Name (Year) "Article's Name", Journal's Name <Internet address> l.a.d. Date.

Example: **Uşan, M. Fatih** (2003) "Mesleki Eğitim ve İstihdam, Devlet Personel Rejimi ve İş Mevzuatı", e-academy <<http://www.e-akademi.org/makaleler/fusan-1.htm>> l.a.d. 28.07.2015.

CONFERENCE PROCEEDING

Author's Surname, Name (^Year) "Title of the Annunciation", Editor's Surname, Name (Editor/s), Conference Name, Date, Place.

Example:

Uşan, M. Fatih, "Taşeron İşçisi de İşçi: Öyleyse Ona da İş Sağlığı ve Güvenliği": Toprak, Ahmet (Editor), 7. International Occupational Health and Safety Conference, 4-7 May 2014, Labor and Social Security Ministry-Occupational Health and Safety General Directorate, İstanbul.

THESIS

Author's Surname, Name (Year) "Thesis Head" (Type: Masters-Doctorate), University, Institute.

Example:

Kılınç, Ahmet (2013) "Osmanlı Ceza Hukukunda Yaptırım Türü Olarak Teşhir" (Doctorate), Gazi University, Institute of Social Sciences.

COURT DECISION

^**Case Name**, Mercier, ^Application No, ^E, K:, T:, ^Citation.

Example 1:

Burak Günay Başvurusu (2), AYM, Application No: 2013/6218, K.T. 10.6.2015.

Example 2:

Penal Department No. 2 of The Supreme Court. E: 2011/2-395, K: 2012/89, T: 13.03.2012.

WEB ADDRESS

Surname, Name, Authority, Title <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Uşan, M. Fatih, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, "Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davalarının Sonuçları", <<http://www.kamu-is.org.tr/pdf/1011.pdf>> l.a.d. 07/27/2015.

- If the cited web page hasn't got page numbers, the first citation should be made as per above and ongoing citations should include reference to first footnote.

Example:

Uşan, fn. 24.

THE REPORT

Surname, Name, Institution (Year) Title, Report Name, ^Report No, <Internet address> l.a.d. Date.

Example:

Oğuz, Fuat & Kent, Bülent, Istanbul Chamber of Commerce (2011) "Anayasa'da Ekonomik ve Ticari Hükümlerin Değerlendirilmesi ve Yeni Bir Anayasa İçin Öneriler", <<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/ito-arastirmasi.pdf-constitution>> l.a.d. 07/27/2015.

YILDIRIM BEYAZIT HUKUK DERGİSİ
(YBHD)
ETİK İLKELER

Giriş ve Tanımlar

Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisine gönderilen makaleler ve çeviriler özgün olmalı, yayınlanmamış olmalı ve her koşulda başka bir yayında değerlendirme sürecinde olmamalıdır. İntihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayım, dilimleme (makale dilimleme veya dilimleyerek yayım), haksız yazarlık, araştırma/veri fabrikasyonu, telif hakları ihlali ve çıkar çatışmasının gizlenmesi etik dışı eylem ve davranışlar olarak kabul edilmektedir.

Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4. madde hükmünün 1. fıkrasında etik dışı eylem ve davranışlar aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır:

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek,

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak,

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılmayan metod, cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek,

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak,

Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek.

Araştırma Etiği

Hukuk alanındaki bilimsel çalışmalar ve çevirilerde araştırma konusu, makale veya çeviri tasarımı, araştırma verileri, araştırma veya çeviri metni ve geri bildirim aşamaları söz konusu olabilir. Bu aşamalarda gündeme gelecek etik ilkelere uygunluk yazarların sorumluluğundadır. Bu aşamalarda;

- Bütünlük, kalite ve şeffaflık ilkelerine riayet edilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler (veri sağlayıcıları, geri bildirimde bulunanlar, yazar ekibi) eserin yayınlanması ile özellikle kişisel verilere dair gündeme gelecek durumlar hakkında bilgilendirilmeli,
- Eserin ortaya çıkarılmasında katkıda bulunan tüm özel ve tüzel kişiler gönüllülük esasıyla katılım sağlamalı ve bu kişilerden gerekli izin ve onaylar alınmalı,
- Bilimselliğin amacına uygun şekilde tarafsız, açık ve net olunmalıdır.

Yazarlarca yukarıdaki ilkelere uyulmaması halinde etik ilke ihlalleri sayılacak diğer davranışlar, Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi 4/2 madde hükmü kapsamında belirtilmiştir:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek,
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak,

- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek,
- İnsanlarla ilgili biyomedikal araştırmalarda veya diğer klinik araştırmalarda ilgili mevzuat hşkşmlerine aykırı davranmak,
- İncelemek üzere gşvlendirildiği bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin açık izni olmaksızın yayımlanmadan önce başkalarıyla paylaşmak,
- Bilimsel araştırma için sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaç dışı kullanmak,
- Bilimsel bir çalışma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların açık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak,
- Araştırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel araştırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yřkřmlřlřđüne uymamak,
- Bilimsel çalışmalarda, diğer kişi ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiği lşde ve şekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliğine riayet etmemek ve korunmasını sağlamamak,
- Akademik atama ve yşkseltmelere ilişkin başvurularda bilimsel araştırma ve yayınlara ilişkin yanlış veya yanılıcı beyanda bulunmak,
- Akademik teamşllere aykırı olarak bir doçent adayında etik açıdan beklenmeyen tutum ve davranışlarda bulunmak,
- Başvuru dosyasında mevcut olmayan bir dergiye mevcut yahut indekslerde taranmayan bir dergiye taranıyor gibi göstererek, ya da hakemli olmayan bir dergiye hakemli olarak belirterek yayın yapmak.

YILDIRIM BEYAZIT LAW REVIEW

(YBLR)

ETHICAL GUIDELINES

Introduction and Definitions

Articles and translations submitted to YBHD shall be authentic, unpublished and in all circumstances, shall not be in a peer reviewing process for another publishing. Plagiarism, fraud, distortion, repeated publication, slicing (slicing an article or salami-slicing), unfair authorship, research/data fabrication, copyright infringements and concealment of conflict of interests are regarded as unethical acts and behaviors.

Stated unethical acts and behaviors are defined under Clause 1 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4 as follows:

Plagiarism: Presenting others' ideas, methods, data, applications, writings, shapes or works as if it were their own work without reference to scientific ethical rules,

Fraud: To use produced or distorted data that is not based on research in scientific researches,

Distortion: Distorting or shaping research results to falsify research records or obtained data, to show methods, devices and materials that are not used in the research as used, to falsify the data or results in line with the interests of individuals and organizations that support is received,

Repeated publication: To present repeating publications as separate works in academic appointments and promotions,

Slicing: To present the results of a research as separate works in academic appointments and promotions, disrupting the integrity of the research and disassembling it inappropriately, and making numerous publications without reference to each other,

Unfair authorship: Adding people who do not have an active contribution to the articles authors or not including people who have an active contribution among the authors, changing the authors' order unjustly and inappropriately, removing the names of those

who have an active contribution from the work during publication or in subsequent editions, including the name of others' among the authors who do not have an active contribution but exert their influence.

Research Ethics

For the scientific researches and translations in the field of legal studies, the phases of research subject, article or translation design, research data, research or translation text and feedback can be present. Compliance with the ethical principles to come up in these phases is under the Author's responsibility.

At these phases;

- Integrity, quality and transparency principles shall be abided,
- All private and legal entities (data providers, feedbackers, team of authors) who contribute to the creation of the work shall be informed about the issues that will come to the agenda, especially regarding personal data, upon the publication of the work,
- All private and legal persons who contribute to the creation of the work shall participate on a voluntary basis and the necessary permissions and approvals shall be obtained from them,
- Impartiality, clarity and transparency shall be sustained in accordance with the purpose of science.

Acts and behaviors that will be regarded as infringement of ethical principles in the event of noncompliance of the authors with the principles mentioned above, are stated under Clause 2 of the Council of Higher Education Scientific Research and Publication Ethics Directive, Article 4:

- Not indicating the sponsoring persons, institutions or organizations and their contributions in the publications in the researches conducted with their sponsorship, Using theses/dissertations or studies that are not defended or not submitted as a source, without the permission of the owner,

- Not complying with patient rights in their publications,
- To breach the provisions of the relevant legislations on human biomedical research or other clinical research,
- Sharing the information contained in a work that has been assigned for their review with others before it is published, without the explicit permission of the owner of the work,
- Misusing resources, places, facilities and devices provided or allocated for scientific research,
- To publish the data obtained in a questionnaire and attitude surveys conducted within the scope of a scientific study without the express consent of the participants, or if the research is conducted in an institution, also without the permission of the institution,
- Failing to comply with the obligation to inform and warn those concerned about possible harmful practices related to scientific research conducted by researchers or authorities,
- Not using the data and information obtained from other persons and institutions to the extent and as permitted in scientific studies, not respecting the confidentiality of this information or ensuring its protection,
- To make false or misleading statements regarding scientific research and publications in applications for academic appointments and promotions,
- To perform unexpected ethical attitudes and behaviors in an associate professor contrary to academic practices,
- To present a journal that is not included in the application file, or to show a journal that is not scanned in the indexes as it is scanned, or to specify a non-refereed journal as a refereed journal.

