



**SAKARYA**  
**ÜNİVERSİTESİ**  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 6-7 | Sayı: 1-2  
Temmuz-Aralık 2018-2019

**Derginin Sahibi**

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Şafak NARBAY

**Yazı İşleri Müdürü**

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

**Baş Editör**

Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK

**Editör**

Arş. Gör. Ramazan YÜCEL

**İletişim Adresi**

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Esentepe Kampüsü  
54187, Serdivan / SAKARYA  
Tel: +90 (264) 295 70 54  
Faks: +90 (264) 295 70 53  
E-posta: hukukdersisi@sakarya.edu.tr  
Elektronik Ağ: www.hf.sakarya.edu.tr

**Sayfa / Kapak Tasarımı**

Emre KIZMAZ

**Yayıncı**

Seçkin Yayıncılık A.Ş.  
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA  
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

**Basılan Matbaa**

Vadi Grafik Ltd. Şti. - Sertifika No: 47479  
İvedik Organize Sanayi Bölgesi 1420 Cad. No: 58/1 - Yenimahalle / ANKARA  
Tel: 0312 395 85 71

**Basım Yeri | Yılı**

Ankara | Mayıs 2021

**ISSN**

2147-768X

*Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,  
yılıda iki sayı olarak Temmuz ve Aralık aylarında yayımlanan  
ulusal süreli ve hakemli bir dergidir.  
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;  
Fakülteyi, dergiyi ve yayınevini bağlamaz.*

## **DANIŞMA KURULU**

- Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN (*İstanbul Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Arslan KAYA (*İstanbul Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL (*Marmara Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Cem BAYGIN (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)  
Prof. Dr. İbrahim AÇIK (*Marmara Üniversitesi*)  
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY (*Tokat GaziosmanpaŐa Üniversitesi*)  
Prof. Dr. İbrahim SUBAŐI (*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Mahmut KOCA (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Murat DOĞAN (*Erciyes Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Nihat BULUT (*İstanbul Medipol Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Nurşen CANİKLİOĞLU (*Marmara Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Ömer ÇINAR (*İbn Haldun Üniversitesi*)  
Prof. Dr. Sururi AKTAŐ (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi*)

## **YAYIN KURULU ÜYELERİ**

- Dr. Öğr. Üyesi Alper IŞIK (*Baş Editör*)  
Arş. Gör. Ramazan YÜCEL (*Editör*)  
Arş. Gör. Cemre Edip YALÇIN  
Arş. Gör. Ebrar Sena ORUÇHAN  
Arş. Gör. Makbule ÇETİN  
Arş. Gör. Rümeyya ŐENOĐLU  
Arş. Gör. Yunus Emre BOZCU

# SAKARYA ÜNİVERSİTESİ

## HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Sakarya Hukuk Dergisi hakemli bir dergidir. Fakülte Yönetim Kurulu'nun 07.02.2013 tarih ve 23 sayılı kararı ve Üniversite Yönetim Kurulunun 21.02.2013 Tarih ve 494 sayılı onayı gereğince Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez yayımlanır. Yayımlanması istenen makalelerin Temmuz ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 31 Ekim tarihine kadar teslim edilmesi gerekir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmalar hukuk alanında ve bilimsel içerikte ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Kurulu tarafından yapılır.
3. Derginin yayın dili Türkçe ve İngilizcedir. Farklı dillerdeki çalışmaların yayımlanması, Yayın Kurulu'nun kararına bağlıdır. Yayımlanan makalelerin fikri ve ilmi, çevirilerin ise hukuki sorumluluğu yazarlarına/çevirmenlerine aittir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
4. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, ilettiği çalışmayla birlikte eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan aldığı yazılı onay belgesini Yayın Kurulu'na iletmek zorundadır.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek yazılar “Microsoft Word” programında kaydedilmiş, ana metin yazı tipi Times New Roman-12 punto, 1.5 satır aralığında ve iki yana yaslı; dipnotlar ise, Times New Roman 10 punto, tek satır aralığında ve iki yana yaslı; normal stil olmak üzere hazırlanmalıdır.
6. Yazarlar, unvanlarını, ORCID numaralarını (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası), görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
7. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar, en az 100 en çok 200 kelimeden oluşacak Türkçe ve İngilizce özet içermelidir. Çalışmalarda ayrıca Türkçe ve İngilizce başlık ve 5 adetten az olmamak üzere anahtar kelimelere yer verilmelidir.
8. Sakarya Hukuk Dergisine gönderilen yazılar, Yayın Kurulu tarafından öncelik sırasına konur ve çalışmalar derginin yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygunluğu bakımından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Yayın ilkelerine ve yazım kurallarına uygun biçimde hazırlanmayan makaleler değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
9. Ön değerlendirme sonrasında yazılar, intihal taramasına tabi tutulur. Tarama neticesinde benzerlik oranı %30'un üzerinde çıkan çalışmalar değerlendirmeye alınmaz ve hakeme gönderilmez.
10. Yazarların dergiye gönderdikleri yazıların denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıla” verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, Yayın Kurulu tarafından geri çevrilir. Yayın Kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör ha-

kemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra tekrar hakem denetimine başvurur.

11. Bir hakem raporunun olumsuz olması durumunda yazı incelenmek üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. En az iki hakem denetiminden geçmeyen yazılar dergiye kabul edilmez. Yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez.
12. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talep bulunmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
13. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm yayın hakları Sakarya Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
14. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.



# İÇİNDEKİLER

## KAMU HUKUKU

### **Anayasa Mahkemesi'nin 16/07/2020 Tarih ve 2020/38 Sayılı Kararına İlişkin Ceza Hukuku Yönüyle Bir Değerlendirme**

*An Examination on Criminal Law Regarding The Constitutional Court's Decision of  
Dated 16.07.2020 and Numbered 2020/38*

Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ - Arş. Gör. Irmak KORUCULU..... 11

### **1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının Tarafsızlığı ve Konumu**

*According to 1982 Constitution Impartiality and Position of the President*

Arş. Gör. Mehmet AKGÜL..... 39

## ÖZEL HUKUK

### **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Risk Değerlendirmesi Yapma Yükümlülüğü**

*Risk Assesment Obligation in Occupational Health and Safety Law*

Arş. Gör. Fatih ERASLAN..... 57

### **Mısır'da Tahkim Müessesesi ve Aile Arabuluculuğu Uygulamaları**

*Arbitration and Family Mediation Practices in Egypt*

Arş. Gör. Mustafa TAŞ ..... 117

### **İcranın İadesi Kurumunun Hukuki Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar**

*Legal Character of Restitution of Execution and Its Consequences*

Arş. Gör. Ozan TOK ..... 135





# KAMU HUKUKU

---



# Anayasa Mahkemesi'nin 16/07/2020 Tarih ve 2020/38 Sayılı Kararına İlişkin Ceza Hukuku Yönüyle Bir Değerlendirme<sup>(\*)</sup>

An Examination on Criminal Law Regarding The Constitutional Court's Decision of Dated 16.07.2020 and Numbered 2020/38

Arş. Gör. **Kürşat YEMENİCİ**<sup>(\*\*)</sup>  
Arş. Gör. **Irmak KORUCULU**<sup>(\*\*\*)</sup>

## Öz

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin 16/07/2020 tarih ve 2020/38 sayılı kararı ceza hukuku boyutuyla incelenmiştir. İlk olarak af kurumu hakkında genel bilgiler verilmiş ve iptali istenen düzenlemenin af kanunu niteliğinde olup olmadığı incelenmiştir. Daha sonra belirlilik ilkesine uygun olup olmadığı hususu ele alınmıştır. Son olarak düzenlemenin kapsamı ortaya konularak ceza muhakemesine bir etkisi olup olmadığı değerlendirilmiştir.

## Anahtar Kelimeler

Af, Suç, Ceza, Cezai Sorumluluk, Meşru Savunma.

## Abstract

In this study, the Constitutional Court's decision dated 16/07/2020 and numbered 2020/38 has been examined in terms of criminal law. First of all, general information about the concept of amnesty was given and it was examined whether the regulation requested to be annulled was amnesty law. Then, whether it is suitable for the principle of clarity and definiteness was discussed. Finally, the scope of the regulation was determined and whether it had an effect on the criminal procedure or not was examined.

## Keywords

Amnesty, Crime, Penalty, Criminal Liability, Self Defence.

(\*) Makale geliş tarihi: 03.01.2021 - Makale kabul tarihi: 19.03.2021.

(\*\*) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.  
E-posta: kursatyemenici@sakarya.edu.tr.  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-0632-9053>.

(\*\*\*) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.  
E-posta: irmakkoruculu@sakarya.edu.tr.  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-2112-5094>.

## 1. Genel Açıklamalar

01/02/2018 tarih ve 7079 sayılı Kanun'un<sup>1</sup> 113. maddesiyle, 8/11/2016 tarih ve 6755 sayılı Kanun'un<sup>2</sup> 37. maddesine eklenen 2. fıkra hakkında açılan davada; şekil ve esas bakımından Anayasa'nın 2, 13, 15, 17, 20, 35, 36, 87 ve 88. maddelerine aykırılı olduğu ileri sürülerek, düzenlemenin iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

7079 sayılı Kanun'un 113. maddesiyle eklenen, 6755 sayılı Kanun'un "Sorumluluk" başlıklı 37. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra<sup>3</sup> hükümleri uygulanır.*" Dolayısıyla, kişilerin bu kapsamdaki fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.

Anayasa Mahkemesi, 16/07/2020 tarihli 2018/31 E., 2020/38 K. sayılı kararında; iptal talebinin şekil ve esas bakımından oybirliği ile reddine karar vermiş; verilen karar 11/11/2020 tarihli ve 31301 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi iptali istenen hükmü öncelikle "Olağanüstü Hâl Düzenlemelerinin Yargısal Denetimi" başlığı altında incelemiş; OHAL KHK'larının Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılmasının mümkün olmadığı, bununla birlikte bu KHK'ların TBMM tarafından onaylanarak kanunlaşması durumunda bu kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptal davası açılmasına engel bir halin söz konusu olmadığı ifade edilmiştir.

## 2. Mahkemenin Şekil Bakımından Kararına İlişkin Değerlendirme ve Kanaatimiz

### A. Şekil Bakımından Anayasa'ya Aykırılık İddiası

İptal talebinde ilk olarak düzenlemenin şekil bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre; yapılan düzenleme af niteliği taşımakta olup Anayasa m.87 gereğince üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekmektedir. Af kanunlarının tasarısı ve tekliflerinin TBMM'de görüşülme

<sup>1</sup> 7079 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun.

<sup>2</sup> 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun.

<sup>3</sup> 6755 sayılı Kanun m.37/1'e göre; "*15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararname kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.*"

usul ve esaslarının İttüzük ile düzenleneceğinin Anayasa m.88'de öngörüldüğü, TBMM İttüzüğü m.92/2 gereğince af ilanını içeren tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda kabulünün TBMM üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararıyla mümkün olduğu, bu itibarla dava konusu kuralın şekil bakımından Anayasa m.87 ve m.88'e aykırı olduğu ifade edilmiştir.

## B. Af Müessesesine İlişkin Genel bilgiler

Af; bir yasama organı işlemi ile kamu davasının, cezanın veya yalnızca ceza infazının sona erdirilmesi veya infaz süresinin kısaltılması olarak tanımlanabilir<sup>4</sup>. Bazen yalnızca kesinleşmiş cezaları kaldıran, hafifleten veya değiştiren bazen de kamu davasını düşüren veya ceza mahkumiyetini bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran af kurumu, bir kamu hukuku tasarrufu olarak tarif edilmektedir<sup>5</sup>.

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak, kanun koyucunun yalnızca zorunlu hallerde toplumsal barışın sağlanması amacıyla af çıkarması gerektiği, aksi halde af çıkarmanın hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacağı; toplumsal barışı takdir yetkisinin ise kanun koyucuya ait olduğu ifade edilmektedir<sup>6</sup>. Kanun koyucu af çıkarma yetkisini, cezaevlerinin ya da adaletin yükünü azaltmak gibi değişik gerekçelerle kullanabilmektedir<sup>7</sup>. Bununla birlikte, ceza adaletinin akışı içerisinde zorlayıcı bir sebep veya ihtiyaç olmaksızın af yetkisi kullanılmamalıdır. Aksi takdirde ceza hukukunun emir ve yasaklarının ciddiyeti ortadan kalkacaktır<sup>8</sup>.

Af yetkisinin kullanılması yargısal bir faaliyet olmadığı gibi, aftan faydalanacak kişiler de yargı kararıyla belirlenmemektedir<sup>9</sup>. Yasama ve idare organı tarafından çıkarılan af, yargısal sonuçlara neden olmakla birlikte idari bir tasarruf olarak nitelendirilmektedir<sup>10</sup>.

Nasıl ki suç ve ceza ihdas etmek devletin yetkisinde ise; suçu ve cezasını affetmek de devletin yetkileri içerisinde. Kanunilik ilkesinin bir neticesi olarak af ancak kanunla çıkarılabilir<sup>11</sup>. Nitekim Anayasa m.87 gereğince; af çıkarma TBMM'nin görevleri arasında düzenlenmiştir. Ceza hukuku mevzuatımızda af müessesinin düzenlendiği TCK m.65'te; genel af ve özel af olmak üzere iki çeşit af öngörülmüştür.

<sup>4</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 772.

<sup>5</sup> KEYMAN, s. 42; SÖZÜER, s. 223.

<sup>6</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 513.

<sup>7</sup> SOYASLAN, s. 614.

<sup>8</sup> DEMİRBAŞ, s. 731.

<sup>9</sup> SÖZÜER, s. 223; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 716.

<sup>10</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 738; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 716; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR; s. 1016.

<sup>11</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 513.

### a. Genel Af

Genel af; sosyal fayda fikri ile, bütün veya belirli bazı suçları ve hükmedilmiş olması durumunda cezaları bütün sonuçları ile düşüren bir yasama işlemi olup yalnızca kanunla çıkarılabilir<sup>12</sup>. Genel affın “genel” olmasının nedeni tüm suçları etkileyecek olması değil, cezaların ve mahkumiyetin tamamen ortadan kaldırılması sonucunu doğurmasıdır<sup>13</sup>. Genel af- özel af ayrımında kişi sayısının çokluğu veya azlığı belirleyici değildir. Bu anlamda az sayıda kişi hakkında genel af kanunu çıkarılabileceği gibi çok sayıda kişi hakkında özel af kanunu da çıkarılabilir<sup>14</sup>. Eğer af kanunu bütün sonuçlarıyla birlikte kesinleşmiş olan mahkumiyeti veya kamu davasını ortadan kaldırıyor, yalnızca bazı kişileri veya bazı suçları kapsıyor olsa dahi, genel af niteliği taşır<sup>15</sup>.

Genel af “mahkumiyetten önce olan genel af” ile “mahkumiyetten sonra olan genel af” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>16</sup>. Henüz kesin bir hükümlerle sonuçlanmamış olan suçlara ilişkin olarak genel af çıkarılmış ise; kamu davası düşer (TCK m.65/1). Mahkumiyetten önce olan genel af, fail hakkında kamu davası açılmasını, açılmış olan davaya devam edilmesini engeller<sup>17</sup>. Bu durumda, soruşturma henüz başlamamış ise başlatılmaz, başlamış ise soruşturmaya son verilir<sup>18</sup>. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından verilecek karar “kamu davasının açılmasına yer olmadığına dair karar”, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilecek karar ise “düşme” kararıdır<sup>19</sup>. Mahkumiyetten sonra olan genel af ise; hükmolunan cezaları bütün neticeleriyle birlikte ortadan kaldırır (TCK m.65/1). Henüz infazına başlanmamış cezaların infazına başlanmaz<sup>20</sup>, devam eden cezaların infazı sona erer<sup>21</sup>. Cezanın infazı sona ermiş ise, uygulanması infazdan sonra da devam eden hak yoksunlukları uygulanmaz<sup>22</sup>. Af kapsamında olan ceza adli sicilden silinir<sup>23</sup>. Tekerrür ve erteleme müesseselerinin uygulanmasında esas alınmaz<sup>24</sup>. Bütün bu işlemler re’sen yerine getirilir<sup>25</sup>. Ancak genel af

<sup>12</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 224.

<sup>13</sup> ÖZBEK/DOĞAN, İzmir Şerhi, s. 996.

<sup>14</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 775.

<sup>15</sup> İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 320; SÖZÜER, s. 240.

<sup>16</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 224.

<sup>17</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 225; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 514.

<sup>18</sup> KEYMAN, s. 45; SOYASLAN, s. 614.

<sup>19</sup> İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 322-323.

<sup>20</sup> İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 325; SÖZÜER, s. 245; DEMİRBAŞ, s. 733; AKBULUT, s. 949.

<sup>21</sup> KEYMAN, s. 45; SÖZÜER, s. 245; ÖZBEK/DOĞAN, İzmir Şerhi, s. 996; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 514, DEMİRBAŞ, s. 733; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 1019.

<sup>22</sup> AKBULUT, s. 949.

<sup>23</sup> ÖZBEK/DOĞAN, İzmir Şerhi, s. 997.

<sup>24</sup> ÖNDER, s. 749, DEMİRBAŞ, s. 733.

<sup>25</sup> İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 323.

filin suç vasfını ortadan kaldırmamakta, yalnızca ceza verme hakkını düşürmektedir<sup>26</sup>. Genel affin suç oluşturan filin varlığına etki etmemesi nedeniyle, üçüncü kişilerin zararlarının tazminini talep hakları varlığını devam ettirir<sup>27</sup>.

Af kanunlarının zaman itibariyle kapsamının belirlenmesi meselesi önemlidir. Çünkü af kanunu çıkacağına ilişkin söylentilerin bazı kimseleri o suçları işlemeye yöneltebileceği ifade edilmektedir. Bu nedenle af kanunlarında belirli bir tarihe kadar işlenen suçların affedildiğine dair bir açıklığın bulunması gerekmektedir<sup>28</sup>.

Genel af genel nitelikte, yani tüm suçları ve suçluları kapsayacak biçimde olabileceği gibi TBMM'nin takdir ettiği bazı suçlar veya suçlular hakkında kısmi nitelikte de olabilir<sup>29</sup>. Kanun koyucuların genellikle kısmi nitelikli genel af çıkarmayı tercih ettikleri ifade edilmektedir<sup>30</sup>.

Genel af kapsamında yer alan fiillerin af düzenlemesi içeren kanunda değişik şekillerde gösterilmesi mümkündür:

- 1- Af kapsamında olan suçların hukuki nitelikleri itibariyle gösterilmesi halinde; aynı ismi taşıyan bütün fiillerin, aynı suçun değişik şekillerinin, (ağır veya hafif) bütün nitelikli hallerinin de af kapsamında olduğu kabul edilir<sup>31</sup>.
- 2- Affa tabi olan suçların kanun hükümleri ile gösterilmesi halinde; af kapsamında olan veya aftan ayırık tutulan fiiller, madde numara veya fıkrasıyla belirtilirler<sup>32</sup>. Af kanununda, affın kapsamında olan suçlar kanundaki madde numaraları ile gösterilmiş ise yalnızca o madde kapsamına giren suçlar affedilmiş sayılır. O suça ait nitelikli haller farklı maddelerde düzenlenmiş ise af kapsamında değerlendirilemez<sup>33</sup>.
- 3- Af kapsamında olan suçlar bazen de belirli bir cezayı gerektirmeleri itibariyle gösterilirler. Bazı af kanunları; belirli bir sınırdan az cezayı gerektiren bütün suçların veya bir kısım suçların af kapsamında olduğunu belirtirler<sup>34</sup>. Burada göz önünde bulundurulacak ceza; cezanın belirlenmesi neticesinde ortaya çıkan somut ceza değil, kanunda o fiilin karşılığında öngörülen soyut cezadır<sup>35</sup>.

<sup>26</sup> ÖZEK, s. 141; ÖNDER, s. 747, 748; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 775.

<sup>27</sup> KEYMAN, s. 57; DEMİRBAŞ, s. 732; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 739.

<sup>28</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 228.

<sup>29</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 514; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 775.

<sup>30</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 514.

<sup>31</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III; s. 225, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 742.

<sup>32</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 226; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 321.

<sup>33</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 774.

<sup>34</sup> İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 322; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 708.

<sup>35</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 226- 227; KEYMAN, s. 142; ÖNDER, s. 748; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 322.

4- Son olarak af kapsamında olan fiiller (malvarlığına karşı işlenen suçlar veya taksirle işlenen suçlar gibi) belirli bir suç kategorisi tayin edilerek de gösterilebilir<sup>36</sup>.

Bazı af kanunlarında kanunun kapsamında olan veya ayırık tutulan kişilerin gösterilmesi de mümkündür. Örneğin; bir listede yer alan kişilerin af kapsamında olduğu ifade edilebilir ya da sadece asker kişilerin af kapsamında olduğu belirtilebilir<sup>37</sup>.

Ödenmiş olan adli para cezaları ve müsadere edilmiş eşyanın genel af nedeniyle iade edilmesi mümkün değildir (TCK m.74/2). Ancak ödenmemiş adli para cezaları ile henüz infaz edilmemiş müsadere kararları genel aftan etkilenir<sup>38</sup>.

### b. Özel Af

Özel af; kesinleşmiş bir cezayı tamamen ortadan kaldıran, cezayı hafifleten veya daha hafif olmak şartıyla başka bir cezaya çeviren af türüdür<sup>39</sup>. Bu kurum TCK m.65/2'de; "*Özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısıtlanabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre; özel af, yalnızca hapis cezaları bakımından söz konusu olabilmekte, adli para cezaları bakımından geçerliliği bulunmamaktadır<sup>40</sup>.

Genel af cezalandırma ilişkisini cezaya bağlı bütün neticeleriyle birlikte tamamen ortadan kaldırmakta iken; özel afta, cezaya bağlı olan veya hükümde belirtilen hak yoksunlukları, özel affa rağmen etkisini devam ettirir (TCK m.65/3). Güvenlik tedbiri kapsamında düzenlenen, belli haklardan yoksun bırakılma sonucunu doğuran ve ceza mahkumiyetinin bir sonucu olan tedbirler özel affa rağmen varlıklarını sürdürmeye devam ederler<sup>41</sup>.

Genel af, esasen işlenen fiillere ilişkindir, failler ise dolaylı olarak bundan faydalanırlar. Diğer bir deyişle, genel af kapsamında olan suçlardan birini işlemiş olan failler bu fiillere olan ilgileri nedeniyle genel aftan yararlanırlar. Buna karşın özel af, kişilere hitap etmekte olup aftan faydalanacak olan suçluları belirler. Fakat, genel af kanunlarında düzenlenen toplu özel af açısından aynı şey söylenemez<sup>42</sup>. Bununla birlikte esas ayırım noktası olarak düzenlemede fiillerin mi

<sup>36</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 227; ÖNDER, s. 748.

<sup>37</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 229; Örneğin; 29.06.1938 tarihli 3527 sayılı Af Kanunu'nun kapsamı Lozan'da yapılan 24.07.1923 tarihli Umumi Af Beyanname ve Protokolünde mevzu bahis yüz elli kişilik listede yer alan kişilerin af kapsamında olduğu ifade edilmiştir.

<sup>38</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 776.

<sup>39</sup> DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 238.

<sup>40</sup> ÖZBEK/DOĞAN, İzmir Şerhi, s. 997.

<sup>41</sup> ÖZBEK/DOĞAN, İzmir Şerhi, s. 997.

<sup>42</sup> KEYMAN, s. 44; AKBULUT, s. 948.



yoksa kişilerin mi esas alındığından ziyade; düzenlemenin sonuçlarının dikkate alınması gerekir.

Özel af, kamu davasını düşüren bir neden olmadığından özel affin uygulanabilmesi için kamu davasının açılması, yürütülmesi ve af kanununun uygulanması ile sona erdirilmesi gerekmektedir<sup>43</sup>. Bir fiilin özel affa uğraması halinde asli ceza tamamen ortadan kaldırılmış olsa dahi, kamu davasının açılmasına ve açılmış olan kamu davasının sonuçlandırılmasına engel teşkil etmez<sup>44</sup>. Özel affın asıl cezayı hafifletmesi halinde mahkumiyet kararında yazılı olan ceza esas alınarak hafifletme işlemi yapılır. Af kanununun asli cezayı değiştirmiş olması halinde; yine somut ceza esas alınarak işlem yapılması gerekmektedir<sup>45</sup>.

### C. Mahkemenin Şekil Bakımından Kararı

Anayasa mahkemesi, şekil bakımından yaptığı inceleme neticesinde düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre; dava konusu düzenleme af niteliğini haiz olmadığından, Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenen nitelikli çoğunluk<sup>46</sup> aranmaz. Anayasa'nın 96. maddesinde düzenlenen toplantı ve karar yeter sayısı<sup>47</sup> yeterlidir. Yapılan açık oylama sonucunda 200 kabul ve 24 ret oyunun kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda son oylamanın Anayasa'nın 96. maddesinde öngörülen çoğunlukla yapıldığının anlaşıldığı; dava konusu düzenlemenin af niteliği taşıması nedeniyle Anayasa'nın 87 ve 88. maddeleri ile ilgisi bulunmadığı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi düzenlemenin af niteliği taşımadığına ilişkin kanaatini şu şekilde gerekçelendirmektedir;

*“Maddi ceza hukuku bakımından suç oluşturan fiilin icrası ile devlet ve fail arasında bir cezalandırma ilişkisi doğmaktadır. Af ise bu kapsamda devletin cezalandırma yetkisinden sarfınazar etmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle hem genel af hem de özel affın söz edebilmek için öncelikli koşul bir suçun varlığıdır. Dava konusu kural ise aşağıda açıklandığı üzere herhangi bir suça ilişkin olmayıp 15.07.2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişilerin cezai sorum-*

<sup>43</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 515.

<sup>44</sup> İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 329.

<sup>45</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 779.

<sup>46</sup> Anayasa m.87'ye göre: “Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, ... Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir.”

<sup>47</sup> Anayasa m.96'ya göre: “Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.”

*luluklarının bulunmadığını düzenlemektedir. Bu itibarla kural suç teşkil edip etmediği önem taşımaksızın her türlü fiilin değil sadece darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamındaki fiillerin cezai sorumluluk oluşturmayacağını belirtmektedir. İşlenen fiilin kuralda bahsedilen nitelikleri taşıyıp taşımadığı ise elbette yargı yerlerince belirlenecektir. Dolayısıyla suç teşkil eden fiillerin kural kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu açıklamalar çerçevesinde af niteliğini haiz olmadığı anlaşılan kuralın yer aldığı Kanun'un kabulü için Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenen nitelikli çoğunluk gerekli olmayıp toplantı ve karar yeter sayısı bakımından Kanun, Anayasa'nın 96. maddesine tabidir (par. 15)”*

#### **D. Değerlendirme ve Kanaatimiz**

Dava konusu düzenlemede: *“15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler”* denilmekle birlikte; özünde kişiler değil fiiller esas alınarak bir belirlemeye gidildiği, tüm sonuçlarıyla birlikte cezai sorumluluğun kaldırılması öngörüldüğü ve nihayet düzenlemenin kesinleşmiş mahkûmiyet kararlarına ilişkin olmadığı, bu nedenle kararda özel affa ilişkin bir tartışmaya gerek duyulmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, aftan söz edebilmek için öncelikli koşul olarak bir suçun varlığının gerekli olduğunu, oysa dava konusu düzenlemenin bir suça ilişkin olmadığını ifade etmektedir. Mahkemeye göre, söz konusu kural; *“suç teşkil edip etmediği önem taşımaksızın her türlü fiilin değil sadece darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamındaki fiillerin cezai sorumluluk oluşturmayacağını belirtmektedir... Dolayısıyla suç teşkil eden fiillerin kural kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir (par. 15).”*

Yukarıda açıklandığı üzere, bir düzenlemenin af niteliği taşıyıp taşımadığı belirlenirken metnin içeriğinin dikkate alınması gerekmektedir. Her ne kadar düzenleme kanun koyucu tarafından af olarak nitelendirilmese de; geçmişte gerçekleştirdikleri fiilleri sebebiyle kişilerin cezai sorumluluklarını bütün sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldıran düzenlemenin af niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında belirttiği üzere: *“Anayasa'da, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir<sup>48</sup>.”*

<sup>48</sup> Bknz. AYM, E. 2002/99, K. 2002/51, 28.05.2002, E. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2002/51?EsasNo=2002%2F99>, E.T. 29.12.20.

Anayasa Mahkemesi'nin, 2020 tarihli bir kararında ifade ettiği üzere: "... af yetkisini kullanan yasama organı, genel olarak bir fiili suç olmaktan çıkarmamakta ya da cezasında bir değişiklik yapmamakta, suç ve ceza aynı kalmakla birlikte sadece geçmişe yönelik olarak belli bir dönemde işlenmiş olan o fiilden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmasını, mahkûmiyet kararı ve ceza verilmesini ya da verilen cezanın infaz edilmesini engellemektedir. Kısacası genel suç ve ceza siyasetini belirleme kapsamında suç ve cezayla ilgili yapılan lehe kanunlar geleceğe ve geçmişe, af ise sadece geçmişte belli bir döneme ilişkin etki doğurmaktadır"<sup>49</sup>. Bu nedenle, şayet hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarını aşarak haksız fiil veya suç oluşturan fiillerin söz konusu düzenlemenin kapsamına girdiği kabul edilecek olursa; söz konusu düzenlemenin af olarak nitelendirilmesi ve Anayasa m.87'de öngörülen şekle aykırılık nedeniyle iptali gerekir. Ancak mahkeme aksi yönde bir değerlendirmeye gitmiştir.

Mahkemeye göre, söz konusu kural kapsamındaki fiiller meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedenleri kapsamında kalmakta ve suç oluşturmamaktadır. Şayet düzenlemenin kapsamının yalnızca suç oluşturmayan fiillerle sınırlı olduğu kabul edilirse; bu durumda düzenleme af niteliği taşımadığından şekil bakımından da Anayasa'ya aykırı olmayacaktır. Esasen bu durumda, kişilerin hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmayacağına ilişkin düzenlemeye de ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira, hukuka uygunluk nedeni içerisinde gerçekleşen fiiller yalnızca ceza hukuku değil bütün hukuk düzeniyle uyumlu olacağından, kişilerin herhangi bir yönden sorumluluğu da gündeme gelmeyecektir. Bize göre; "hukuka aykırı ve suç oluşturan fiillerin de düzenlemenin kapsamında olduğu" şeklinde anlaşılabilir ve suç işleyen kişilerin cezasız kalmasına yola açabilecek olan söz konusu düzenlemenin şekil yönünden olmasa da belirlilik ilkesine aykırılık gerekçesiyle esas yönünden iptali gerekmektedir<sup>50</sup>.

Mahkeme her ne kadar suç oluşturan fiillerin söz konusu kural kapsamında olmadığını, kapsamın hukuka uygunluk nedenleri ile sınırlı olduğunu ifade etse de, bu kararın gerekçesinin uygulamacılar bakımından bağlayıcı olmadığı nazara alındığında; lafzi yorumla farklı anlaşılmaya ve uygulamaya müsait olan bu düzenlemenin iptal edilmemesi sakinliği sonuçlara sebep olabilecektir<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> AYM, E. 2020/44, K. 2020/41, 17.7.2020, par. 20, E. <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2020/41?EsasNo=2020%2F44>, E.T. 27.12.20.

<sup>50</sup> Bu husustaki değerlendirmeye aşağıda "Cezai Sorumluluğa Etkisine İlişkin Olarak" başlığı altında yer verilmiştir.

<sup>51</sup> Nitekim aynı belirsizliğin bulunduğu 6755 sayılı Kanun m.37/1'e ilişkin olarak medyaya yansıyan bir haberde savcılıkların farklı uygulamalar geliştirdiği iddia edilmektedir: "FETÖ soruşturması kapsamında tutuklanan bir kişinin, gözaltındayken darp edildiği, kötü muamele ve tehdide maruz kaldığı iddiasıyla ... Başsavcılığı'na yaptığı şikâyet, savcı tarafından 667 sayılı KHK gerekçe gösterilerek reddedildi. Savcının ret kararına gerekçe gösterdiği 9. maddede 'Bu kanun hükmünde kararname kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz' deniliyor." Bknz. E. <https://www.cumhuriyet.com.tr/haber/suca-acik-kapi-661764>, E. T. 27.12.20.

### 3. Mahkemenin Esas Bakımından Kararına İlişkin Değerlendirme ve Kanaatimiz

#### A. Esas Bakımından Anayasa'ya Aykırılık İddiası

İptal talebinin ikinci dayanak noktasını düzenlemenin esasına ilişkin Anayasa'ya aykırılık iddiaları oluşturmaktadır. İptal talebinde; dava konusu düzenlemenin başta yaşam hakkı ve işkence yasağı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğü ölçsüz bir şekilde sınırladığı ifade edilmektedir. Hükümde yer alan "... terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler..." ifadesinin geleceğe dönük uygulamayı mümkün kılan genel bir düzenleme olarak anlaşılmaya uygun ve bu nedenle de belirsiz olduğu iddia edilmiştir.

Düzenlemenin; her türlü muhalefeti şiddetle susturmanın aracı olarak kullanılmasına elverişli, suç işlenmesini teşvik eder nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin geçmişteki olaylara uygulanacak olmasının dahi yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında etkin soruşturma yapma yükümlülüğüyle çeliştiği ve kişilerin hukuk önünde hesap verme zorunluluğunu ortadan kaldırdığı iddia edilmiştir. Diğer yandan, Anayasa m.15/2'de öngörülen olağanüstü hâllerde dahi askıya alınamayacak şekilde düzenlenen hak ve özgürlükler alanı içerisinde yer alan yaşam hakkının ihlal edildiği; itibar hakkına, mülkiyet hakkına, özel hayata ve aile hayatına yönelik müdahalelere karşı anılan hakları korumayı imkânsız hale getirdiği ileri sürülmüştür.

Ayrıca düzenleme kapsamındaki fiillerin bastırılması kapsamında hareket edenlerin kalkışma ve terör eylemleri ile ilgisi bulunmayan üçüncü kişilerin hayatına, beden bütünlüğüne, manevi varlığına, itibarına veya mallarına zarar vermiş olmaları halinde dahi bu kişiler hakkında cezai, hukuki ve malî sorumluluk davası açılmayacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 13., 15., 17., 20., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

#### B. Mahkemenin Esas Bakımından Kararı

Anayasa Mahkemesi; dava konusu düzenlemeyi Anayasa m.2 kapsamında değerlendirmiş ve anılan hükmün m.2'ye aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle de iptal talebini reddetmiştir. Dava konusu düzenlemenin Anayasa'nın 13, 15, 17, 20, 35 ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmediği ifade edilerek bu maddeler bakımından değerlendirme yapılmamıştır.

Kararın gerekçesine bakıldığında, dava konusu düzenleme öncelikle belirlilik ilkesi yönünden değerlendirilmiştir:

*"Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan belirlilik ilkesine göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Anayasa Mahkemesi birçok kararın-*

*da belirlilik ilkesinin yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade ettiğini, yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliklere ilişkin gereklilikleri karşılaması şartıyla mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirliliğin sağlanabileceğini, asıl olanın muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığı olduğunu vurgulamıştır.*

*Bu bağlamda, kuralda yer alan “... terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında...” ibaresinin kuralı belirsiz hâle getirdiği söylenemez. Zira kanun hükümlerinin belli bir düzeyde genel olması, somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümleri kuralın bünyesinde barındırma, bir başka ifadeyle, kuralın amaca uygun sonuca ulaştıracak herhangi bir çözümü dışlamasını önleme ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Anılan ibareye 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile devamı niteliğindeki eylemlerin her birinin ayrı ayrı yazılmasının mümkün olmaması nedeniyle yer verilmiş olduğu anlaşılmakta olup bu durum kanun yapma tekniğinin doğasından kaynaklanmaktadır.*

*Diğer yandan kuralda yer alan “... devamı...” ibaresinin kuralın ileriye dönük olarak belirsiz bir süre uygulanmasına imkân tanıdığı da söylenemez. Gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri anlık fiiller olmayıp belli bir zamana yayılmıştır. Bu nedenle kuralda yer alan ibarenin 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunlarla bağlantılı olarak hemen sonrasındaki sınırlı zamanda meydana gelen fiilleri kapsadığı anlaşılmaktadır (par. 20-23).”*

Daha sonra mahkeme, darbe teşebbüsü ve bağlantılı terör eylemlerinin bastırılması kapsamındaki eylemlerin hukuka uygun fiiller olduğunu açıklamıştır:

*“Darbe teşebbüsü, egemenliğin kaynağı olmayan ve milletin egemenliği kullanmak üzere yetkilendirdiği organlar arasında bulunmayan bir grubun zorla demokratik anayasal düzeni ortadan kaldırmaya veya değiştirmeye kalkışmasıdır. Darbe teşebbüsü ve bununla bağlantılı terör eylemleriyle demokratik anayasal düzenin ve millet iradesinin üstünlüğünün ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Demokratik düzende millete-dolayısıyla onu oluşturan her bir bireye- ait olan egemenlik bir grup zorba tarafından ele geçirilmek istenmiştir (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 220). Dolayısıyla başta egemenliği gasbedilmeye çalışılan millet olmak üzere millet adına egemenliği kullanmaya yetkili organlar ağır bir saldırı altında olduğundan, bu olağan dışı ve istisnai şartlar altında söz konusu saldırıların bastırılmasına yönelik ve sadece bununla sınırlı eylemlerin hukuka aykırı fiiller olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.*

*Söz konusu darbe teşebbüsünde saldırının kapsamının büyüklüğü, yaygınlığı, saldırıyı gerçekleştiren kişilerin önemli bir kısmının kamu görevlisi olması, esas itibarıyla saldırının yöneldiği hedefin bireyler değil devlet ve hükümet güçleri olması, olağan şartlarda bu saldırının kamu görevlileri tarafından önlenmesinin beklenmesi ve bunun yeterli olması gibi uygulayıcılar için istisnai ve sıra dışı birçok faktör gündeme gelmiştir. Bu itibarla darbe teşebbüsünün anılan istisnai ve sıra dışı özellikleri nedeniyle uygulamada ortaya çıkabilecek birtakım tereddütlerin giderilmesi ve bu kapsamda kuralla egemenlik hakkına sahip çıkan vatandaşların herhangi bir zarara uğrama ihtimalinin baştan bertaraf edilmesi amacıyla anılan düzenlemeyi yapma ihtiyacının duyulduğu anlaşılmaktadır.*

*Bu çerçevede dava konusu kuralda darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamındaki fiillerinden dolayı kişilerin hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluklarının doğmayacağı belirtilmiş olup kuralın bu kapsamda olmayan, konusu haksız fiil ya da suç teşkil eden fiillerin icra edilmesi hâlinde sorumsuzluk öngördüğü söylenemez. Zira kuralın lafzı ile yukarıda belirtilen getiriliş amacı dikkate alındığında kuraldan böyle bir sonuç çıkarmak mümkün görünmemektedir.*

*Anayasa'ya uygunluk karinesi uyarınca bir hukuk devletinde Kanun'da belirtilen kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilemeyeceği açık olduğuna göre bu yönüyle da kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığının kabul edilmesi gerekir (par. 28-31)<sup>52</sup>.*

Mahkeme, söz konusu düzenlemenin hukuka aykırı fiilleri kapsamadığını ve bu nedenle bir yargılama engeli de getirmediğini ifade etmektedir:

*“Diğer taraftan, dava konusu kuralın bir yargılama engeli getirmediğinin de vurgulanması gerekir. Bu kapsamda haksızlık oluşturduğu ileri sürülen fiiller için yapılacak incelemede söz konusu fiilin kural bağlamında 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında işlenip işlenmediğinin değerlendirileceği kuşkusuzdur. Yargı yerleri kuralda yer alan “bastırılma” kapsamındaki fiilleri değerlendirirken meşru müdafaa gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını belirlemek durumundadır. Başka bir ifadeyle, iptali istenen kuralın atfı yaptığı dönemdeki fiillere ilişkin olarak bir suç ya da haksız fiilin söz konusu olduğunun iddia*

<sup>52</sup> Anayasa Mahkemesi benzer hükümlere ilişkin vermiş olduğu çeşitli kararlarında da aynı yönde değerlendirmelerde bulunmuştur (AYM, E. 2016/205, K. 2019/63, 24/7/2019, § 134; E. 2014/122, K. 2015/123, 30/12/2015, §§ 179-181).

*edildiği somut olaylarda yargı makamları, bu fiillerin bastırma kapsamında olup olmadığını ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığını dikkate alacaklardır. Bu değerlendirme sonucunda fiile ilişkin varılan sonucun anılan kapsamda olmadığını veya bunun sınırlarını aştığının tespiti edilmesi hâlinde sorumluluk gündeme gelecektir.*

*Kuralın öngördüğü bastırma kapsamındaki hareketlerin hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu sınırlar içinde kalan fiiller olması nedeniyle söz konusu fiillerin hukuk düzeniyle çeliştiği söylenemez. Bir fiilin hukuka uygunluğu onun hukuk sistemiyle bütünüyle uyumlu olduğunu gösterir. Bu durum hukukun bütünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Bu nedenle hukuka uygun bir fiil nedeniyle onu icra edenlerin sorumlu tutulmamasının, başka bir ifade ile hukuka uygun bir fiili gerçekleştirenlere hukuki, idari, malî ve cezai sorumluluk yüklenmemesinin hukuk devleti ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır (par. 32-33).”*

## C. Değerlendirme ve Kanaatimiz

### a. Belirlilik İlkesine İlişkin Olarak

Anayasa Mahkemesi dava konusu düzenlemeyi belirlilik ilkesi bakımından değerlendirmiş ve ilkeye aykırılık olmadığı sonucuna varmıştır.

Esasen, suçların ve cezaların belirli olması ile kastedilen; suçu ve cezayı unsurlarını açıkça ifade ederek adlandırmak ve meşru olanla gayrimeşru olanın farkını açıkça ortaya koymaktır<sup>53</sup>. Hukuk devletinin en önemli gereklerinden biri olan bu ilke ile amaçlanan; kanuna bakıldığında, suçun kapsamı ve uygulama alanının<sup>54</sup>, dolayısıyla neyin meşru neyin yasak olduğunun anlaşılabilmesidir.

Belirlilik ilkesine uygun bir ceza normu hem kişilerin norma olan bağlılığını sağlayacak derecede açık ve anlaşılır hem de davranışlarını o norma göre ayarlayabilecekleri ve hukuksal durumlarını anlayabilecekleri kadar somut ve açık olmalıdır<sup>55</sup>. Kanun metninin, bireylerin gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut olay ve olguya hangi hukuki yaptırım veya sonucun bağlandığını kesin olarak anlayabilecekleri açıklıkta düzenlenmesi gerekir<sup>56</sup>. Kişi, ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörerek davranışını buna göre gerçekleştirebilir<sup>57</sup>.

Kanunun belirsiz olması durumunda hakim keyfi yorum yaparak yasama alanına müdahale edip kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı hareket edebilir<sup>58</sup>. Bu ne-

<sup>53</sup> AYGÜN EŞİTLİ, s. 234.

<sup>54</sup> KANGAL, s. 71.

<sup>55</sup> CAN, s. 95.

<sup>56</sup> HAKERİ, s. 11.

<sup>57</sup> KOLCU, s. 15.

<sup>58</sup> KANGAL, s. 72; CAN, s. 105.

denle, kanunilik ilkesinin düzenlendiği TCK m.2/1’de de “açıkça” ibaresine yer verilerek belirlilik ilkesi vurgulanmıştır<sup>59</sup>.

Belirlilik ilkesi hukukun her alanında olduğu gibi ceza hukuku bakımından da büyük bir önem taşımaktadır. Hukuk devletinin bir gereği olarak, kişilerin fiillerini gerçekleştirirken ceza hukuku bakımından ne gibi sonuçların ortaya çıkacağını öngörebilmeleri gerekir. Diğer yandan belirlilik ilkesi uygulayıcılar bakımından da önemlidir. Hakimlerin ve savcılarının somut olaya kanunu uygularken, özellikle cezalandırılan fiil ve cezalandırmanın sınırı noktasında tereddütte kalmamaları için, kuralın bu sınırı açıkça çiziyor olması gerekir.

Kanaatimizce dava konusu düzenleme belirlilik ilkesine uygun değildir. Düzenlemede yer alan; “... 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında...” ifadesi iki yönden belirsizlik taşımaktadır. İlk olarak, düzenlemenin zaman bakımından kapsamı açıkça ifade edilmemiştir. Mahkeme kararında; “... devamı niteliğindeki eylemler” ibaresinin belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğini; zira gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin anlık fiiller olmayıp belli bir zamana yayılması sebebiyle darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ve bunlarla bağlantılı olarak hemen sonrasındaki sınırlı zamanda meydana gelen fiilleri kapsadığını ifade etmektedir. O dönem hükümetten de benzer yönde açıklamalar gelmiş ve düzenlemenin 15-16 Temmuz tarihlerini kapsadığı ifade edilmişse de<sup>60</sup> bu tarihlerin metinde yer almaması belirlilik ilkesine aykırıdır<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> TCK m.2/1’e göre: “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.”

<sup>60</sup> Dönemin Başbakan Yardımcısı ve Hükümet sözcüsü Bekir Bozdağ, KHK ile ilgili yaptığı açıklamanın ilgili kısmı şu şekildedir: “15 Temmuz’da gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılmasından bahsediyor. Bu düzenleme 15 Temmuz öncesi ve 16 Temmuz sonrasını da kapsamıyor.” Bknz. E. <https://www.hurriyet.com.tr/bozdag-bu-duzenleme-15-temmuz-ocesi-ve-16-tem-40690848>, E. T. 29.12.2020. Dönemin Adalet Bakanı Abdulhamit Gül de benzer bir açıklamada bulunmuştur: “Yani vatandaşlarımıza yönelik, sivillerimize yönelik burada hukuki, idari sorumsuzluk getiren düzenleme... 15 Temmuz gece darbe başlamış ama 16 Temmuz’da bitirilmiştir. Darbenin sona erdirilmesi, vatandaşlarımız, kahraman askerimiz, Mehmetçikimiz, polislerimiz ve vatandaşlarımız tarafından sona erdirilmesi, püskürtülmesi ertesi gün olmuştur. Dolayısıyla ‘terör’ diye ifade edildi diye ‘bugün de terörle mücadele ediliyor, terör eylemi var, vatandaş buna karşı mücadele ettiğinde sorumsuz olacaktır’ anlamı çıkartılamaz. ‘Terör’ ifadesi, darbe girişimi bir terör faaliyetidir. Bu kanundaki ifadede terörü kastederken ‘terör eylemi’ derken darbe fiiline yönelik bir tanımlamadır. Daha önceki KHK’de esasen görevliler için düzenlenmiş ifade sadece başına ‘siviller için’ getirilerek düzenlenmiştir, yani yeni bir düzenleme yok. O zaman o yapılırken de herhangi bir eleştiri söz konusu değildi şimdi de yeni bir durum yok. Oradaki devamı anlamındaki husus bugüne sari olan bir düzenleme değildir. 15 Temmuz gece oldu ama birkaç saat sonra zaten 16 Temmuz oluyor, yani orada gün ‘15, 16, 17 Temmuz’ demek yerine devamı niteliğindeki fiillere, darbe fiillerine karşı duran sivillerin bu anlamda hukuki, idari sorumsuzluğuna yönelik bir düzenlemedir.” Bknz. E. <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/duzenleme-15-temmuz-ve-16-temmuzdaki-darbe-girisiminin-puskurtulmesiyle-ilgili/1014435>, E. T. 29.12.2020.

<sup>61</sup> Benzer bir amaçla çıkarılan 113 sayılı Af Kanunu’nun 2. maddesinde affın kapsamında olan fiillerin 27-28 Mayıs 1960 günlerinde gerçekleşen fiiller olduğu açıkça ifade edilmiştir; “27 ve 28 Mayıs 1960



Esasen, düzenlemenin hangi zaman aralığındaki fiilleri kapsadığının metinden açıkça anlaşılabilirdiği hallerde, tarihe açıkça yer verilmemesi belirlilik ilkesine aykırı olmayacaktır. Ancak dava konusu düzenlemede “15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri”nin ne olduğu ve ne zaman gerçekleştiği belli ise de, “... devamı niteliğindeki eylemler”in ne anlama geldiği ve hangi zaman aralığını ifade ettiği anlaşılammaktadır. Bu noktada, mahkemenin yaptığı “... kuralda yer alan ibarenin 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunlarla bağlantılı olarak hemen sonrasında meydana gelen fiilleri kapsadığı anlaşılmaktadır” şeklindeki açıklama dahi söz konusu belirsizliği ortadan kaldırmamaktadır.

Belirlilik ilkesi bakımından ele alınması gereken ikinci husus, hükümde yer alan “... bastırılması kapsamında hareket eden kişiler” ifadesidir. Darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında vücut dokunulmazlığına, kişi hürriyetine, malvarlığına ve şerefe karşı fiiller söz konusu olabilir. Bu fiillerin tamamının düzenleme kapsamında olup olmadığı metinden açıkça anlaşılammaktadır. Diğer bir deyişle; suç oluşturan fiillerin düzenlemenin kapsamına girip girmediği hususu belirsizdir.

### **b. Cezai Sorumluluğa Etkisine İlişkin Olarak**

Dava konusu 6755 sayılı Kanun’un 37. maddesinin 2. fıkrasına göre; “Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.” Yani, “kişilerin bu kapsamdaki fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.”

Düzenlenişi itibarıyla söz konusu hüküm, kişilere bu kapsamdaki fiiller bakımından cezai sorumsuzluk tanıdığı şeklinde anlaşılmaya müsaittir<sup>62</sup>. Ancak

*günlerinde İnkılap hareketleri lehine fiilen katılan askeri şahısların bu tarihlere işledikleri taksirli suçlardan dolayı takibat yapılmaz ve mahkum olanlar, fer'i ve mütemmim cezaları ile ceza mahkumiyetinin neticelerine de şamil olmak üzere affedilmiştir.” Bknz. DÖNMEZER/ERMAN, Cilt: III, s. 229. Bu düzenleme ile karşılaştırıldığında, dava konusu düzenlemenin zaman olarak ve düzenlemenin kapsamında yer alan fiillerin nitelikleri bakımından bir belirsizlik taşıdığı görülmektedir.*

<sup>62</sup> Bu husus uluslararası kuruluşlar tarafından yayınlanan raporlara da yansımıştır: “Paydaşlar, iş-kence veya diğer tür kötü muamele uygulama suçlarından ötürü yasal, idari, mali ve cezai sorumlulukları olan kişilere geriye dönük dokunulmazlık tanıyan kanun hükümlerinin iptal edilmesini tavsiye etmektedir. Bu kanun hükümleri arasında özellikle 667 sayılı KHK 9(1). Madde, 668 sayılı KHK 37. Madde, 696 sayılı KHK 121. Madde ve 4483 sayılı Kanunun ilgili maddeleri yer almaktadır.” Bknz. BM İnsan Hakları Konseyi Evrensel Periyodik İnceleme Çalışma Grubu Otuzbeşinci Oturum, 20-31 Ocak 2020, “Paydaşların Türkiye ile ilgili Bildirimlerinin Özeti”, par. 26, [https://epi-turkiye.net/portal/wp-content/uploads/2020/01/A\\_HRC\\_WG.6\\_35\\_TUR\\_3\\_E-TR-\\_paydas-raporu.pdf](https://epi-turkiye.net/portal/wp-content/uploads/2020/01/A_HRC_WG.6_35_TUR_3_E-TR-_paydas-raporu.pdf), E. T. 29.12.2020. “BMİHYK, 24 Aralık 2017 tarihli ve 696 sayılı KHK ile “15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi ve müteakip olaylarda darbeyi engellemek için alınan yasal ve idari

Anayasa Mahkemesinin de kararlarında belirttiği üzere; kişilerin kanun dışı hatta suç teşkil eden eylemler yönünden sorumlu olmayacaklarına ilişkin bir düzenleme hukuk devleti ilkesine ve anayasaya aykırılık teşkil eder<sup>63</sup>. Kaldı ki, ge-

*tedbirlere dâhil olan, kararlar alan, bu tedbir ve kararları uygulayan” kişilere tanınan tam kapsamlı yasal, idari, ceza, ve mali dokunulmazlıkların, cezasızlık kültürüne ve hesap verebilirliğin olmadığı bir ortama izin verdiğini endişe ile ifade etmektedir.”* Bknz. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi, Türkiye’de olağanüstü halin insan hakları üzerindeki etkisine ilişkin rapor ve Türkiye’nin güneydoğusundaki duruma ilişkin güncelleme, Ocak-Aralık 2017, par. 45, E. <https://insanhaklari-izleme.org/>, 29.12.2020. 6755 sayılı Kanun m.37/1’e ilişkin olarak da benzer endişeler dile getirilmiştir: “Venedik Komisyonu görüşüne göre, bu madde özellikle cezai sorumsuzluk hali açısından çok tehlikeli bir mesaj göndermektedir. Bu sorumsuzluk kanun hükmünde karamamelerin Türkiye Cumhuriyeti Ceza Kanunu kapsamında aksi halde ‘suç’ olarak nitelendirilecek bazı eylemlere doğrudan izin ve emir verdiğini veyahut da en azından görevlerini yerine getirirken suç işleyenlerin cezalandırılmayacağını ima ettiği şeklinde anlaşılabilir.

Ayrıca bu sorumsuzluk hali, çeşitli devlet kurumları ve memurlarına kanun hükmünde karamamelerle verilen geniş kapsamlı takdir yetkileri kapsamında yapılan işlemlerden doğan sorumluluğun kaldırılması olarak da görülebilir. Bu yine tehlikeli bir mantık olup hukukun üstünlüğün aykırısıdır. Bir kişi, takdir yetkilerini makul bir çerçevede ve iyiniyetle kullanabilir. ancak aşağıda da açıklanacağı üzere olağanüstü hal kanun hükmünde karamameleri, son derece muğlak terimlerle ifade edilmiş olup bu karamameleri uygulayan devlet memurlarına nerdeyse kontrolsüz yetkiler vermektedir. Bu da, hukukun üstünlüğüne dayanan bir Devlette müsamaha gösterilemeyecek geniş ölçekteki suistimal riski yaratmaktadır.

Son olarak bu hüküm, kişilerin şahsına yönelik **cezai sorumsuzluk hali** olarak - başka bir ifadeyle, bu ‘Kanun Hükmünde Kararname kapsamında görevlerini yerine getirmiş’ şahıslara, açıkça yetkileri dışında hareket etmiş veya sınırlanamaz insan hakları yükümlülüklerini ihlal etmiş olsalar bile dokunulmazlık veriyormuş gibi- görülebilir (örneğin kötü muamele görmüş tutuklular). maksat bu olmasa bile bu şekilde algılanması mümkündür. Kanun hükmünde karamamelerle alınan tedbirlerin bazılarının, olağanüstü halin bitmesinden sonra da kalması beklendiğine göre, bu sorumsuzluk hali Türk hukuk düzeninin kalıcı bir özelliği hale gelebilir ki bu da şüphesiz kabul edilemez bir sonuçtur. Dolayısıyla Venedik Komisyonu, bu maddelerin kanun hükmünde karamamelerden çıkarılmasını ısrarla tavsiye etmektedir.” Bknz. Venedik Komisyonu 865/2016 no.lu Görüşü, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-tur), par. 97-100, E.T. 29.12.2020.

<sup>63</sup> Anayasa Mahkemesi aynı yöndeki bir başka kararı şu şekildedir: “178. 2937 sayılı Kanun’da MİT’e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde yapılan her türlü talep öncelikli olarak yerine getirilecek ve bu talepleri yerine getirenlerin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Aynı şekilde, MİT tarafından istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerden kimlikleri değiştirilenlerin, MİT’in görev ve faaliyetlerine yardımcı olanların ve istihbarat hizmetlerinde istifade edilenlerin, kamu görevlisi olup olmadıklarına bakılmaksızın, görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulmaları bir başka ifadeyle hukuki ve ceza sorumluluklarının doğması söz konusu olamayacaktır.

179. Kurullarla anılan kişilerin MİT’in istemi doğrultusunda yerine getirdiği her türlü talep, faaliyet, görev ve yardımlar, bu çerçevede olası kanun dışı hatta suç teşkil eden eylemler yönünden sorumlu olmayacaklarının öngörüldüğünün kabul edilmesi hâlinde kurulların başta hukuk devleti ilkesi olmak üzere birçok anayasal ilke ve kurala aykırılık teşkil edeceği açıktır.

180. Ancak kurulların lafzı ve yer aldığı Kanun’un diğer hükümleriyle birlikte taşıdığı anlam ve kapsam dikkate alındığında, kurullardan böyle bir sonuç çıkarmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

181. Zira Kanun’un 28. maddesinin birinci fıkrasındaki dava konusu kuralda, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın MİT’in tüm taleplerinin yerine getirileceği öngörülmemekte, sadece “Bu Kanun’da MİT’e verilen görev ve yetkiler çerçevesinde” yapılan taleplerin yerine getirileceği belirtilmektedir. Aynı şekilde Kanun’un ek 1. maddesinin ikinci fıkrasındaki dava konusu kuralda, 6. maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca istihbari faaliyetler için görevlendirilenlerin tüm fiillerinin değil,

leceğe yönelik eylemleri kapsayan m.37/1 bakımından sorumsuzluk tartışması yapılabilirse de, geçmişteki fiillere ilişkin olan dava konusu 2. fıkra bakımından sorumsuzluk değil ancak af söz konusu olabilir. Yukarıda belirttiğimiz üzere bu

*bu fiillerden sadece MİT'in görevleri kapsamında kalanlarının hukuki ve cezai sorumluluk doğurmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla Kanun'la MİT'e verilen görev ve yetkiler dışında MİT'in herhangi bir kişi veya kuruluştan talepte bulunması mümkün olmadığı gibi, MİT'in Kanun'da belirtilen görevleri dışında kalan fiiller yönünden herhangi bir kimseye hukuki ve cezai bağımsızlık tanınması da mümkün değildir. Kanun'da, MİT'e hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmediği ve verilemeyeceği açık olduğuna göre, dava konusu kurallar uyarınca MİT'in haksız fiil teşkil eden yasa dışı taleplerini veya suç teşkil eden taleplerini yerine getirenlerin ve MİT'e görev ve faaliyetlerinde yardımcı olanların haksız fiil teşkil eden eylemlerinden veya suç teşkil eden fiillerinden sorumlu olacaklarının ve kuralların buna engel olan bir yönünün bulunmadığının kabulü gerekir.*

*182. Aksi takdirde Anayasa ve kanunların hiç kimseye, bu çerçevede Cumhurbaşkanı, Başbakan, TBMM üyeleri ve konu bağlamında MİT'in görev ve yetkilerini doğrudan yerine getiren görevlilerine bile vermediği bir bağımsızlığı, MİT'in görevlendirdiği veya talepte bulunduğu kişilere tanıdığı kabul etmek gerekir ki bunun, başta kuralların yer aldığı Kanun'un genel mantığı olmak üzere hukuk anlayışı ve sistematigiyle bağdaştırılması olanaksızdır.*

*183. Dava konusu kuralların düzenlenme ihtiyacının, MİT'in görev ve yetkilerinin özelliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. MİT'e verilen yetki ve görevler, kural olarak yasaklanmış olan ancak Kanun'un verdiği açık yetki nedeniyle hukuka uygun hale gelen fiilleri içerebilmektedir. MİT görevlilerinin Kanun'da kendilerine verilen yetkiye istinaden birtakım faaliyetler yürütmesi, bu çerçevede örneğin 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bazı suçlara mahsus olmak üzere kural olarak gizli olan soruşturma dosyalarından bilgi ve belge istemeleri mümkün bulunmakta ve MİT görevlilerinin bu yetkilerini kullanma noktasında herhangi bir tereddütleri bulunmamaktadır. Ancak aynı durum, bu talepleri karşılamak zorunda olan kişiler yönünden, verilen örnek bağlamında soruşturma savcıları yönünden geçerli değildir. Zira soruşturma savcısının, 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi uyarınca bu bilgileri verme yükümlülüğü bulunduğu gibi 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca soruşturmanın gizliliğini sağlama zorunluluğu da bulunmaktadır. Dolayısıyla soruşturma savcısının kanunun kendisine yüklediği iki yükümlülüğün birini tercih etmesinin sorumluluğuna neden olabileceği, verilen örnek bağlamında anılan bilgilerin MİT'e verilmesi nedeniyle sorumlu tutulabileceği yönünde tereddütleri bulunabilir. Aynı şekilde yasa dışı bir terör örgütünün yapacağı olası eylemlerden önceden haber alınabilmesi amacıyla örgüte üye olan bir MİT görevlisinin "örgüte üye olma" fiilinin suç teşkil etmeyeceği açıktır. Ancak aynı durum kamu görevlisi sıfatı bulunmayan ve MİT'in görevlendirdiği kişiler yönünden bu ölçüde açık ve belirgin değildir. Kanun'un ek 1. maddesindeki kuralla MİT'in görevlendirdiği veya yardımını talep ettiği kamu görevlisi olmayan kişilerin de MİT'in görev ve yetkisi kapsamında kalan yardım ve faaliyetlerden tıpkı MİT görevlileri gibi sorumlu olmaması esasının sağlanmak istendiği anlaşılmaktadır. Sonuç itibarıyla, dava konusu kurallarla yapılan düzenlemelerin, bu gibi tereddütleri gidermeye yönelik olduğu anlaşılmakta olup bunların kuralların düzenleniş için makul nedenler olmadığı söylenemez.*

*184. Öte yandan, dava konusu kurallarla anılan kişilerin yerine getirdikleri talepler ile görev, faaliyet ve yardımları sebebiyle sorumlu tutulmalarının sebebi, bu kişilerin haksız fiil veya suç teşkil eden eylemlerine hukuki ve cezai bağımsızlık tanıyarak bunlara kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran özel bir imtiyaz ve ayrıcalık vermek değildir. Bunun nedeni, çeşitli gereklerle dayalı olarak Kanun'un hukuka uygunluk niteliği tanıdığı, dolayısıyla haksız fiil veya suç oluşturmayan görev ve faaliyetlerin bu kişiler tarafından herhangi bir endişe ve tereddüt duyulmadan yerine getirilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla dava konusu kurallarda, anılan görev ve faaliyetlerin yerine getirilmesi için tanınan hukuka uygunluk nedenine dayalı olarak tamamlayıcı bir sorumluluk hukuku kuralının düzenlenmesi söz konusu olup bunun eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır." Bknz. AYM, E. 2014/122, K. 2015/123, 30.12.2015, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2015/123?EsasNo=2014%2F122>, E. T. 29.12.20.*

düzenlemenin gerek kanunlaşma süreci (nitelikli çoğunluğun bulunmaması) gerekse içeriği (suç oluşturan fiiller bakımından cezaların kaldırılmasının söz konusu olmaması) itibariyle bir af kanunu olmadığı da açıktır. Mahkemenin kararda ifade ettiği üzere; darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında işlenen ve hukuka uygun olan fiiller suç teşkil etmediğinden, suç oluşturmeyen fiiller bakımından affin gündeme gelmesi de söz konusu olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi kararında; haksız fiillerin ve suç oluşturan fiillerin düzenlemenin kapsamında olmadığı, konusu haksız fiil veya suç oluşturan fiillerin icra edilmesi halinde sorumsuzluk öngörüldüğünün söylenemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak cezai sorumluluğun doğup doğmayacağı yalnızca suç oluşturan fiiller bakımından yapılabilecek bir değerlendirmedir. Zira, ceza; kanunda suç olarak düzenlenmiş fiiller sebebiyle suç işleyen kişi hakkında yargı makamlarınca hükmedilen bir yaptırımdır<sup>64</sup>. Diğer bir ifadeyle ceza; suçun karşılığı olarak devletin uyguladığı yaptırımdır<sup>65</sup>. Dolayısıyla, bir ceza yaptırımından ve bu anlamda bir ceza sorumluluğundan bahsedilebilmesi için, suç teşkil eden bir fiilin bulunması gerekmektedir. Mahkeme kararda, düzenlemenin kapsamına suç oluşturan fiillerin girmediğini ısrarla vurgulamaktadır. Bu durumda düzenlemede yer alan "... cezai sorumluluğu doğmaz" ifadesinin iptaline karar verilmesi gerekmekteydi. Zira, bu ifade suç oluşturan fiillerin de düzenleme kapsamında olduğu şeklinde anlaşılmasına müsaittir<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 824; İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 4.

<sup>65</sup> CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 539.

<sup>66</sup> Dönemin Başbakan Yardımcısı ve Hükümet sözcüsü Bekir Bozdağ, 668 sayılı KHK'ya ilişkin yaptığı açıklamada, düzenleme kapsamındaki fiillerin meşru müdafaa olduğunu belirtmiş, bununla birlikte düzenlemenin bir sorumsuzluk hali öngördüğünü de ifade etmiştir: "*Şimdi burada yapılan düzenleme ile resmi görevi olsun olmasın herhangi bir sıfatı olsun olmasın 15 Temmuz demokrasi destanını yazan darbecilere Türkiye'yi dar eden şehirlerimizin yakınları, gaziler de olabilir içinde ve gazilerimize onlar bakımından da hukuki, cezai ve idari bakımdan bir sorumsuzluk hali öngörülmektedir. Olay tamamıyla bununla ilgilidir. 2 maddeyi birlikte değerlendirmek lazım. 668 sayılı KHK'da getirilen kural bu maddenin birinci fıkrasını oluşturuyor. Yeni KHK ile bizim getirdiğimiz kural, bu maddenin ikinci fıkrasını oluşturuyor. İkisini beraber değerlendirmek lazım. O gece sadece vatandaşlarımız darbe teşebbüsünü engellemedi. 668 sayılı KHK'da polis ve askerlerimiz için bir muafiyet getirildi. Vatandaşımızın burada yaptığı meşru müdafaydı. Meşru müdafaa suç değildir. O günlerde bu konuda bir ihtiyaç olabilir, endişe eden olabilir diye bir düzenleme yapıldı. Vatandaşlarımız için yapılmadı. 15 Temmuz demokrasi destanını yazan şehit ve gazilerimize de sorumsuzluk hali öngörülmektedir. Olay tamamen bununla ilgilidir...*" Bknz. E. <https://www.hurriyet.com.tr/bozdag-bu-duzenleme-15-temmuz-onesi-ve-16-tem-40690848>, E. T. 29.12.2020. Dönemin Adalet Bakanı Abdulhamit Gül darbe fiillerine karşı duran sivillerin hukuki, idari sorumsuzluğuna yönelik bir düzenleme olduğunu ifade ettikten sonra şu açıklamayı yapmıştır: "... Vatandaşlarımız cumhuriyeti, devleti, bağımsızlığı koruyor ama o esnada bir takım fiili hukuki mala zarar verme olmuşa bunun hepsini devlet tazmin edecektir. Ama bunu vatandaştan almayı engelleyecek bir düzenleme söz konusudur, Türkiye hukuk devletidir. Asla bir işkenceyi, kötü muameleyi orada darbeyi önlemenin dışında başka fiiller varsa bu fiiller yargılama kapsamındadır. Hangi vatandaş darbe önleme dışında bir başkasına işkence etmişse, yanlış bir fiilde, haksız bir fiilde, hukuka aykırı fiilde bulunmuşsa bunlar da yargılanacaktır ama buradaki kapsam darbeyi

Kanaatimizce düzenlemede birinci fıkraya atfı yapılmamasıyla ortaya çıkan “*cezai sorumluluğu doğmaz*” ifadesi başka açılardan da isabetli değildir. “Cezai sorumluluğu doğmaz” ifadesi ancak gelecekte gerçekleşecek fiiller bakımından söz konusu olabilir<sup>67</sup>. Geçmişte işlenen fiiller bakımından “ceza verilmez” ifadesinin kullanılması gerekmektedir. “Ceza verilmez” ifadesinin kullanılması, düzenleme kapsamındaki fiillerin suç oluşturduğunu kabul etmek anlamına gelmez. Nitekim, TCK’da hukuka uygunluk nedenlerinin gerçekleşmesi halinde işlenen fiillerden dolayı faile “ceza verilmez” ifadesi kullanılmıştır.

TCK’da “ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler” başlığı altında düzenlenen hukuka uygunluk nedenleri; kanun hükmünün yerine getirilmesi (TCK m.24/1), meşru savunma (TCK m.25/1), hakkın kullanılması (TCK m.26/1) ve ilgilinin rızasıdır (TCK m.26/2). Bunlar; genel, soyut, herkes ve (uygun olması halinde) her suç bakımından geçerli olan kurallardır<sup>68</sup>. Bu anlamda geçmişte gerçekleşen bazı fiiller bakımından faillerin cezai sorumluluğunun olmadığına ilişkin bir düzenlemenin yeni bir hukuka uygunluk nedeni ihdas ettiği de söylenemez<sup>69</sup>.

Düzenleme kapsamındaki fiiller sebebiyle kişilerin cezai sorumluluğu doğmaz yani kişilere ceza verilmez demek; darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında hareket eden kişilerin meşru savunma ve kanun hükmünü icra kapsamında hareket ettiğinin peşinen kabul edilmesi anlamına da gelmez. Bu bağlamda, kararın 33. paragrafında yer alan: “*Kuralın öngördüğü bastırma kapsamındaki hareketlerin hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu sınırlar içinde kalan fiiller olması nedeniyle söz konusu fiillerin hukuk düzeniyle çeliştiği söylenemez*” açıklaması, bastırma kapsamındaki her fiilin doğrudan hukuka uygun olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Burada; fiilin düzenleme kapsamında olabilmesi için hukuka uygunluk nedenlerinin sınırları içerisinde kalması gerektiği ifade edilmektedir. Nitekim kararda da belirtildiği üzere; dava konusu kural bir

---

önlemeye yönelik fiiller kapsamındadır, tarih de 15 Temmuz, 16 Temmuz'dur.” Bknz. E. <https://www.aa.com.tr/tr/gunun-basliklari/duzenleme-15-temmuz-ve-16-temmuzdaki-darbe-girisiminin-puskurtulmesiyle-ilgili/1014435>, E. T. 29.12.2020.

<sup>67</sup> TCK’da “cezai sorumluluğu yoktur” ifadesi yalnızca kusurluluğu kaldıran yaş küçüklüğünün hukuki sonucu olarak düzenlenmiştir (TCK m.31/1).

<sup>68</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 274.

<sup>69</sup> Dönemin Başbakan Yardımcısı ve Hükümet sözcüsü Bekir Bozdağ, 668 sayılı KHK’ya ilişkin yaptığı açıklamada, düzenleme ile bir hukuka uygunluk nedeni getirildiği şeklinde bir ifade kullanmıştır. Ancak devamındaki cümlelerden bu ifadenin sehven kullanıldığı, düzenlemenin zaten hukuka uygun olan fiilleri kapsadığı şeklinde bir anlam ortaya çıkmaktadır: “... *Darbecilere karşı mücadele eden demokrasiyi koruyan bir düzenleme yapıyoruz. Hukuka uygunluk nedeni olarak tanzim ediyoruz. Bu düzenleme olmasa dahi 15 Temmuz’u engellemek için sokağa çıkan vatandaşlarımızı hiç kimse suçlu ilan edemez. Hiçbir savcı da soruşturma başlatmayı aklının ucundan geçirmez.*” Bknz. E. <https://www.hurriyet.com.tr/bozdag-bu-duzenleme-15-temmuz-oncesi-ve-16-tem-40690848>, E. T. 29.12.2020.

yargılama engeli getirmemektedir. Haksızlık oluşturduğu iddia edilen fiiller bakımından; fiilin darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında işlenip işlenmediği ve meşru savunma gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunmadığı belirlenmelidir. Yapılan değerlendirme sonucunda fiile ilişkin varılan sonucun anılan kapsamda olmadığı veya bunun sınırlarını aştığının tespit edilmesi hâlinde sorumluluğun gündeme geleceği ifade edilmiştir (par. 32)<sup>70</sup>.

<sup>70</sup> Anayasa Mahkemesi aynı yöndeki bir başka kararı şu şekildedir: "131. Kurala göre 6749 sayılı Kanun kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin bu görevleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Kanun'da belirtilen söz konusu karar ve görevler incelendiğinde bunların olağanüstü halin ilanına neden olan koşulların ortadan kaldırılmasına yönelik tedbirlere ilişkin olarak verilen kanuni yetkilerin icra edilmesinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır.

132. Kanunların verdiği yetkinin kullanılması ya da kanunlarca verilen görevlerin yerine getirilmesi veya bu kapsamda kararlar alınması, hukuk sistemimizce hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Bir fiilin hukuka uygunluğu onun hukuk sisteminin tamamıyla uyumlu olduğunu gösterir. Bu durum hukukun bütünlüğü ilkesinin bir sonucudur. Bu nedenle hukuka uygun bir fiil nedeniyle onu icra edenlerin sorumluluğu söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle hukuka uygun bir fiili gerçekleştirenlere hukuki, idari, mali ve cezai sorumluk yüklenemez. Kanunla verilmiş olan bir görevin yerine getirilmesi ya da bu kapsamda bir karar alınması, kişiye verilmiş bir görevken aynı zamanda bu görevin yerine getirilmesinin hukuka aykırılık oluşturması çelişkiye sebep olur. Bu nedenle kişilerin kanunlarca verilmiş olan görevleri kanuni usul ve esaslara uygun olarak yerine getirmeleri ya da bu kapsamda karar almaları sonucunda hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluklarının doğmaması tabiidir.

133. Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurguladığı üzere demokratik ülkelerde olağanüstü yönetim usulleri hukuku dışlayan, keyfî yönetim anlamına gelmez. Olağanüstü yönetimler kaynağını Anayasa'da bulan, anayasal kurallara göre yürürlüğe konulan, yasama ve yargı organlarının denetiminde varlıklarını sürdüren rejimlerdir.

134. Bu bağlamda kural bir yargılama engeli getirmemektedir. Haksızlık oluşturduğu ileri sürülen fiiller için yapılacak incelemede söz konusu fiilin kural bağlamında görev gereği ya da görevden kaynaklanıp kaynaklanmadığının değerlendirileceği kuşkusuzdur. Bu değerlendirme sonucunda varılan sonucun görevle ilgili olmadığı ya da bunun sınırlarını aştığının tespit edilmesi hâlinde sorumluluk gündeme gelecektir. Kanun'da belirtilen kişilere hukuka aykırı, haksız fiil veya suç işleme görev veya yetkisinin verilmediği ve verilemeyeceği açık olduğuna göre kuralın haksız fiil veya suç teşkil eden eylemleri kapsamadığı tartışmasızdır.

135. Dava konusu kuralın düzenlenme ihtiyacının, Kanun'da verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu görevlerin önemli bir kısmı olağanüstü hal dönemiyle sınırlı ve olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlerin icrasına yöneliktir. Bu tedbirlerin anılan niteliği dikkate alındığında bunlara ilişkin olarak verilen görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda dava konusu kurala kanun koyucunun olağanüstü hâlin sebeplerinin ortadan kaldırılmasında görevlilerin çalışmalarında başarılı olmalarını, çekinmeden görev yapmalarını ve bu suretle bir an önce olağan döneme geçilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

136. Öte yandan kurala Kanun kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerin yerine getirdikleri görev ve kararları nedeniyle sorumlu tutulmamalarının nedeni bu kişilerin haksız fiil veya suç teşkil eden eylemlerine hukuki ve cezai bağışıklık tanıyarak bunlara kendileriyle aynı durumda bulunan kişilere nazaran özel bir imtiyaz ve ayrıcalık tanımak değildir. Bunun nedeni olağanüstü hal dönemiyle sınırlı ve olağanüstü halde alınması gereken dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlerin icrasına yönelik görevlerin herhangi bir endişe ve tereddüt duyulmadan yerine getirilmesini sağlamaktır. Dolayısıyla söz konusu kuralın eşitlik ilkesini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır." Bknz. AYM, E. 2016/205, K. 2019/63, 24.07.2019, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2019/63?EsasNo=2016%2F205>, E. T. 27.12.2020.

Her ne kadar kararda: “Öncelikle haksızlık oluşturduğu iddia edilen fiilin dava konusu düzenlemenin kapsamında olup olmadığına değerlendirileceği ve ardından olayda meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığının değerlendirileceği” ifade edilmiş ise de; eğer fiil hukuka uygunluk nedeni kapsamında kalmış ise zaten bir suç teşkil etmeyeceğinden cezai sorumluluğun doğması da söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla fiilin düzenleme kapsamında olup olmadığına değerlendirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Bastırma kapsamındaki fiiller; darbe teşebbüsü ve terör eylemlerine katılan kişilerin eylemlerinin önlenmesi, bu kişilerin etkisiz hale getirilmesi, yakalanması ve sivil kişiler bakımından yetkili mercilere teslim etmek amacıyla tutulmasını ifade eder. Kolluk görevlileri bakımından darbe teşebbüsü ve terör suçlarının önlenmesi ve suçluların yakalanması, sivil kişiler bakımından ise CMK m.90<sup>71</sup> hükmü uyarınca yakalamanın yapılması kanun hükmünü icra<sup>72</sup> hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilecektir. Bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için; kanunla kişiye yetki verilmiş olması ve bu yetkinin kanunda yer alan sınırlara uygun olarak kullanılması gerekmektedir<sup>73</sup>. Bu sınırların kasten aşılması durumunda hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamaz. Kanunun öngördüğü yetki sınırlarının kast olmaksızın aşılması halinde ise; fiil taksirle işlendiğinde cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur (TCK m.27/1). Bu bağlamda, darbe teşebbüsü fiilleri devam ettiği müddetçe suçüstü halinin varlığı durumunda veya suçüstü fiilinden dolayı izlenen kişinin kaçma olasılığının bulunması yahut hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması halinde herkes tarafından yakalama yapılabilecektir. Ancak yakalamada kullanılan güç şüpheliyi etkisiz hale getirecek ve kaçmasını önleyecek ölçüde olmalı, yakalamanın ardından derhal kolluğa haber verilmeli ve şüpheliler kolluğa teslim edilmelidir.

Darbe teşebbüsüne karşı meşru savunma hükümlerinin tatbikini ele alacak olursak; bireysel haklara yönelik saldırılar bakımından bir tartışma bulunmamakla birlikte, haksız saldırının kamusal bir hakka yönelik olması halinde meşru savunma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı meselesi öğretide tartışmalıdır.

<sup>71</sup> CMK m.90'a göre: “(1) Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir:

a) Kişiye suçu işlerken rastlanması.

b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması.”

<sup>72</sup> TCK m.24'e göre: “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.”

<sup>73</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 275.

Öğretide ağırlıklı olarak meşru savunmanın bireysel hukuki menfaatler bakımından söz konusu olabileceği kabul edilmektedir<sup>74</sup>. Buna göre; yalnızca kamusal hukuki menfaatleri etkileyen haksız saldırılar meşru savunmanın kapsamına girmemektedir<sup>75</sup>. Bununla birlikte, kamusal hukuki menfaatlere yönelik saldırıların doğrudan bireysel menfaatleri de etkilemesi durumunda meşru savunmanın mümkün olabileceği ifade edilmektedir<sup>76</sup>. Dolayısıyla darbe teşebbüsü sırasında

<sup>74</sup> Meşru savunma hükümlerinin uygulanabilmesi için bireysel değerlere karşı bir saldırının varlığı gerekir. Kamu düzenine veya hukuk düzenine yönelik saldırıların önlenmesi devletin görevi olduğundan kamuya ait hukuksal değerler meşru savunmanın kapsamına girmemektedir. Açıklama için bkznz. HAKERİ, s. 323; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 247; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 499. Aynı yönde, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 282; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 246; ÜNVER; s. 991; MüKoStGB/Erb StGB § 32 Rn. 84. Kamu düzeninin ve toplumsal menfaatlerin korunması münhasıran devlet organlarının görevi olduğundan meşru savunmaya konu olmayacaktır. Hiçbir bireysel hakkın tehdit edilmediği durumlarda meşru savunma hükümlerinin uygulanmasına imkan tanımak, vatandaşlar arasında bir mücadeleye sebebiyet verebileceğinden, kamu barışını koruma işlevini tersine çevirebilecektir. Açıklama için bkznz. MüKoStGB/Erb StGB § 32 Rn. 100. Meşru savunmanın kapsamının kamusal menfaatleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi halinde; kamusal menfaatlerin savunulması adı altında saldırganların onurunu zedeleyecek ve kamu düzenini bozabilecek davranışlar ortaya çıkabilir. Açıklama için Bknz. APAYDIN, s. 72. Meşru savunma hakkı, bireylerin suçla mücadele etmesi ve suçları önlemesi amacıyla verilmemiştir; (ehliyetsiz araç kullanma, pornografik yayınların sergilenmesi ya da fuhuş gibi) hukuk düzenine veya kamu düzenine ya da toplumsal hukuki menfaatlere karşı işlenen suçlarda meşru savunma hükümleri uygulanmayacaktır. Açıklama için bkznz. SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON/EISELE StGB § 32 Rn. 8; NK-StGB/URS KINDHÄUSER StGB § 32 Rn. 46,49. Bununla birlikte, kamu düzenine ya da toplumsal hukuki menfaatlere karşı işlenen suçlarda herkes tarafından yapılabilen yakalamaya ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. Açıklama için bkznz. NK-StGB/URS KINDHÄUSER StGB § 32 Rn. 47.

<sup>75</sup> Her ne kadar kamusal menfaatlerin meşru savunmanın kapsamına dahil olmadığı ifade ediliyor ise de bireysel hukuki menfaatlerin taşıyıcısı olarak kamu tüzel kişiliklerinin meşru savunma kapsamında bir saldırının hedefi olabileceği ve bu durumda üçüncü kişi lehine meşru savunmanın mümkün olabileceği ihtimali dışlanmamalıdır. Özellikle kamuya ait malvarlıkları, malın zarar görmesine ve çalınmasına karşı, meşru savunma hukuku ilkelerine göre herkes tarafından savunulabilir. MüKoStGB/Erb StGB § 32 Rn. 102. Lehine savunma yapılan üçüncü kişi bir tüzel kişi de olabileceğinden, devlete ait olan mallar bakımından da meşru savunma yapılabilecektir. Açıklama için bkznz. SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON/EISELE StGB § 32 Rn. 6. Öğretide kamuya ait mallar bakımından meşru savunmayı dar yorumlayan görüşler de bulunmaktadır. Yalnızca sokak lambaları, elektrik direkleri, banklar gibi mülkiyeti kamuya ait olup da aynı zamanda bireylerin aktüel olarak ve doğrudan doğruya yararlandıkları menfaatlere yönelik saldırıların meşru savunmaya konu olabileceğine ilişkin görüş için bkznz. ARTUK/ GÖKCEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 500. Devlete ait ormanın benzinle yakılmak üzere olması örneğinde olduğu gibi haksızlık içeriğinin ağır olduğu ve o anda devlet organlarına ulaşmanın mümkün olmadığı acil hallerde meşru savunmanın mümkün olabileceğine ilişkin görüş için bkznz. KARTAL, s. 70-71. Diğer yandan, devlet sembollerine yönelik suçlarda, (Neo-Nazi propagandası vesilesiyle devlet bayrağının yakılmasında olduğu gibi) saldırı sadece vatanseverliğini ihlal etmekle kalmayıp aynı zamanda cumhuriyete ve demokratik anayasal devlete karşı bir tehdit oluşturuyor ise; bu durumda vatandaşın müdahale etme hakkı olduğunu savunan bir görüş de bulunmaktadır. NK-StGB/URS KINDHÄUSER StGB § 32 Rn. 46.

<sup>76</sup> ÜNVER, s. 991. Trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması yahut sağlığa zararlı atıklarla çevrenin kirlenmesi örneklerinde olduğu gibi, toplumsal hukuki menfaatlere yönelik saldırı aynı zamanda bireysel menfaatleri de doğrudan etkiliyorsa, meşru savunma hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bireysel menfaatlerin etkilenmediği ya da haksız fiilin savunmayı gerekli kılabileceği ölçüde



gerçekleştirilen (güç ya da silah kullanma, yakalama veya tutma gibi) hukuka aykırı eylemler<sup>77</sup> gerçek kişilerin hukuki menfaatlerini tehdit ettiği takdirde meşru savunma hükümleri uygulanabilecektir<sup>78</sup>. Esasen darbe teşebbüsleri çoğu zaman fiili bir kalkışma şeklinde cereyan etmekte; yürütme ve yasama organı mensupları ile darbeye mukavemet gösteren sivil halka karşı bir güç kullanımı söz konusu olmaktadır. Bu durumda şartlarının gerçekleşmesi ve ölçülülüğün aşılmaması kaydıyla, üçüncü kişi lehine meşru savunma mümkündür.

Darbe teşebbüsünün fiili bir kalkışma olmaksızın, muhtıra yayınlamak gibi zorlayıcı yöntemlerle icra edilmesi halinde ise; gerçek kişiler bakımından gerçekleşen yahut gerçekleşmesi muhakkak haksız bir saldırı söz konusu olmayabilir. Bu gibi durumlarda devlet lehine meşru savunma yapıp yapılamayacağı meselesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre devletin hayati menfaatlerinin tehdit edilmesi durumunda, yetkili devlet organları çağrılmıyor veya çağrılabilse dahi müdahale edemiyor ise meşru savunma hükümleri uygulanabilir<sup>79</sup>. İştirak ettiğimiz diğer görüşe göre ise; devlete yönelik saldırılar bireysel menfaatleri ihlal etmediği takdirde<sup>80</sup>, devletin hayati menfaatleri tehdit altında olsa dahi meşru savunma hü-

olmadığı durumlarda ise kişilerin müdahale etme hakkı bulunmamaktadır. Açıklama için bkz. SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON/EISELE StGB § 32 Rn. 8, 9; ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 500.

<sup>77</sup> Burada ifade etmemiz gerekir ki; darbe teşebbüsü eylemlerine iştirak eden askerler, üstleri tarafından verilmiş bir bağlayıcı emri yerine getirdiklerini iddia ediyor olsalar dahi, konusu suç teşkil eden bağlayıcı emre hiçbir surette cevaz verilmediğinden (TCK m.24/3), meşru savunma kapsamında haksız bir saldırı söz konusu olacaktır.

<sup>78</sup> Devlete yönelik bir saldırı aynı zamanda gerçek kişileri de tehdit ediyorsa veya bu saldırıya karşı görevini yerine getiren bir kolluk görevlisi tehdit altında ise; bu durumda üçüncü kişi lehine meşru savunma hükümleri uygulanabilecektir. Açıklama için bkz. NK-StGB/URS KINDHÄUSER StGB § 32 Rn. 46.

<sup>79</sup> Meşru savunma esasen, devletin iktidar araçlarıyla her yerde mevcut olamayacağı düşüncesiyle, genellikle savunmasız bir durumda kalan bireylere tanınmış bir haktır. Devletin yasal çıkarlarına yönelik saldırılarda ise, genel olarak, devletin kendisini organları aracılığıyla etkin bir şekilde koruyabileceği varsayılabilir. Aksi takdirde meşru savunma yoluyla herkesin yardımcı bir polis olarak hareket etmesine imkan tanınması, güç kullanımındaki devlet tekelini bağdaştırmayacaktır. Bununla birlikte, kapsamı sınırlı olmak kaydıyla, devletin hayati menfaatleri tehdit edildiğinde ve yetkili devlet organları çağrılmadığında veya müdahale edilemediğinde durum farklıdır. Önemli devlet sırları aleyhine casusluk yapan kişinin önlenmesi gibi, devletin hayati menfaatleri bakımından ciddi zarar tehlikesi söz konusu olduğu ve devletin organları aracılığıyla kendisini koruyamadığı durumlarda üçüncü kişi lehine meşru savunma mümkün olabilecektir. Açıklama için bkz. SCHÖNKE/SCHRÖDER/PERRON/EISELE StGB § 32 Rn. 6, 7.

<sup>80</sup> TCK m.306/6'ya göre; "*Bu madde hükümleri, fiili savaş halinde ülke topraklarının tamamını veya bir kısmını işgal eden yabancı devlet kuvvetlerine karşı meşru müdafaa amaçlı direniş hareketleri hakkında uygulanmaz.*" Her ne kadar kanun koyucumuz TCK m.306'da düzenlenen yabancı devlet aleyhine asker toplama suçunda meşru müdafaa hükümlerinin uygulanabileceğini kabul ederek kamuya ait değerlere ilişkin saldırılara karşı meşru savunma yapılabileceğini kabul etmiş ise de; özel bir meşru savunma hali olarak tanzim edilen bu hüküm öğretide istisnai bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir. Açıklama için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 282. Bu nedenle söz konusu hükümden hareketle Türk Hukukunda devlete lehine meşru savunmanın kabul edildiği sonucuna varılmamalıdır.

kümleri uygulanmamalıdır<sup>81</sup>. Esasen devletin hayati menfaatlerini tehdit eden saldırılar, suçüstü halinde herkese yakalama yetkisi veren CMK m.90 hükmünün tatbikiyle önlenabilir. Ancak muhtıra yayınlanması gibi fiili kalkışmaya dönüşmemiş bir darbe teşebbüsüne karşı CMK m.90 hükümleri uygulanamayacağı gibi meşru savunma hükümleri de uygulanamaz. Çünkü bu durumda, bireysel hukuki menfaatlerin etkilenmemesi bir yana, meşru savunmaya elverişli<sup>82</sup> bir saldırı dahi söz konusu olmayacaktır. Bu gibi saldırıların devletin idari organları marifetiyle savuşturulması gerekmektedir.

Bütün bu değerlendirmeler ışığında, darbe teşebbüsü ve terör eylemleri sırasında kişilere yönelik haksız bir saldırının varlığı halinde, bu saldırıları önlemeye matuf fiiller hem kolluk görevlileri hem de sivil kişiler bakımından meşru savunma hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu hukuka uygunluk nedeninin uygulanabilmesi için; bir hakka yönelmiş “mevcut veya gerçekleşmesi ya da tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırının” bulunması, o andaki hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı bir şekilde defetme zorunluluğu ile hareket edilmesi gerekir (TCK m.25/1).

Meşru savunmada sınırın kasten aşılması durumunda hukuka uygunluk nedeninden yararlanılamaz. Ancak, meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise kişinin kusurlu olmadığı kabul edilmekte ve faile ceza verilmemektedir (TCK m.27/2). Meşru savunmada sınırın kast olmaksızın aşılması halinde ise; fiil taksirle işlendiğinde cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altında birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur (TCK m.27/1).

Öyleyse, fiilin düzenleme kapsamında olduğunun kabul edilebilmesi için; darbe teşebbüsü ve terör eylemlerine katılan kişilerin eylemlerinin önlenmesi, bu kişilerin etkisiz hale getirilmesi, yakalanması ve tutulması fiillerinde hukuka uygunluk sınırının kasten ya da taksirle aşılmamış olması gerekir. Aksi takdirde,

<sup>81</sup> Devletin yüksek menfaatlerinin tehlikede olduğu durumlarda meşru savunma hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin bir istisna getirilmesine ihtiyaç bulunmamakta; bu gibi durumlarda direnme hakkı, zorunluluk hali ve herkes tarafından yapılabilen yakalamaya ilişkin hükümlerinin uygulanmasının yeterli olduğu ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. MüKoStGB/Erb StGB § 32 Rn. 101. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m.20/4'e göre; “*Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.*” Kapsamı devlet düzeninin ortadan kaldırılmasına yönelik saldırılarla sınırlı olan bu hüküm; anayasada teminat altına alınmış bir devlet lehine meşru savunma hali olarak değerlendirilmektedir. Açıklama için bkz. NK-StGB/URS KINDHÄUSER StGB § 32 Rn. 48.

<sup>82</sup> Kamu düzeninin korunması devlete ait bir görev olduğundan kamuya ve devlete ait menfaatlerin korunması meşru savunma açısından elverişli değildir. Adli ve idari makamların görev alanına giren bu tip hususlarda kişiler ilgili makamları haberdar etmekle yetinmelidir. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 499-500. Bazı saldırılar meşru savunma bakımından elverişli değildir. Örneğin; hakaret fiiline karşı meşru savunmanın uygulanabileceğini söylemek güçtür. Açıklama için bkz. ÖZGENÇ, s. 370.

kasıtlı veya taksirli suçlardan dolayı cezai sorumluluk gündeme gelecektir. Bu bakımdan, darbe teşebbüsü ve terör eylemlerine katılan kişiler yakalanıp etkisiz hale getirildikten sonra, kaçmalarını engellemek dışında bir güç kullanımı hukuka aykırı olacaktır. Fiilin hukuka aykırı olması halinde ise; söz konusu düzenlemenin uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

#### 4. Sonuç

Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararının, söz konusu düzenlemenin 696 sayılı KHK ile getirilmesinden yaklaşık üç yıl sonra yayınlanmış olması ve bu süre içerisinde bir sorumsuzluk düzenlemesi veya yargılama engeli olarak anlaşılmaya müsait bir şekilde uygulanmış olması dikkate alındığında; belirlilik ilkesine aykırılık olmadığı gerekçesiyle, iptal talebinin reddine karar verilmesinin isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

Bununla birlikte, mahkeme tarafından iptal edilmeyen söz konusu düzenleme mevcut haliyle şu şekilde anlaşılmalıdır: "15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile '15/7/2016-16/7/2016 tarihlerinde gerçekleştirilen' bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler bakımından, 'söz konusu eylemler hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarını aşmadığı takdirde' kişilerin hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunun doğmayacaktır." Dolayısıyla hukuka uygun olmayan fiiller, düzenleme kapsamına girmeyecektir.

Her ne kadar kararda aksi yönde bir değerlendirme ifade edilmiş ise de; hukuka uygunluk nedenlerinden birinin şartları oluştuğunda, ayrıca fiilin düzenleme kapsamında olup olmadığını araştırmaya ihtiyaç yoktur. Diğer bir deyişle, hukuka uygun olan fiilin düzenleme kapsamında olup olmamasının bir önemi yoktur. Bu nedenle, ceza muhakemesi bakımından herhangi bir etkisi olmayan bu düzenlemeye ihtiyaç da bulunmamaktadır.

Bize göre, söz konusu düzenleme yerine darbe teşebbüsünün bastırılması kapsamında işlenen taksirli suçlara ilişkin bir af kanunu çıkarılması daha isabetli olurdu. Bu bağlamda; "15-16 Temmuz 2016 tarihlerinde, darbe teşebbüsü ve terör eylemlerinin bastırılması kapsamında hareket eden kişilerin hukuka uygunluk nedenlerinde sınırı taksirle aşmaları halinde ceza verilmez" şeklinde bir af kanunu çıkarılabilirdi. Böylece hem darbe teşebbüsünün bastırılması kapsamındaki eylemlere hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanması ihtar edilmiş hem de darbeye karşı duran kişilerin taksirli suçlara ilişkin endişeleri giderilmiş olurdu.

## Kaynakça

- AKBULUT**, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ankara, 2019.
- APAYDIN**, Cengiz, *Meşru Savunma*, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara 2020.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, Mehmet Emin/ **ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 14. Baskı, Ankara, 2020.
- AYGÜN EŞİTLİ**, Ezgi, Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 104, 2013, ss. 225-246.
- CAN**, Osman, Belirlilik İlkesine Anayasal Bir Bakış, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, Sayı: 1-2, 2005, ss. 89-125.
- CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide/ **ÇAKMUT**, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayıncılık, 11. Bası, İstanbul 2020.
- DEMİRBAŞ**, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 14. Bası, Ankara 2019.
- DÖNMEZER**, Sulhi/**ERMAN**, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. III, Beta Yayınevi, 12. Bası, İstanbul 1997.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, USA Yayıncılık, Ankara, 2019.
- HAKERİ**, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, 22. Baskı, Ankara, 2019.
- İÇEL**, Kayıhan/**SOKULLU-AKINCI**, Füsün/**ÖZGENÇ**, İzzet/**SÖZÜER**, Adem/**MAHMUTOĞLU**, F. Selami/**ÜNVER**, Yener, *İçel Yaptırım Teorisi*, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2000.
- JOECKS**, Wolfgang/**MIEBACH**, Klaus, *Münchener Kommentar zum StGB*, 4. Auflage, 2020.
- KANGAL**, Zeynel T., Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 17, Aralık 2011, s. 61-106.
- KARTAL** Melik, *Meşru Savunmanın Hukuki Esası Bağlamında Gerekliklik ve Orantılılık*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- KEYMAN**, Selahattin, *Türk Hukukunda Af (Genel Af- Özel Af)*, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1965.
- KINDHÄUSER** Urs/ **NEUMANN** Ulfrid/ **PAEFFGEN** Hans-Ullrich, *Strafgesetzbuch*, 5. Auflage, 2017.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 13. Bası, Ankara 2020.
- KOLCU**, Selahattin, Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesinin Unsuru Olan Belirlilik İlkesi, *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 76, s. 11-22.
- ÖNDER**, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II-III*, İstanbul, 1992.

- ÖZBEK**, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi Cilt: 1*, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, 2010.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 11. Bası, Ankara 2020.
- ÖZEK**, Çetin, Umumi Af, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. 24, sayı. 1-4, s. 118-175.
- ÖZGENÇ**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 16. Bası, Ankara 2020.
- ÖZTÜRK**, Bahri/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 18. Baskı, Ankara, 2018.
- SCHÖNKE**, Adolf/ **SCHRÖDER**, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 30. Neue Bearbeitete Auflage, München, 2019.
- SOYASLAN**, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 9. Baskı, Ankara, 2020.
- SÖZÜER**, Adem, Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilmeye ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği ile Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2001, s. 219-253.
- ÜNVER**, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.



# 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının Tarafsızlığı ve Konumu<sup>(\*)</sup>

According to 1982 Constitution Impartiality and Position of the President

Arş. Gör. **Mehmet AKGÜL**<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

Parlamenter sistemde cumhurbaşkanı tarafsız ve tüm partilere eşit mesafededir. 1982 Anayasası ilk yürürlüğe girdiği haliyle parlamenter hükümet sisteminin özelliklerini barındırmaktaydı. Ancak 2007 ve 2017 anayasa değişiklikleri ile birlikte hükümet sisteminde köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu sebeple hükümet sistemi "cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi" olarak adlandırılan başkanlık hükümet sistemine dönüşmüştür. Bu durumda cumhurbaşkanının konumunda da köklü değişikliğe gidilmiş ve cumhurbaşkanı doğrudan yürütme organı halini almıştır. Cumhurbaşkanının tarafsızlığı ilkesi ise sona ermiş, partili bir cumhurbaşkanı yeni sistemde etkin rol oynamaya başlamıştır.

## Anahtar Kelimeler

Parlamenter Sistem, Başkanlık Sistemi, Cumhurbaşkanlığı, Tarafsızlık, Devlet Başkanı.

## Abstract

The President is impartial in the parliamentary system and at equal distance to all political parties. The 1982 Constitution, as it first came into force, contained the features of the parliamentary government system. Along with the constitutional amendments in 2007 and 2017, radical changes were made in the governmental system. The governmental system has evolved into the presidential government system called the "Turkish Type Presidential Government System". In this case, a radical change was made in the position of the president and the president became a direct executive body. The principle of impartiality of the president has come to an end and a party president has started to play an active role in the new system.

## Keywords

Parliamentary System, Presidential System, President, Impartiality, Head of State.

(\*) Makale geliş tarihi: 31.01.2021 - Makale kabul tarihi: 05.04.2021.

(\*\*) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.  
E-posta: mehmetakgul@sakarya.edu.tr.  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-7154-6164>.

## Giriş

Parlamentar hükümet sisteminin sağlıklı işleyebilmesi için devlet başkanlığı konumunda bulunan cumhurbaşkanının tarafsız konumda olması gerekmektedir. Bundan dolayı parlamenter sistemde ideal devlet başkanının ilk ortaya çıktığı İngiltere’de olduğu gibi herhangi bir sorumluluğu bulunmayan bir devlet başkanı olması gerekmektedir. Herhangi bir seçim ile göreve gelmemesi ve görevden alınmaması nedeniyle burada devlet başkanının tüm parti ve kurumlara eşit mesafede olması beklenmektedir<sup>1</sup>. Böylece devlet başkanının tarafsızlığının sağlanacağı kabul edilmektedir.

Parlamentar sistemi benimseyen cumhuriyetlerde devlet başkanlığı makamında bulunan cumhurbaşkanı seçim ile göreve gelmektedir. Bu sistemde cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamak için çeşitli mekanizmalar öngörülmüştür. Yasama organı ile cumhurbaşkanın görevleri için farklı sürelerin olması, cumhurbaşkanının tekrar seçilmesini engelleyen hükümlerin bulunması, varsa partisi ile ilişkisinin kesilmesi, milletvekilliği sıfatının sona ermesi gibi hükümler tarafsızlığı sağlamaya dönük düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>2</sup>.

1982 Anayasası yürürlüğe girdiği ilk haliyle parlamenter sistemi benimseyen bir cumhuriyet niteliğini haiz bir hükümet sistemi öngörmekteydi. Burada da cumhurbaşkanı devlet başkanlığı makamında olup tarafsız bir niteliğe sahipti. Ancak 2007 ve 2017 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile birlikte hükümet sisteminin niteliği önemli ölçüde değişmiştir. Son anayasa değişikliği ile birlikte sistem başkanlık hükümet sisteminin özelliklerinin ön plana çıktığı bir sistem haline almıştır. Söz konusu değişikliklerle 1982 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği ilk halinde yer alan cumhurbaşkanının tarafsızlığı ilkesinden uzaklaşmış, cumhurbaşkanı yürütmenin merkezi konumuna geçişi aşama aşama gerçekleşmiştir. Bu geçiş 2007 anayasa değişikliği ile başlamıştır. En dikkat çeken değişiklik cumhurbaşkanının halk tarafından seçilecek olmasıdır. Böyle bir durumun cumhurbaşkanının konumunu daha da güçlendireceği<sup>3</sup>, cumhurbaşkanının hükümet işlerine daha fazla müdahalede bulunmasına yola açacağı ve hakem sıfatından bir anlamda uzaklaşacağı değerlendirmelerinin yapılmasına yol açmaktadır<sup>4</sup>. Ancak 2007 anayasa değişiklikleri ile birlikte 1982 Anayasası’nın “Cumhurbaşkanının Sorumluluğu ve Sorumsuzluğu” kenar başlıklı 105. maddesinde ve karış-imza

<sup>1</sup> Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016, s. 325.

<sup>2</sup> Id, s. 327.

<sup>3</sup> Hüseyin Gül, “1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Cumhurbaşkanlığı’nın Denge-Denetleme Makamı Olarak Analizi”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 2, 2018, s. 126.

<sup>4</sup> Bülent Yavuz, “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 12, S. 1-2, 2008, s. 1193.



kuralında herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. 2017 anayasa değişikliğinde ise parlamenter hükümet sisteme has uygulamalara son verilmiş, yürütmenin tek kişiden oluştuğu başkanlık hükümet sistemi uygulama alanı bulmuştur.

## 1. Parlamenter Cumhuriyette Cumhurbaşkanı

Parlamenter sistem kuvvetlerin yumuşak ayrılığına dayanan ve iki başlı bir yürütme yapısı öngören bir hükümet sistemidir<sup>5</sup>. Bir tarafta sembolik yetkilere sahip cumhurbaşkanı bulunurken, diğer tarafta yürütmeyi etkin bir şekilde kullanan bakanlar kurulu bulunmaktadır. Parlamenter sistemde, yürütmenin görevine başlaması ve devam edebilmesi için yasamanın güvenine ihtiyaç vardır. Burada kastedilen husus, hükümeti çoğunluğun kurmasıdır. Bununla birlikte bakanlar kurulu ile parlamento çoğunluğunun birbirinden ayrı ve bağımsız olduğu düşüncesi tamamen bir varsayıma dayanmaktadır<sup>6</sup>.

Parlamenter sistemde yasama ile yürütme arasında organik işbirliği vardır. Başta cumhurbaşkanı olmak üzere, başbakan ve bakanların oluşumunda yasama organının büyük bir rolü bulunmaktadır. Genelde yasamanın içinde çoğunluğu sağlayan partinin genel başkanının yürütmenin sorumlu kanadını oluşturması öngörülmektedir. Bu sistemde bir kişi hem yasamada yer alıp hem yürütme organı içerisinde yer alabilir<sup>7</sup>. Yine, parlamentonun onayını almak suretiyle bakanların dışarıdan atanması da mümkündür.

Parlamenter monarşide hükümdar çoğunlukla irsi yolla belirlenir. Parlamenter cumhuriyette, parlamenter monarşiden farklı olarak devlet başkanı belli bir süre için parlamento tarafından seçilir. Yine parlamenter monarşide olduğu gibi siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır. Parlamenter cumhuriyette cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğunun olmaması tarihsel köken olarak İngiliz parlamenter monarşisine dayanmaktadır. Devlet başkanının herhangi bir sorumluluğunun olmaması da sistemin sağlıklı işleyebilmesi için bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada yürütme organı iki başlı bir görünüm arz etmektedir. Devletin birliğini temsil eden cumhurbaşkanı partiler üstü ve sorumsuzken; başbakan belirli bir siyasi partinin başkanı olup aynı zamanda parlamento üyesi olarak hükümet politikalarından dolayı parlamento önünde sorumluluğu bulunmakta ve parlamento tarafından güvenoyu verilememesi yolu ile görevine son verilebilmektedir<sup>8</sup>.

Cumhurbaşkanının tarafsızlığının sağlanması ve konumun belirlenmesinde parlamenter cumhuriyetlerde birtakım araçlar öngörülmüştür. Bunlarda en önem-

<sup>5</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 12. Baskı, Ankara: Siyasal Kitabevi 2015, s. 461.

<sup>6</sup> Şeref İba, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017, s. 163.

<sup>7</sup> Fevzi Demir, *Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, İzmir: Albi Yayınları, 2017, s. 108.

<sup>8</sup> Demir, *a.g.e.*, s. 109.

lisi ve en güçlüsü “karşı-imza” kuralıdır. Parlamenter cumhuriyette cumhurbaşkanının siyasi sorumsuzluğu prensibi, pek çok işlemine sorumlu başbakan ve bakanların katılmasını gerekli kılmaktadır<sup>9</sup>. Bir başka deyişle sistemin işlerlik kazanması için “karşı-imza” kuralına ihtiyaç duyulmaktadır. “Karşı-imza” kuralı cumhurbaşkanının işlemlerine Başbakan ve ilgili bakanın katılmasıdır. Yetki ile sorumluluğun paralelliği ilkesi gereğince devlet başkanı makamında olan cumhurbaşkanının herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Cumhurbaşkanı daha çok sembolik yetkilere sahip olmaktadır. Bu husus parlamenter sistemin en önemli parçası olarak karşımıza çıkmakta ve “karşı-imza” kuralı sayesinde gerçekleştirilmektedir. Bu ilke ile birlikte, devlet başkanın pek çok işleminin başbakan ya da ilgili bakanca imzalanması öngörülmektedir. Böylece devlet başkanına ait yetkiler fiilen başbakan veya ilgili bakanca kullanılmaktadır. Yetki kullanılmasından kaynaklı da meydana gelecek tüm sorumluluk başbakan veya ilgili bakana ait olmakta cumhurbaşkanının ise sorumluluğu ortadan kalkmaktadır<sup>10</sup>.

Parlamenter sistemi benimseyen cumhuriyette cumhurbaşkanının siyasi açıdan sorumluluğunun bulunmaması yürütme organının sürekliliğini ve istikrarını sağlar. Cumhurbaşkanı yetkilerini tek başına değil, siyasi açıdan sorumlu olan başbakan ve ilgili bakanla birlikte kullanır. Söz konusu yetkilerin başbakan veya ilgili bakanca kullanılması cumhurbaşkanının konumunu güçlendirmekte ve tarafsız konumda kalmasına imkan vermektedir. Bununla birlikte anayasalarda cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır. Cumhurbaşkanının tarafsızlığın anlaşılabilirliği için tek başına yapacağı işlemlerin yanı sıra karşı-imza kuralının da incelenmesi gerekmektedir.

### a. Karşı İmza Kuralı

Karşı-imza, devlet başkanının sorumsuzluğunu sağlayan bir araçtır. Cumhurbaşkanının yazılı işlemine, bu işlem nedeniyle meydana gelecek sorumluluk sahipleri olan başbakan ve ilgili bakanının attıkları imzayı ifade etmektedir<sup>11</sup>. Bir başka deyişle devlet başkanının pek çok işleminin Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanması suretiyle sorumluluk aktarılmaktadır<sup>12</sup>. Dolayısıyla karşı-imza, cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemleri dışındaki işlemler bakımından cumhurbaşkanının imzası karşısında bulunan başbakan ve ilgili bakanın sorumluluğuna yol açan bir parlamenter sistem mekanizmasıdır.

<sup>9</sup> Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. Bası, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980, s. 399.

<sup>10</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 331.

<sup>11</sup> Sevinç, **a.g.m.**, s. 123.

<sup>12</sup> Yavuz Atar, “Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Seçimi, Görev Süresi, Yetkileri ve Parlamenter Sistem Gereklere Doğrultusunda Değişiklik Önerileri” TBMM Anayasa Hukuku I. Uluslararası Sempozyumu, 22-24 Nisan 2003, TBMM Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 1 s. 320.

Söz konusu kural bir zorunluluk neticesinde ortaya çıkmıştır. Tarihsel süreç içerisinde parlamento devlet başkanlığı makamını yetkisizleştirmiştir. Nihayetinde sembolik, devleti temsil konumunda bir devlet başkanlığı makamı oluşturulmuştur<sup>13</sup>. Cumhurbaşkanının yetkisizliği ile sorumsuzluğu bu alanda paralel ilerlemektedir. Yetkisi olmayan bir kişinin sorumlu tutulması düşünülemez.

Yetki-sorumluluk ilkesi gereğince sorumsuz olan devlet başkanlarının yetkisizliğini sağlamak için bütün işlemlerinin sorumlu olan başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanmaları usulü benimsenmiştir. Böylece, devlet başkanının başbakan ve ilgili bakanın imzasızın veya anayasa ve diğer kanunlarda öngörülmedikçe herhangi bir yetki kullanmaları engellenmek istenmektedir<sup>14</sup>. Görüldüğü üzere, karşı-imza kuralının uygulama alanı bulmasının temel sebebi devlet başkanının sorumsuzluğunu sağlamaktır. Devlet başkanı genel olarak tüm işlemlerini başbakan ve ilgili bakanca imzalanmak suretiyle yapacaktır. Böylece sorumluluk siyasi açıdan aktif ve ön planda olan ve yürütme gücünü fiili anlamda kullanan başbakan ve ilgili bakanlara ait olacaktır<sup>15</sup>.

Cumhurbaşkanının yapacağı işlemler için karşı-imza kuralının öngörülmesi olması, yani sorumsuzluğunun benimsenmesinin en temel nedenlerinden biri de, cumhurbaşkanını siyasi tartışma dışına çıkarması ve dolayısıyla siyasi partilere eşit mesafede durarak bağımsız, tarafsız hakem konumuna getirmesidir<sup>16</sup>. Örneğin tarafsız, bağımsız ve partiler üstü bir konumda bulunan cumhurbaşkanına üst düzey yargı mensuplarını atama yetkisinin verilmesi onun yürütmenin bu niteliklere sahip bir kanadını oluşturmasından kaynaklanmamaktadır<sup>17</sup>. Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatına sahip olması nedeniyle tarafsız davranacağı, tek başına yapacağı işlemlerle yürütme ve yargı alanında olası herhangi bir güç mücadelesinin önüne geçilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır.

“Karşı-imza” kuralı cumhurbaşkanının sorumsuzluğunu sağlama ve tarafsız konumda bulunmasını sağlayan en güçlü parlamenter sistem mekanizmalarından biridir. Bununla birlikte anayasalarda cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler de öngörülmektedir. Cumhurbaşkanının tek başına işlem yapabilmesini yetki sorumluluk ilkesi çerçevesinde değerlendirmemek gerekir. Anayasalarda

<sup>13</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 331.

<sup>14</sup> Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 21. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 323.

<sup>15</sup> *Cumhurbaşkanının Tek Başına Yapacağı İşlemler* başlığında değinildiği üzere cumhurbaşkanının tek başına işlem yapması başkanlık sistemlerinin aksine parlamenter sistemde istisnai işlemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada cumhurbaşkanına tek başına işlem yapma yetkisi verilmesi ve bu işlemlere karşı yargı yoluna gidilememesi cumhurbaşkanının partiler üstü özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle cumhurbaşkanı için tek başına işlem yapabilme yetkisinin öngörülmesi onun tarafsızlığı ve devleti temsil etme vasfına sahip olmasıyla yakından ilgilidir.

<sup>16</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 332.

<sup>17</sup> Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 22. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 68.

devlet başkanına tek başına işlem yapma yetkisinin öngörülmüş olmasının temel sebebi onun tarafsızlığını ortadan kaldırmak ve cumhurbaşkanını siyasi tartışma içinde karar verme mekanizması içine yerleştirmek değildir. Aksine böyle yetkilerin öngörülmüş olması onun tarafsız devlet başkanı sıfatına sahip olmasına dayanmaktadır.

## **b. Cumhurbaşkanının Tek Başına Yapacağı İşlemler**

Cumhurbaşkanı parlamenter sistemde tek başına işlem yapma yetkisine sahip olsa da bu durum istisnaidir. Kural cumhurbaşkanının işlemlerini başbakan veya ilgili bakan ile birlikte yapmasıdır<sup>18</sup>. Karşı imza kuralının varlığı değerlendirildiğinde cumhurbaşkanları kural olarak tek başlarına işlem yapamayacakları akla gelebilir. Oysa cumhurbaşkanları karşı-imza kuralı çerçevesinde Başbakan ve ilgili bakanlarca imzaya iştirak etmek suretiyle yürütmenin bir kanadında faaliyet gösterse de tek başına yaptığı işlemlerde bulunmaktadır.

1982 Anayasasında birtakım yetkilerin cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılacağı öngörülmektedir. Kaldı ki, iptal davası açmak, yasaları tekrar görüşülmek üzere geri göndermek gibi yetkiler cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılması durumunda bir anlam kazanacaklardır<sup>19</sup>. Anayasa Mahkemesine göre cumhurbaşkanına tek başına işlem yapabilme yetkisinin verilmesi “devlet başkanı” sıfatına sahip olmasından kaynaklanmaktadır<sup>20</sup>. Burada mahkeme, cumhurbaşkanının devlet başkanı olarak tarafsızlığına dayanarak kendisine bu tür bir yetkinin verildiğini ifade etmektedir.

Cumhurbaşkanının tek başına işlem yapması genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Parlamenter hükümet sisteminin temel işleyişi bu kural ve istisnalara dayanmaktadır. Ancak, 1982 Anayasası'nın ilk yürürlüğe girdiği haliyle uygulama alanı bulan parlamenter hükümet sisteminde bu istisnalar açıkça ve ayrıca öngörülmemiştir. Çünkü hangi işlemlerin<sup>21</sup> tek başına yapılacağına dair herhangi bir anayasa maddesi veya başka bir kanun hükmü bulunmamaktadır<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 16. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015, s. 132.

<sup>19</sup> Murat Sevinç, “Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanını” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 57, S. 2, 2002, s. 124.

<sup>20</sup> **Anayasa Mahkemesi**, 18.12.1979, tarih, E. 1979/22 - K. 1979/45. [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1979/45?Donemler\\_id=1&KararNo=1979%2F45](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1979/45?Donemler_id=1&KararNo=1979%2F45), E.T.: 23.03.2021.

<sup>21</sup> 1982 Anayasası düzenlenirken Danışma Meclisi metninde 104. maddede Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler tek tek sayma yoluyla belirlenmişti. Milli Güvenlik Konseyi, Danışma Meclisi metnindeki iki maddeyi birleştirmiş ve gerekçesinde de, “Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararların ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir.” diyerek bir bakıma 105. madde ile çelişkiye düşmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. “Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016, s. 331.”

<sup>22</sup> Gözler ve Kaplan, **a.g.e.**, s. 134.

Anayasanın 105. maddesine göre, “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.” metinde belirtildiği üzere, anayasa ve diğer kanunlarda Cumhurbaşkanının bazı işlemleri tek başına yapabileceğine dair düzenlemelerin yer alması mümkündür. Ayrıca, cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerden ötürü 105. maddenin değiştirilmeden önceki haline göre Anayasa Mahkemesi dahil, herhangi bir yargı merciine de başvurulamayacağı belirtilmektedir. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler bakımından yargı yoluna gidilememesi ve diğer işlemler bakımından karşı-imza kuralı nedeniyle sorumluluğun başbakan ve ilgili bakana ait olması nedeniyle cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğunun olmadığı yorumu yapılmaktadır<sup>23</sup>.

Karşı-imza kuralının istisnalarını oluşturan cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere ilişkin tartışmalı hususlardan biri de bu faaliyetler nedeniyle cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğunun gündeme gelip gelemeyeceğidir. Cumhurbaşkanı tek başına yapacağı işlemlerden dolayı, hükümet genel siyaset ve uygulamalar itibarıyla zor durumda kalabilir. Hatta hükümet böyle bir durumda bunun bedelini istifa etmek suretiyle ödemesi de ihtimal dahilindedir. Yine, cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler neticesinde, hükümet kamuoyu desteğini kaybedebilir, seçilme şansı azalabilir, bu durumda hükümetin siyasi sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak tüm bu ihtimallere karşın cumhurbaşkanının istifaya zorlanamaması ve görevine son verilememesi siyasi sorumluluğunun bulunmadığı anlamını taşır<sup>24</sup>.

## 2. Cumhurbaşkanının Tarafsızlığı

Tarafsızlık tüm kurumlara, kişilere eşit mesafede durmayı gerektirmektedir. Parlamenter sistemde devlet başkanının bu konumda olması beklenmektedir<sup>25</sup>. Parlamenter sistem tarafsız bir cumhurbaşkanı ile sağlıklı uygulama alanı bulacaktır. Çünkü bu sistemlerde cumhurbaşkanının sorumsuzluğu yanında tarafsızlığı da önem arz etmektedir. Herhangi bir sorumluluğu olmayan devlet başkanı tarafsız davranabilir. Yaptığı eylem ve işlemlerden dolayı sorumluluğunun doğacağı endişesini taşıyan cumhurbaşkanının tarafsız hareket etme ihtimali zayıftır<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Ş. Cankat Taşkın, “1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S. 92, s. 393.

<sup>24</sup> Yıldızhan Yayla, “Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara, 9-13 Ocak 2001, s. 495.

<sup>25</sup> Gözübüyük, **a.g.e.**, s. 68.

<sup>26</sup> Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt II, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, s. 589.

Parlamentar sistemin farklı uygulamalarında cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamaya dönük pek çok düzenlemeye rastlamak mümkündür. Bunlardan ilki görev süresinin yasama meclislerinin görev süreleriyle çakışmayacak biçimde düzenlenmesidir. Görev süresi sırasında parlamentodaki farklı siyasal çoğunluklarla birlikte çalışma ihtimali bulunan cumhurbaşkanının bu sayede partiler üstü bir tutum sergileyerek tarafsız bir pozisyonda bulunması amaçlanmaktadır. Cumhurbaşkanının tekrar seçilmesi önündeki engeller de bu tarafsızlığı temin etmeye dönük düzenlemeler olarak dikkat çekmektedir<sup>27</sup>. Cumhurbaşkanının parlamento tarafından nitelikli çoğunlukla seçilmesi de bunlardan biridir<sup>28</sup>. 1982 Anayasası'nın ilk kabul edildiği şekliyle ve önceki anayasalarda cumhurbaşkanı seçilen kişinin milletvekilliğinin sona ermesi ve varsa partisi ile ilişkisinin kesileceğine dair hükümler bulunmaktaydı. Bu hususlar da cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamaya dönük düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>29</sup>.

### 3. 2007 Anayasa Değişikliğinden Sonra Cumhurbaşkanının Durumu

Türkiye'de, 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile birlikte cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından seçileceğine ilişkin seçim usulü terk edilmiş, cumhurbaşkanının halk tarafından ve genel oyla seçileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Söz konusu değişiklikte aynı zamanda cumhurbaşkanının iki defa seçilebilmesinin önü açılmış ve siyasi partilerin cumhurbaşkanı adayı gösterebilmelerine olanak tanınmıştır. Bu değişikliklerin cumhurbaşkanının tarafsızlığı üzerinde zayıflatıcı etkiye neden olduğu belirtilmektedir<sup>30</sup>. Çünkü tekrar seçilme kaygısı taşıyan cumhurbaşkanının tercihlerinde tarafsızlıktan uzaklaşabileceği değerlendirilmektedir. Yine, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi cumhurbaşkanını halkın bir kısmı tarafından tercih edilen, diğer bir kısmı tarafından ise tercih edilmeyen kişi konumuna taşır. Bu durumda cumhurbaşkanı taraf haline gelmektedir. Kaldı ki, halk tarafından seçilecek cumhurbaşkanının siyasi partilerin desteğini almadan seçimleri kazanma ihtimali bulunmamaktadır. Dolayısıyla cumhurbaşkanının tarafsızlığını koruma imkanı da çok zordur<sup>31</sup>.

Parlamentar sistemi benimseyen cumhuriyetlerde cumhurbaşkanının herkese eşit mesafede olması beklenmektedir. Ancak Türk anayasaları incelendiğinde tarafsızlıktan ziyade belli kalıplarda bir cumhurbaşkanı modeli öngörülmüştür. Cumhurbaşkanı tarafsız ve sorumsuz olması gerekirken batı demokrasilerinden farklı

<sup>27</sup> Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016, s. 328.

<sup>28</sup> Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 21. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 320.

<sup>29</sup> Menaf Turan, "Türkiye'nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi", *Social Sciences Research Journal*, 2018, Volume 7, Issue 3, 42-91, ISSN: 2147-5237), s. 57.

<sup>30</sup> Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s. 320.

<sup>31</sup> Hasan Tunç, **Türk Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, 2018, s. 203.

olarak 1961 Anayasası, 1971 Anayasa değişikliği ve 1982 Anayasasında bir vesayet organı olarak düşünülmüştür<sup>32</sup>. Bu amaçla, silahlı kuvvetlere sivil alanda geniş özerklik alanı verilmiş, 1961 Anayasasında askeri yargıya geniş yetki ayrılmış, Milli Birlik Komitesi üyeleri ömür boyu senatör olması hususunda düzenlemeler yer bulmuştur. Yine, 1971 Anayasa değişikliği ile özerk alan daha da genişletilerek Milli Güvenlik Kurulu güçlendirilmiş, Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuş ve sıkıyönetim ilan sebepleri artırılmıştır. 1982 Anayasası'nda yer alan hükümlerle benzer eğilimler giderek artmış ve yine Türk Silahlı Kuvvetleri, Devlet Denetleme Kurulu dışına alınmıştır<sup>33</sup>. Söz konusu düzenlemeler sistemi kontrol edecek ve koruyacak bir cumhurbaşkanının seçilmesi ve görevde kalması kaygısıyla yapılmıştır.

Son olarak Türkiye'de cumhurbaşkanının seçimine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 2007/45 Esas, 2007/54 Karar numaralı tarafsızlığı sağlamaya dönük düzenlemenin yorumlanması bakımından önem taşımaktadır. Hiç kuşkusuz cumhurbaşkanının tarafsızlığı, sistemin işleyebilmesi açısından önemlidir. 2007 yılında yapılan cumhurbaşkanı seçimlerinde de seçilecek kişinin tarafsız olamayacağı bu nedenle odayaşmayla seçilmesi yönünde talepler bulunmaktaydı. Anayasa Mahkemesi, verdiği kararda, cumhurbaşkanının seçilme usulünü öngören maddesinde zorlayıcı bir yorumla cumhurbaşkanının seçilebilmesi için toplantı yeter sayısının sağlanmadığını gerekçe göstererek cumhurbaşkanı seçiminin iptal edilmesi yönünde karar vermiştir<sup>34</sup>. Mahkeme verdiği kararda ilk fıkrada "üçte iki çoğunlukla seçilir" ifadesinin üçüncü fıkrada da tekrar edilmesi ve bu çoğunlukla seçilememesi durumunda salt çoğunlukla seçileceğine dair hükmün varlığı nedeniyle ilk fıkradaki ifadenin toplantı yeter sayısı olduğu kararına varmış ve bu nedenle seçime ilişkin iptal kararı vermiştir<sup>35</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar Anayasanın lafzi, amaçsal ve tarihsel yorum yöntemleriyle uyuşmamaktadır. Yine söz konusu yorum, cumhurbaşkanlığı seçimini düzenleyen 102. maddenin 3. ve 4. turlarda cumhurbaşkanının salt çoğunlukla seçilebilmesini öngören ilgili hükümleri etkisiz kıldığını söylemek mümkündür. Çünkü Meclis üye tamsayısının üçte birinden bir fazla sayıda milletvekili cumhurbaşkanlığı seçimini 3. ve 4. turlara geçilmesini engelleme imkanına sahip olacaktırlar. Bu durum cumhurbaşkanlığı seçiminin kolaylaştırılması amacıyla ortaya koyulmuş düzenlemenin mantığıyla da uyuşmamaktadır<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Hasan Tahsin Fendoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, İkinci Baskı, Ankara, 2017, s. 580.

<sup>33</sup> Fendoğlu, **a.g.e.**, 580.

<sup>34</sup> **Anayasa Mahkemesi**, E. 2007/45 - K. 2007/54, K.T.: 01.05.2007, [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/54?Donemler\\_id=2&KararNo=2007%2F54](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/54?Donemler_id=2&KararNo=2007%2F54), E.T.: 19.02.2021.

<sup>35</sup> **Anayasa Mahkemesi**, E. 2007/45 - K. 2007/54, K.T.: 01.05.2007, [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/54?Donemler\\_id=2&KararNo=2007%2F54](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/54?Donemler_id=2&KararNo=2007%2F54), E.T.: 19.02.2021.

<sup>36</sup> Özbudun, **a.g.e.**, s. 331.

#### 4. 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonra Cumhurbaşkanının Durumu

16 Nisan 2017 yılında yapılan referandum sonucunda anayasa değişikliğinin 3 Kasım 2019'da yapılacak cumhurbaşkanlığı ve milletvekili genel seçimi ile birlikte veya erken seçime karar verilmesi halinde erken seçim tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülüyordu<sup>37</sup>. TBMM tarafından alınan erken seçim kararı ile birlikte 24 Haziran 2018 tarihinde yapılan cumhurbaşkanlığı ve milletvekilliği genel seçimi sonucunda cumhurbaşkanlığı sistemi olarak adlandırılan hükümet sistemi yürürlüğe girmiştir.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin uygulama alanı bulması ile birlikte cumhurbaşkanının konumunda önemli değişiklikler meydana gelmiştir. 2007 yılında yapılan anayasa değişiklikleriyle kabul edilen cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi ve iki defa seçilebilme imkanı düzenlemeleri korunmuştur. Bununla birlikte başbakan ve bakanlar kurulunun kaldırılmasıyla cumhurbaşkanı yeni sistemde doğrudan yürütmeyi oluşturmakta bu da onun tarafsız hakem sıfatının sona ermesine yol açmaktadır.

Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi, 1982 Anayasası'nın ilk yürürlüğe girdiği haliyle benimsediği parlamenter sistemden önemli farklılıklara sahiptir. Yeni anayasa değişikliği ile birlikte başkanlık sistemi uygulama alanı bulmuştur. Burada yasama ile yürütme organları birbirinden kesin hatlarla ayrılmaktadır. Başkanlık sistemlerinde yasama ve yürütme organları ayrı ayrı seçilmekte ve seçildikten sonra birbirlerinin varlığına son verememektedirler<sup>38</sup>. Bu husus başkanlık sisteminin tipik bir özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Kuvvetlerin sert biçimde ayrıldığı bu sistemde yasama ve yürütme organları adeta birbirinden bağımsızdır<sup>39</sup>. Yürütmenin meşruiyet kaynağının yasama organından ayrı olması bir başka deyişle yürütmenin yasama organı içinden çıkmaması en önemli özelliğidir<sup>40</sup>. Ancak söz konusu anayasa değişikliği yasama ve yürütmenin birbirinin görevine son verememesi bakımından istisna oluşturmaktadır.

2017 Anayasa değişiklikleri ile birlikte Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne kendi seçimlerini yenileme şartı ile cumhurbaşkanlığı seçiminin yenilenmesi yetkisi verilmiştir. Yine aynı şekilde cumhurbaşkanı için de kendi seçimini yenileme şartı ile TBMM seçimini yenileme yetkisi verilmiştir<sup>41</sup>. Tipik başkanlık sistemlerinde yürütmenin yasama organının görevine son veremeyeceği kabul

<sup>37</sup> Vahap Coşkun, "16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi", DÜHFD, C. 22, S. 36, Y. 2017, s. 26.

<sup>38</sup> Kemal Gözler, **Devlet Başkanları**, İkinci Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2016, s. 8.

<sup>39</sup> Veysel Erat, "Türkiye'de Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemi Üzerine Etkileri", Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 13, S. 25, 2015, s. 333.

<sup>40</sup> Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Yirminci Bası, İstanbul: 2016, s. 429.

<sup>41</sup> <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/1982ilkson.pdf>.



edilmektedir. Söz konusu değişiklik cumhurbaşkanı için öngörülen yetkilerle birlikte değerlendirildiğinde cumhurbaşkanının konumunun güçlendirildiği sonucuna ulaşılabilir. Değişiklik yapılmış haliyle 116. madde;

*“Türkiye Büyük Millet Meclisi, üye tamsayısının beşte üç çoğunluğuyla seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Bu halde Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.”*

*Cumhurbaşkanının seçimlerin yenilenmesine karar vermesi halinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi genel seçimi ile Cumhurbaşkanlığı seçimi birlikte yapılır.”* hükümleriyle yasamaya ve yürütmeye ayrı ayrı seçimleri yenileme yetkisi verilmiştir.

Söz konusu düzenlemeye göre yasamanın seçimlerin yenilenmesi kararı alması durumunda yürütmenin de seçimleri yenilenmekte, yine yürütmenin seçimleri yenilemesi halinde yasamanın seçimlerinin de aynı anda yapılmasını gerektirmektedir. 116. madde ile birlikte “cumhurbaşkanlığı sistemi” değerlendirildiğinde sisteminin tipik başkanlık sisteminden sapma gösterdiği gözlenmektedir. Çünkü başkanlık sisteminin en belirgin özelliklerinden biri yasama ve yürütmenin birbirinden kesin hatlarla ayrılması ve birbirlerinin görevlerine son verememesidir<sup>42</sup>

Mevcut düzenleme Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne kendi seçimini yenilemeyi göze almak şartıyla cumhurbaşkanlığı seçimlerini yenileme yetkisi verilmektedir. Yine seçimlerin yenilenebilmesi için beşte üç gibi nitelikli bir çoğunluk şartı aranmaktadır. Burada tartışmaya açık husus Anayasa'nın 116. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin cumhurbaşkanlığı seçimlerini yenileyebilmesi, bir başka deyişle cumhurbaşkanının görevine son vermesi olarak yorumlanıp yorumlanamayacağıdır<sup>43</sup>.

Teorik olarak TBMM'nin seçimleri yenileme yetkisinin olması Cumhurbaşkanının TBMM'ye karşı sorumlu olduğu anlamına gelmemektedir<sup>44</sup>. Öte yandan teknik olarak siyasi sorumluluk bir kişi, kurul ya da organ tarafından devlet başkanının görevine bir sebeple veya sebep göstermeksizin son verilmesidir. Netice-

<sup>42</sup> Hasan Tunç ve Bülent Yavuz, “Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi” TBB Dergisi, S. 81, 2009, s. 12.

<sup>43</sup> Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, İkinci Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018, s. 814.

<sup>44</sup> Şükür Karatepe'ye göre Cumhurbaşkanı bu sistemde doğrudan halk tarafından ve genel oyla seçilmektedir. Bu nedenle devletin ve hükümetin başı olan cumhurbaşkanının görevleriyle ilgili yaptığı işlemler ve uygulamalardan dolayı Meclis'e karşı herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Parlamenter sistemin en karakteristik özelliği olan hükümetin güvensizlik oyuyla düşürülmesi uygulaması başkanlık sisteminde bulunmamaktadır. Bu nedenle cumhurbaşkanının, görev süresi boyunca güvensizlik oylamasıyla TBMM tarafından görevine son verilemez. Cumhurbaşkanının sorumluluğu onu seçen halka karşıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şükür Karatepe, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 278.

de TBMM kendi seçimlerini yenilemek suretiyle cumhurbaşkanının seçimlerini yenilemekte ve görevine son vermektedir. Cumhurbaşkanının görevine son verilmesi tipik bir siyasi sorumluluk mekanizmasıdır. Göreve son vermede seçimlerin yenilecek olmasının veya tekrardan aynı kişinin cumhurbaşkanı seçilmesinin bir önemi yoktur<sup>45</sup>. Cumhurbaşkanının bu şekilde görevine son verilebilmesi cumhurbaşkanının TBMM'ye karşı siyasi sorumluluğunun var olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak cumhurbaşkanı seçimlerinin yenilenmesinin yanında TBMM seçimlerinin de yenilenmesi zorunluluğu bu mekanizmanın sürekli kullanılma ihtimalini zayıflatmaktadır.

Parlamentar sistemde bakanlar kurulu parlamento içinden çıktığı ve ondan kaynaklandığı için parlamentoya karşı sorumludur. Yeni sistemde cumhurbaşkanı ve TBMM birbirinden kaynaklanmamaktadır. Bir başka deyişle meşruiyetlerinin kaynağı birbirlerine dayanmamaktadır. Her iki makam da doğrudan halk tarafından seçilmektedir. Bu da 1982 Anayasası'nın ilk yürürlüğe girdiği haliyle cumhurbaşkanının göreve gelişini değiştirmekte ve halka karşı siyasi sorumluluğunun meydana gelmesine sebep olmaktadır.

2017 Anayasa değişikliğine ilişkin bir başka düzenleme cumhurbaşkanına karşı yargı yollarının etkin kullanılabilmesine imkan tanımıştır. Söz konusu düzenleme ile birlikte cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere karşı yargı yolunu kapatan 125. maddede değişiklik yapılmıştır. Söz konusu düzenlemede “*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*” hükmü yer almaktadır. İkinci fıkrada yer alan “*Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şuranın kararları yargı denetimi dışındadır.*” hükmü ise değişiklik ile birlikte ilga edilmiştir<sup>46</sup>. Çünkü yeni sistemde cumhurbaşkanı tek başına yürütmeyi oluşturmaktadır. İşlemlerine karşı parlamenter sistemde olduğu gibi sorumluluğu üstlenecek başbakan veya bakan bulunmamaktadır. Yeni sistemde her ne kadar bakan olsa da parlamenter sistemdeki klasik bakan kavramından çok uzaktır. Yeni sistemde bakanlar klasik başkanlık sistemindeki sekreterlere karşılık gelmektedirler. Kaldı ki, yeni sistemde cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlere karşı yargı yoluna başvurulamaması hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyecektir<sup>47</sup>. Çünkü yeni sistemde artık sorumluluğu üstlenecek bir başbakan veya bakanlar bulunmamaktadır.

2017 anayasa değişikliği ile birlikte kabul edilen yeni sistemde cumhurbaşkanının siyasi partilere üye olmasına ilişkin bir engel kalmamıştır. Değişiklik

<sup>45</sup> Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 814.

<sup>46</sup> Karşılaştırmalı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 1982-2017, 3. Baskı, haz. Remzi Özmen, Seçin Yayınevi: Ankara, 2019, s. 161.

<sup>47</sup> Harun Yılmaz, **Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi**, İstanbul: On iki Levha Yayınları, 2019, s. 67.

hükmü ile birlikte 101. maddede yer alan siyasi partilere üye olmama hükmü ilga edilmiştir. Yine anayasa değişikliğiyle birlikte 101. maddenin kenar başlığı “Nitelik ve tarafsızlığı” iken, “Adaylık ve Seçimi” şeklinde yer almış ve tarafsızlık ibaresi kaldırılmıştır<sup>48</sup>. Ancak aynı değişiklik cumhurbaşkanı andı için gerçekleştirilmemiştir. Anayasanın cumhurbaşkanının “Andiçmesi” kenar başlıklı 103. maddesinde yemin metni şu şekilde yer almıştır:

*“Cumhurbaşkanı, görevine başlarken Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde aşağıdaki şekilde andiçer:*

*“Cumhurbaşkanı sıfatıyla, Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız ve şartsız egemenliğini koruyacağıma, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılablarına ve lâik Cumhuriyet ilkesine bağlı kalacağıma, milletin huzur ve refahı, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma, Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için bütün gücümle çalışacağıma Büyük Türk Milleti ve tarih huzurunda, namusum ve şerefim üzerine andiçerim.”*

Yemin metninden tarafsızlık ibaresi çıkarılmamıştır. Söz konusu düzenleme parlamenter sistemde görev alacak bir cumhurbaşkanı andı için uygun olmakla birlikte yeni sistemdeki cumhurbaşkanının konumuyla uyuşmamaktadır. Anda ilişkin eleştirilere ise cumhurbaşkanının görevini yerine getirirken tarafsız olduğu şeklinde yorum yapılmaktadır. 2017 anayasa değişikliği ile birlikte cumhurbaşkanının tarafsız olamayacağı kabul edildiğinden yemin metninin de uygun şekilde değiştirilmesi gerekmektedir.

## Sonuç

1982 Anayasası ilk yürürlüğe girdiği haliyle tarafsız konumda bulunan bir cumhurbaşkanı öngörmüştür. Buna karşılık klasik parlamenter sistemden farklı olarak sembolik yetkilere sahip bir cumhurbaşkanı yerine oldukça geniş yetkilere sahip bir cumhurbaşkanı profili oluşturulmuştur. Bu durum anayasa değişiklikleriyle birlikte daha da pekişmiştir. Örneğin 2007 Anayasa değişikliğiyle birlikte cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından seçilmeye başlanmıştır. Cumhurbaşkanını her ne kadar halk tarafından seçilmeye başlansa ve anayasanın ilk yürürlüğe girdiği şekliyle geniş yetkilere sahip bir cumhurbaşkanı olsa da parlamenter sistemin işleyişine uygun olarak cumhurbaşkanının tarafsız konumunda olduğu kabul edilmektedir.

<sup>48</sup> Hasan Tunç, Türk Anayasa Hukuku, Gazi Kitabevi, 2018, s. 203.

1982 Anayasası'nda 2017 yılında yapılan değişiklikler ile birlikte hükümet sistemi parlamenter sistemden "cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine" dönüştürülmüştür. Söz konusu değişiklikler neticesinde hükümet sistemi başkanlık hükümet sistemi özelliklerine yaklaşan bir niteliğe sahip olmuştur. Başkanlık sisteminde yürütmenin tek kişiden oluşması nedeniyle yeni sistemde cumhurbaşkanı hem geniş yetkilere sahip olmuş hem de sorumluluğuna ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Artık 1982 anayasasının ilk yürürlüğe girdiği haliyle var olan tarafsız ve partiler üstü cumhurbaşkanı kaldırılmış, partili ve yürütmenin merkezini oluşturan ve yaptığı işlemlerden dolayı da doğrudan sorumlu olan bir cumhurbaşkanı modeli oluşturulmuştur.

## Kaynakça

- Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Bülent Yavuz, “2007 Anayasa Değişikliğinin Doğurduğu Tereddütler ve Çözüm Yolları” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 12, S. 1-2, 2008, s. 1173-1214.
- Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Yirminci Bası, İstanbul: 2016.
- Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 16. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2016.
- Fevzi Demir, **Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, İzmir: Albi Yayınları, 2017.
- Hasan Tahsin Fendoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, İkinci Baskı, Ankara, 2017.
- Hasan Tunç, **Türk Anayasa Hukuku**, Gazi Kitabevi, 2018.
- Hasan Tunç ve Bülent Yavuz, “Avantaj ve Dezavantajlarıyla Başkanlık Sistemi” TBB Dergisi, S. 81, 2009.
- Hüseyin Gül, “1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda Cumhurbaşkanlığı’nın Denge-Denetleme Makamı Olarak Analizi”, Adnan Menderes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 5, S. 2, 2018, s. 122-136.
- Karşılaştırmalı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 1982-2017, 3. Baskı, Hz. Remzi Özmen, Seçin Yayınevi: Ankara, 2019.
- Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, **İdare Hukuku Dersleri**, 16. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2015.
- Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi**, Cilt II, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.
- Kemal Gözler, **Devlet Başkanları**, İkinci Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2016.
- Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 21. Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, İkinci Baskı, Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018.
- Menaf Turan, “Türkiye’nin Yeni Yönetim Düzeni: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Social Sciences Research Journal, 2018, Volume 7, Issue 3, 42-91, ISSN: 2147-5237), s. 42-91
- Murat Sevinç, “Güncel Gelişmelerin Işığında, 1982 Anayasası’na Göre Cumhurbaşkanı” Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 57, S. 2, 2002, s. 109-137.
- Ş. Cankat Taşkın, “1982 Anayasası’nda Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011, S. 92, s. 384-418.
- Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, 22. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Şeref İba, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Şükrü Karatepe, **Türk Anayasa Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2018.
- Tarık Zafer Tunaya, **Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku**, 4. Bası, İstanbul: Fakülte-ler Matbaası, 1980.

Vahap Coşkun, “16 Nisan 2017 Tarihinde Kabul Edilen Anayasa Değişikliklerinin Değerlendirilmesi”, DÜHFD, C. 22, S. 36, Y. 2017, s. 3-30.

Veysel Erat, “Türkiye’de Cumhurbaşkanının Halk Tarafından Seçilmesinin Hükümet Sistemi Üzerine Etkileri”, Yönetim Bilimleri Dergisi, C. 13, S. 25, 2015, s. 325-355.

Yavuz Atar, “Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Seçimi, Görev Süresi, Yetkileri ve Parlamenter Sistem Gereklere Doğrultusunda Değişiklik Önerileri” TBMM Anayasa Hukuku I. Uluslararası Sempozyumu, 22-24 Nisan 2003, TBMM Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 1 s. 309-331.

Yıldızhan Yayla, “Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, Ankara, 9-13 Ocak 2001, s. 478-499.

### **Mahkeme Kararları**

**Anayasa Mahkemesi**, 01.05.2007 tarih, E. 2007/45 - K. 2007/54, [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/54?Donemler\\_id=2&KararNo=2007%2F54](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2007/54?Donemler_id=2&KararNo=2007%2F54), E.T.: 19.02.2021.

**Anayasa Mahkemesi**, 18.12.1979, tarih, E. 1979/22 - K. 1979/45, [https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1979/45?Donemler\\_id=1&KararNo=1979%2F45](https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1979/45?Donemler_id=1&KararNo=1979%2F45) E.T.: 23.03.2021

# ÖZEL HUKUK

---





# İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Risk Değerlendirmesi Yapma Yükümlülüğü<sup>(\*)</sup>

Risk Assessment Obligation in Occupational Health and Safety Law

Arş. Gör. **Fatih ERASLAN**<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

İş sağlığı ve güvenliği hukukunda işverenin en çok ihlal ettiği temel yükümlülüklerinden birisi risk değerlendirmesidir. Risk değerlendirmesi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile işverene getirilmiş bir yükümlülüktür. Risk değerlendirme, tehlikelerin tanımlanması, risklerin belirlenmesi, risklerin analiz edilerek sıraya konulması, belgeleme aşamalarından oluşur ve işyerlerinin tehlike sınıflarına göre yenilenir. Böylece, işyerinde sağlıklı ve güvenli bir çalışma ortamının ilk adımı atılmış olur. Buna karşın, risk değerlendirmesinin yapılmamış olması birtakım yaptırımlara tabi tutulmuştur. Bu makalede de, işverenin risk değerlendirme yükümlülüğünün mevzuatımızda düzenlenme biçimi ve nasıl yerine getirildiği anlatılacaktır.

## Anahtar Kelimeler

İşveren, Çalışan, Tehlike, Risk, Risk Değerlendirmesi.

## Abstract

Risk assessment is one of the most violated obligations by the employer in occupational health and safety law. Risk assessment is an obligation imposed on the employer by the Occupational Health and Safety Act numbered 6331. Risk assessment consists of identification of hazards, evaluation of risks, analysis and sequencing of risks, documentation stages and is renewed according to the hazard classes of workplaces. Thus, the first step towards a healthy and safe working environment in the workplace is taken. Nonetheless, failure to carry out a risk assessment is subject to some sanctions. In this article will be explained how the employer's risk assessment obligation is regulated in Turkish law and how it is fulfilled.

## Keywords

Employer, Worker, Hazard, Risk, Risk Assessment.

<sup>(\*)</sup> Makale geliş tarihi: 01.02.2021 - Makale kabul tarihi: 22.03.2021.

<sup>(\*\*)</sup> Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.  
E-posta: fatiheraslan@sakarya.edu.tr.  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-4100-6145>.

## Giriş

Sanayinin ve teknolojinin hızla gelişmesine paralel olarak artan işgücü potansiyeli, mal ve hizmet üretimine ilişkin rekabet ortamı, iş kazası ve meslek hastalıklarının artmasında önemli rol oynamıştır<sup>1</sup>. Bu minvaldeki yorumlar, iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin yazılmış eserlerin hemen hemen çoğunda bulunmaktadır. Her ne kadar, bu çıkarım yadsınamaz bir gerçeğin dışı vurumu olsa da iş kazası ve meslek hastalıklarının bu denli artmasının arka planında yatan asıl sebep - işverenlerin işyerinde iş kazası ve meslek hastalıklarına yol açan riskleri önleyici politikalar izlememesi - göz ardı edilmemelidir. “*Deveyi yardan uçuran bir tutam otur*” sözü bilhassa iş kazaları bakımından yaşadığımız acı tablonun özeti niteliğindedir. İnsan sağlığını küçük malî hesaplara değişen işverenlerin ödediği bedel, sonrasında çok daha büyük olmaktadır.

İş kazası ve meslek hastalıklarının işyerindeki verimi düşürmesi, işletmelerin saygınlığını yitirmeleri ve hepsinden önemlisi çalışanların beden ve ruh bütünlüklerinin bozulması gibi olumsuzluklar<sup>2</sup> iş sağlığı ve güvenliği hukukunun gelişmesine önayak olmuştur<sup>3</sup>. Bu kapsamda iş sağlığı ve güvenliğinin geliştirilmesi amacıyla iş kazası ve meslek hastalıklarını önleyici ve koruyucu politikalar hayata geçirilmiştir<sup>4</sup>. Bunların başında ise 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda (İSGK) düzenlenen “*işverenin risk değerlendirme yükümlülüğü*” gelmektedir. İşverenin risk değerlendirme yükümlülüğü, konunun disiplinlerarası niteliği dolayısıyla maden, çevre, kimya, inşaat, endüstri ve gıda mühendislikleri başta olmak üzere halk sağlığı, denizcilik, işletme, sivil havacılık gibi birçok alanlarda yapılan çalışmaların konusunu oluşturmuştur<sup>5</sup>.

Çalışmamızda risk değerlendirmenin ne olduğu, risk değerlendirme yükümlülüğünün uluslararası hukuk ve mevzuatımızdaki yeri ile önemi, kim tarafından ve nasıl gerçekleştirileceğinin yanı sıra risk değerlendirme yükümlülüğüne aykırı hareket etmenin yaptırımının ne olduğu anlatılacaktır.

<sup>1</sup> Ali Güzel/Alı Rıza Okur/Nurşen Canıkıoğlu, **Sosyal Güvenlik Hukuku**, Beta, 17. Baskı, 2018, s. 338; E. Tuncay Senyen Kaplan, **Bireysel İş Hukuku**, Ankara, Gazi Kitabevi, 10. Baskı, 2019, s. 415; Binnur Tulukçu, “İşverenin Risk Değerlendirmesi Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Alı Rıza Okur’a Armağan, Özel Sayı, Cilt: 20, Sayı: 1, 2014, (711-748), s. 712; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 09.10.2013, 2013/102 E., 2013/1456 K., Yargıtay Karar Arama, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>2</sup> Tulukçu, s. 719.

<sup>3</sup> İş sağlığı ve güvenliğinin hukukumuzda yerine ilişkin geniş bilgi için bkz. Mahmut Kabakçı, “İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuk Sistemindeki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 86, Y. 2009, (249-267).

<sup>4</sup> Özlem Özkılıç, **Risk Değerlendirmesi Atex Direktifleri Patlayıcı Ortamlar - Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi ve Etkilerinin Azaltılması - Kantitatif Risk Değerlendirme**, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 2014, s. 108.

<sup>5</sup> İş sağlığı ve güvenliği alanında üzerinde en çok tez yazılan konunun “risk değerlendirme” olduğunu söylersek yanlış olmayız. Her ne kadar ulusal tez merkezine her yıl “risk değerlendirme” ile ilgili onlarca tez yüklense de, bunlar arasında hukukçular tarafından kaleme alınan tez sayısı varla yok arasındadır. Risk değerlendirmesine ilişkin bir başka ilginç husus üzerinde bu kadar çok kalem oynatılan bir konunun uygulamasının oldukça düşük düzeyde olmasıdır.

## 1. Risk Değerlendirmesinin Hukuki Dayanağı

### 1.1. Uluslararası Düzenlemeler

187 devletin üyesi bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇÖ) iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin genel nitelikteki sözleşmelerinin yanısıra belirli bir iş türünü dikkate alarak hazırladığı sözleşmeler bulunmaktadır. Bu sözleşmelerle üye devletlere iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu anlamda, 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme genel kuralları ihtiva eden düzenlemelere örnek verilebilir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 187 sayılı İş Sağlığını ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesi<sup>6</sup> ile üye devletlere en fazla temsil kabiliyetine sahip işveren ve işçi kuruluşlarına danışarak, iş sağlığı ve güvenliği konusunda ulusal bir program düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşme'nin 5. maddesine göre ulusal program, işle ilgili tehlike ve riskleri ortadan kaldıracak veya en az seviyeye indirerek işçilerin korunması sağlayacak nitelikte olmalıdır<sup>7</sup>.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 167 sayılı İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi<sup>8</sup> ile 188 sayılı Balıkçılık Sözleşmesi<sup>9</sup> ise belirli bir iş türünü dikkate alarak hazırlanan sözleşmelere örnek olarak verilebilir. 167 sayılı Sözleşme'de işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından risk oluşturmaması için gerekli önlemlerin alınması gerektiği düzenlenmiştir (m.13/1-1). Aynı hükümde, inşaat alanında ya da yakınında bulunan kişilerin de inşaat alanından kaynaklanan her türlü riskten korunması gerektiği düzenlenmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 188 sayılı Balıkçılık Sözleşmesi (**Work in Fishing Convention**) m.31 hükmünde üye devletlere balıkçı gemilerinde<sup>10</sup> iş kazasını önlemeye yönelik işverenin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü

<sup>6</sup> 15.05.2013 tarihinde kabul edilen ve 6485 sayılı "187 sayılı İş Sağlığını ve Güvenliğini Geliştirme Çerçeve Sözleşmesine Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" 29.05.2013 tarihli ve 28661 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>7</sup> **Article 5** "The national programme shall... (b) contribute to the protection of workers by eliminating or minimizing, so far as is reasonably practicable, work-related hazards and risks, in accordance with national law and practice, in order to prevent occupational injuries, diseases and deaths and promote safety and health in the workplace".

<sup>8</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 167 sayılı İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi metni için bkz. ILO, [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377308/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377308/lang--tr/index.htm), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>9</sup> Ülkemiz tarafından henüz onaylanmamış olan 188 sayılı Balıkçılık Sözleşmesi'nin (**Work in Fishing Convention**, 2007) İngilizce metni için bkz. ILO, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NOR\\_MLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312333:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NOR_MLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312333:NO), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>10</sup> Balıkçı gemilerinde yürütülen çalışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. Hatice Duygu Özer, "188 Sayılı ILO Balıkçılık İstihdam Sözleşmesi Işığında İş Hukukunda Balıkçılık", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 24, Y. 2020, S. 3, (67-105).

dâhil iş kazalarını önleyici tedbirlerin alınmasını sağlayan düzenlemelerin yapılması yükümlülüğü getirilmiştir. Sözleşmenin 33. maddesinde ise balıkçılığa ilişkin risk değerlendirmesinin balıkçıların ve diğer temsilcilerin katılımıyla yapılacağı düzenlenmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün gemi adamlarının uğradığı iş kazalarına ilişkin<sup>11</sup> 134 sayılı İş Kazalarının Önlenmesi (Gemiadamları) Sözleşmesi<sup>12</sup> (**Prevention of Accidents (Seafarers) Convention**) 3. maddesinde ise denizcilikteki istihdama özgü risklerden kaynaklanan kazaların önlenmesi için bu kazaların genel seyri ve istatistiklerin ortaya koyduğu tehlikeler hakkında araştırma yapılacağı düzenlenmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2019 tarihli ve 190 sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi (**Violence and Harassment Convention**)<sup>13</sup> m.9 hükmünde üye devletlere iş hayatındaki şiddet ve taciz risklerini değerlendirmesini sağlayacak düzenlemeleri yapma yükümlülüğü getirmiştir<sup>14</sup>. Yine, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2019 tarihli ve 206 sayılı Şiddet ve Taciz Tavsiye Kararı'nın (**Violence and Harassment Recommendation**)<sup>15</sup> 8. maddesine göre işyerinde yapılacak risk değerlendirmesinde psikososyal tehlike ve riskler de dâhil olmak üzere şiddet ve taciz ihtimalinin artışı göz önünde bulundurulmalıdır.

Avrupa Birliği'ne üye devletlerin temsil edildiği Avrupa Parlamentosu ve Konseyi de iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çok sayıda Direktif kabul etmiş olup ülkemizde iş sağlığı ve güvenliği alanındaki mevzuatın belkemiğini bu Direktifler oluşturmuştur. Konsey'in de genel nitelikte Direktif'leri olduğu gibi belirli bir risk grubunu yahut meslek türünü dikkate alarak hazırlamış olduğu Direktifler de mevcuttur. Ancak burada yalnızca 89/391/EC sayılı Direktif'e yer verilecek olup diğer Direktiflere yeri geldikçe ilgili kısımda değinilecektir<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Sözleşme'nin 1. maddesine göre Sözleşme bakımından "iş kazası" deyimi, gemi adamlarının işle ilgili olarak veya iş sırasında maruz kaldıkları kazaları kapsar (m. 1/3).

<sup>12</sup> 134 sayılı İş Kazalarının Önlenmesi (Gemiadamları) Sözleşmesi'nin Türkçe metni için bkz. ILO, [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377283/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377283/lang--tr/index.htm), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>13</sup> Ülkemiz tarafından henüz onaylanmamış olan 190 sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi'nin (**Violence and Harassment Convention**, 2019) İngilizce metni için bkz. ILO, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:3999810:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:3999810:NO), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>14</sup> Sözleşmenin değerlendirilmesi için bkz. Kadriye Bakırcı, "Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 190 Sayılı Sözleşmesi ve 206 Sayılı Tavsiye Kararı Işığında İş Yaşamında Şiddet, Taciz, Misilleme ve Ev İçi Şiddet", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2020, S. 151, (29-60); Zeynep Şişli, "Uluslararası Çalışma Örgütü 190 Sayılı Sözleşmesi Işığında Bir İş Sağlığı ve Güvenliği Tehlikesi Olarak "İşyerinde Fiziksel Şiddet"<sup>16</sup>, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Araştırma Görevlisi Ceren Damar Şenel Armağanı - 3**, C. 5, S. 1/3, Nisan 2020, (2949-2967).

<sup>15</sup> 206 sayılı Tavsiye Kararının İngilizce metni için bkz. ILO, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R206:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R206:NO), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>16</sup> Bkz. 4.9.

### 1.1.1. 155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1981 tarihli İş Sağlığı ve Güvenliği Sözleşmesi<sup>17</sup> iş sağlığı ve güvenliği alanındaki temel yükümlülükleri düzenleyen sözleşmelerinden birisidir. İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, 07.01.2004 tarihinde kabul edilmiş, 13.01.2004 tarih ve 25345 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme 1. maddesinde de belirtildiği üzere bütün ekonomik faaliyet kollarına ve 2. maddede öngörüldüğü üzere çalışan bütün işçilere uygulanır. Sözleşme'nin 3. maddesine göre "işçiler" terimi kamuda çalışanlar dâhil olmak üzere istihdam edilen bütün kişileri kapsar.

Sözleşme'nin 11. maddesi ile her üye devlete iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin ulusal bir politika geliştirmesi bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Bu kapsamda her üye devlet, Sözleşme'nin 4. maddesinde belirtilen politikaya etkinlik kazandırmak amacıyla Sözleşme'nin diğer maddelerinde belirtilen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hizmetlerin yerine getirilmesini sağlayacaklardır.

### 1.1.2. 161 Sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 25.06.1985 tarihinde kabul edilen 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetleri Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti tarafından da 07.01.2004 tarihinde 5039 sayılı Kanun ile kabul edilmiş ve 13.01.2004 tarih ve 25345 sayılı Resmi Gazete'de 5039 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 Sayılı Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 5. maddesi ile işverene iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması noktasında birtakım yükümlülükler öngörülmüştür. Bunun yanı sıra sözleşme üyesi her devlet bütün ekonomik faaliyet dallarında ve tüm işletmelerde, kamu sektörü ve üretim kooperatifleri üyelerini de kapsayan, bütün işçiler için, iş sağlığı hizmetlerini sürekli bir şekilde geliştirmeyi üstlenir<sup>18</sup>.

Sözleşmenin 5. maddesine göre işveren işletmedeki iş risklerine uygun ve yeterli olacak şekilde, işyerinde sağlığa zararlı risklerin tanımlanması ve değerlendirilmesini yerine getirecektir. Bunun yanı sıra işçilerin sağlığını gözetecek ve maddede sayılan diğer hususları yerine getirecektir.

<sup>17</sup> 155 sayılı Sözleşme'nin Türkçe metni için bkz. ILO, [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377299/lang-tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang-tr/index.htm), (Çevrimiçi: 28.02.2021); İngilizce metin için bkz. [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C155](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>18</sup> ILO, 161 Sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme, 3. madde, [https://www.ilo.org/ankara/%20conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377304/lang-tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/%20conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377304/lang-tr/index.htm) (Çevrimiçi: 28.02.2021).

### 1.1.3. 391 Sayılı İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Konsey Direktifi

Konuyla irtibatlı bir diğer düzenleme ise 391 sayılı İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 12 Haziran 1989 Tarih ve 89/391/EEC sayılı Avrupa Konseyi Direktifi'dir<sup>19</sup>. İş sağlığı ve güvenliğinin yeni ve gelişen yaklaşımı olan risk bazlı yaklaşımın temelini oluşturan ve işyerlerinin kendisine has iş sağlığı ve güvenliği koşullarının değerlendirilmesi ve önlemlerin bu durumlar göz önünde bulundurularak belirlenmesini sağlayan risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü, işverene Avrupa Birliği'nin 89/391 EEC sayılı Direktifi ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 161 sayılı Sözleşmesi ile işverenlere iş sağlığı ve güvenliğini sağlama noktasında birtakım yükümlülükler getirmiştir<sup>20</sup>. Bunlardan başlıcaları, işverenin işyerindeki tehlikelerin önüne geçmesi, önüne geçilemeyen kaçınılmaz tehlikeleri değerlendirmesi ve tehlikelerle kaynağında mücadele etmesidir.

## 1.2. Ulusal Düzenlemeler

### 1.2.1. T.C. Anayasası

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda<sup>21</sup> çalışma yaşamına ilişkin ücret, sendikalar, toplu iş sözleşmesi, grev, sosyal sigortalar gibi birçok konuda düzenleme bulunmakla birlikte iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Her ne kadar, iş sağlığı ve güvenliği Anayasa'da doğrudan düzenlenmesede "Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı" başlıklı 17. maddede herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, "Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması" başlıklı 56. maddesinde ise herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

### 1.2.2. Türk Borçlar Kanunu

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.417/2'de işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak hususundaki yükümlülüğü şu şekilde kaleme alınmıştır: "*İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; ... yükümlüdür.*" İşverenin gözetme borcu kapsamında Türk Borçlar Kanunu'nun söz konusu hükmüne değinildiğinden burada tekrar ele alınmayacaktır.

<sup>19</sup> Direktif'in İngilizce metni için bkz. Council Directive of 12 June 1989 on the Introduction of Measures to Encourage Improvement in the Safety and Health of Works, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0391&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>20</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Gereğesinden, <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0605.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>21</sup> R.G., 09.11.1982, 17863 (Mükerrer).

### 1.2.3. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu

İş sağlığı ve güvenliği alanında ihtiyaçlara cevap vermek amacıyla kamu ve özel sektör ayrımı gözetmeksizin uygulanacak bir İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun eksikliği göz önünde bulundurulmuş ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 20.06.2012 tarihinde kabul edilip 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak altı ay sonra yürürlüğe girmiştir.

Esasen 89/391/EEC sayılı Avrupa Birliği Konsey Direktifi esas alınarak 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete'de İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği yayımlanarak yürürlüğe girmişse de Danıştay 10. Dairesi tarafından iptal edilmiştir<sup>22</sup>. 10.06.2003 tarih ve 25134 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4857 sayılı İş Kanunu'nun<sup>23</sup> iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlerini ilga eden<sup>24</sup> 6331 sayılı Kanun işverenin bu konudaki temel yükümlülüklerini düzenlemiştir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesinde işverenin genel yükümlülükleri şu şekilde sayılmıştır:

*“a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.*

*b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.*

*c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.*

*ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.*

*d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır”.*

<sup>22</sup> “Gerçekten; iptal edilen İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinde, işyerlerinde risk değerlendirilmesi yapılacağından söz edilmekle birlikte, bunun ne demek olduğu, nasıl yapılacağı, hangi usul ve esaslara göre yapılacağı konusunda hiçbir hüküm bulunmamakta idi.”, İptal edilen İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği hakkında getirilen eleştiri için bkz. Ömer Ekmekçi, “Ana hatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarı Taslağı”, **Çimento İşveren Dergisi**, Mayıs 2008, C. 22, S. 3, s. 10.

<sup>23</sup> R.G., 10.06.2003, 25134.

<sup>24</sup> Yürürlükten kaldırılan hükümler

**MADDE 37 - 4857 sayılı Kanunun aşağıdaki hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır:**

a) 2'nci maddesinin dördüncü fıkrası.

b) 63'üncü maddesinin dördüncü fıkrası.

c) 69'uncu maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları.

ç) 77, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, 105 ve geçici 2'nci maddeler.

4857 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan “iş sağlığı ve güvenliği hükümleri saklı kalmak üzere” ifadesi ile 98'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “85'inci madde kapsamındaki işyerlerinde ise çalıştırılan her işçi için bin Yeni Türk Lirası,” ifadesi metinden çıkartılmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun m.417/2 hükmüne paralel olarak İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesi de işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli her türlü önlemi almasını öngörmüştür. Ayrıca işvereni risk değerlendirmesi (**Risk assessment, Risikobeurteilung**) yapmakla yükümlü kılan 4. madde bunu ayrı bir fıkrada düzenleyerek risk değerlendirmesine verdiği önemi göstermiştir.

İşvereni risk değerlendirmesi yapmakla yükümlü kılan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve bu Kanun'a dayanarak çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde "risk değerlendirmesi" şu şekilde tanımlanmıştır:

*"İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmalar".<sup>25</sup>*

Tanımdan da görüldüğü üzere risk değerlendirmesi temelde "risk" ve "tehlike" kavramları üzerine kuruludur<sup>26</sup>. Avrupa Komisyonu'nun risk değerlendirmesine ilişkin hazırladığı rehberde ise *"İşyerindeki bir tehlikenin ortaya çıkardığı koşulların meydana getirdiği risklerin çalışanların sağlık ve güvenliklerine ilişkin değerlendirilmesi süreci/işlemi"*dir<sup>27</sup>.

Risk değerlendirmesinin amacı işyerindeki mevcut tehlikelerin riske dönüşmeden evvel saptamak, mesleki riskleri önlemek, önlenemiyorsa asgari seviyeye indirmek, risklerden kaynaklanabilecek kayıp ve zararların oluşmasını engellemek, bu sayede iş kazası ve meslek hastalıklarının önüne geçmek; önüne geçilemeyen durumlar için asgari düzeye indirmek ve işçilerin işyerindeki tehlikeler konusunda bilgilendirilmesini sağlamaktır<sup>28</sup>. Dolayısıyla iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında risk değerlendirmesi ilk adım olarak kabul edilmektedir<sup>29</sup>. Her

<sup>25</sup> Mesleki Yeterlilik Kurumu tarafından yürürlüğe koyulan Ulusal Meslek Standartlarına Dair Tebliğlerde de (R.G., 6.12.2018, 30617) Risk Değerlendirmesi aynı şekilde tanımlanmıştır. Örneğin bkz. 2020/12 sayılı Tebliğ Ek-1 Cankurtaran (Seviye 3) Ulusal Meslek Standardı R.G. 15.03.2020, 31069.

<sup>26</sup> Benjamin O. Allı, ILO, **Fundamental Principles of Occupational Health and Safety**, International Labour Office, Geneva, Second Edition, s. 67, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms\\_093550.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_093550.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>27</sup> European Commission, **Guidance on Risk Assessment at Work**, s. 11, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0391&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>28</sup> Fatih Yılmaz, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C. 25, S. 1-2, s. 56, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1389608606.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021); Özdemir, s. 234.

<sup>29</sup> European Agency for Safety and Health at Work, OIRA: Free and Simple Tools for a Straightforward Risk Assessment Process, <https://osha.europa.eu/en/tools-and-resources/oira>, (Çevrimiçi: 28.02.2021); Ömer Ekmekçi, Esra Yiğit, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, Onikilevha Yayınları, Nisan 2020, s. 270; Fatih Yılmaz, "Risk Değerlendirmesi'nde Yöntem Tartışması", **Toprak İşveren Dergisi**, Yıl: 2010, Sayı: 86, (16-19), s. 16.



ne kadar risk değerlendirmesinin amacı iş kazası ve meslek hastalıklarını önlemekse de uygulamada her zaman sağlıklı sonuç vermesi beklenemez<sup>30</sup>.

Ulusal mevzuata bakıldığında risk değerlendirmesine ilişkin hükümler özellikle her sektörün ve işyerinin kendine has ihtiyaçlarına göre çıkarılan yönetmeliklerde düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmelikler şunlardır:

- İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa dayanılarak çıkarılan İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği<sup>31</sup>
- İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik<sup>32</sup>
- Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik<sup>33</sup>
- Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik<sup>34</sup>
- Yapı İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği<sup>35</sup>
- İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği<sup>36</sup>
- Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik<sup>37</sup>
- Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik<sup>38</sup>
- Çalışanların Titreşimle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik<sup>39</sup>
- Çalışanların Gürültü ile İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik<sup>40</sup>
- Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik<sup>41</sup>
- Kanserojen veya Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik<sup>42</sup>
- Tozla Mücadele Yönetmeliği<sup>43</sup>
- Maden İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Yönetmeliği<sup>44</sup>

<sup>30</sup> European Commission, **Guidance on Risk Assessment at Work**, s. 11.

<sup>31</sup> R.G., 29.12.2012, 28512.

<sup>32</sup> R.G., 24.12.2013, 28861.

<sup>33</sup> R.G., 25.01.2013, 28539.

<sup>34</sup> R.G., 12.08.2013, 28733.

<sup>35</sup> R.G., 05.10.2013, 28786.

<sup>36</sup> R.G., 25.04.2013, 28628.

<sup>37</sup> R.G., 30.04.2013, 28633.

<sup>38</sup> R.G., 15.06.2013, 28678.

<sup>39</sup> R.G., 22.08.2013, 28743.

<sup>40</sup> R.G., 28.07.2013, 28721.

<sup>41</sup> R.G., 16.04.2013, 28620.

<sup>42</sup> R.G., 06.08.2013, 28730.

<sup>43</sup> R.G., 05.11.2013, 28812.

<sup>44</sup> R.G., 19.09.2013, 28770.

- Sağlık ve Güvenlik İşaretleri Yönetmeliği<sup>45</sup>
- Elle Taşıma İşleri Yönetmeliği<sup>46</sup>
- İşyerlerinde İşveren veya İşveren Vekili Tarafından Yürütülecek İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerine İlişkin Yönetmelik<sup>47</sup>
- Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik<sup>48</sup>

#### 1.2.4. İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 10. ve 30. maddelerine dayanılarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından "İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği" hazırlanmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesinde risk değerlendirmesi ile ilgili olarak "*Risk değerlendirmesinin hangi işyerlerinde ne şekilde yapılacağı, değerlendirme yapacak kişi ve kuruluşların niteliklerinin belirlenmesi, gerekli izinlerin verilmesi ve izinlerin iptal*"<sup>47</sup>ine ilişkin konuların yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Hükümleri Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanı tarafından yürütülen ve 30.12.2012 tarihinde yürürlüğe giren yönetmeliğin amacı, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden yapılacak risk değerlendirmesinin usul ve esaslarını düzenlemektir (RDY m.1).

Yönetmeliğin kapsamı olarak 20.06.2012 tarihinde kabul edilen ve 30.06.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun uygulandığı işyerleri kabul edilmiştir (RDY m.2). Hangi işyerlerinin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına girdiği ise İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinde belirlenmiştir. Hemen ardından ise hangi işyerlerinin bu kanun kapsamında değerlendirilmeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre Risk Değerlendirme Yönetmeliği, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na paralel olarak fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç TSK, genel kolluk kuvvetleri ve MİT Müsteşarlığının faaliyetlerinde, afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetlerinde, ev hizmetlerinde, çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar ile hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme faaliyetlerinde uygulanmaz.

İşverenin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü konusunda gerek Kanun'da gerekse yönetmelikte kamu veya özel sektör ayrımı gözetilmediği gibi çalışan sayısı, işyerinin tehlike sınıfı gibi hususlar da risk değerlendirme yapma yükümlülüğü için

<sup>45</sup> R.G., 11.09.2013, 28762.

<sup>46</sup> R.G., 24.07.2013, 28717.

<sup>47</sup> R.G., 29.06.2015, 29401.

<sup>48</sup> R.G., 02.03.2019, 30702.

ayrım gözetmeksizin uygulanacaktır<sup>49</sup>. “*Bu Kanun kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına*<sup>50</sup> faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır” (İSGK m.2/(1)). Bu durumda yalnızca bir işçisi olan kırtasiyede dahi risk değerlendirilmesi yapılacaktır<sup>51</sup>. Uygulamada ise KOBİ olarak nitelendirilen küçük ve orta ölçekte işletmeler tarafından risk değerlendirmesinin yapılmadığı gözlemlenmektedir<sup>52</sup>.

İşveren; çalışma ortamının ve çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlama, sürdürme ve geliştirme amacı ile iş sağlığı ve güvenliği yönünden risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır (RDY m.5/1). Alman İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.5/1 hükmünde de işverenin işle bağlantılı riskleri tespit ederek iş sağlığı ve güvenliği için gerekli önlemlere karar vereceği düzenlenmiştir<sup>53</sup>.

Risk değerlendirmesi çeşitli yöntemlerle yapılabilmektedir. Bu yöntemler öğretilde sayısal (niceliksel, kantitatif, **quantitative**), sözel (niteliksel, kalitatif, **qualitative**) ve karma yöntemler olarak sınıflandırılmaktadır<sup>54</sup>. *Özkılıç*’a göre risk değerlendirmesi yöntemleri uygulanırken subjektif nitelikte olan sözel yöntemler yerine sayısal yöntemlerin kullanılması risklerin önlenmesinde ve önlenemiyorsa asgari seviyeye indirilmesinde daha etkili olacaktır<sup>55</sup>. Bununla birlikte her işyerinin, gerek farklı sektörde bulunması gerekse yapılan işin kendisine özgü tehlike ve riskleri barındırması dolayısıyla seçilecek risk değerlendirme yöntemi de farklılaşacaktır<sup>56</sup>. Bununla birlikte bazı risk değerlendirme yöntemleri belirli sektörlerde ve işlerle bir arada anılmaktadır<sup>57</sup>. Burada önemli olan risk değeri-

<sup>49</sup> Haluk Hadi Sümer, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2018, s. 173; Hasan Selçuk Selek, **İş Sağlığı ve Güvenliği - Temel Konular**, Ankara, Seçkin, 3. Baskı, 2019, s. 343; Murat Kandemir, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler**, İstanbul, Legal Yayınları, Aralık 2017, s. 139. Tulukçu, s. 722.

<sup>50</sup> Alman İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.2/2 hükmü de bu Kanun kapsamında “Çalışan” deyimini işçi, memur, hâkim, asker, mesleki eğitimle istihdam edilen ve maddede sayılan diğer kişilerin ifade edildiğini düzenlemiştir.

<sup>51</sup> Asiye Şahin Emir, **İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi**, Ankara, Seçkin, 2015, s. 100.

<sup>52</sup> Gümüşhane ilinde yapılan bir anket çalışması için bkz. Elif Çelenk Kaya/Necla İrem Ölmezoğlu İri/Zeynep Başkan Takaoğlu, “Risk Değerlendirmesi Ne Kadar Önemli? “İşveren Bakış Açısı”, **Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, Y. 2018, 7(4), (10-18), s. 15. (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>53</sup> Act on the Implementation of Measures of Occupational Safety and Health to Encourage Improvements in the Safety and Health Protection of Workers at Work (Arbeitsschutzgesetz- ArbSchG) Federal Law Gazette 1246.

<sup>54</sup> Geniş bilgi için bkz. Teoman Akpınar/Baki Yiğit Çakmakkaya, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenlerin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü”, Selek, **İş Sağlığı ve Güvenliği - Temel Konular**, (364-380).

<sup>55</sup> Özkılıç, s. 94.

<sup>56</sup> Yılmaz, “Risk Değerlendirmesi’nde Yöntem Tartışması”, s. 19.

<sup>57</sup> Örneğin kimya sektöründe HAZOP (**Hazard and Operability**), otomotiv sektöründe ise FMEA (**Failure Mode and Effect Analysis**) adı verilen risk değerlendirme yöntemi kullanılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Selek, s. 365, 375.

dirmesi yöntemi seçiminde işyerinin ve işin niteliğine uygun düşen bir yöntem tercih ediliyor olmasıdır. Bu bağlamda örneğin sözel yöntemlerin kullanılması gereken bir işyerinde sayısal, sayısal yöntemlerin kullanılması gereken bir işyerinde sözel risk yöntemlerin kullanılması hem en doğru sonucu vermeyecek hem de işverene külfet oluşturacaktır. Risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonu işveren veya işveren tarafından ekip içinden görevlendirilen bir kişi tarafından da sağlanabilir (RDY m.6/3). Risk değerlendirmesinin gerçekleştirilmiş olması; işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz (RDY m.5/2).

Risk değerlendirmesi yapılırken aşağıdaki hususlar dikkate alınır:

- a) Belirli risklerden etkilenecek çalışanların durumu.
- b) Kullanılacak iş ekipmanı ile kimyasal madde ve müstahzarların seçimi.
- c) İşyerinin tertip ve düzeni.
- ç) Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar<sup>58</sup> ile kadın çalışanların durumu<sup>59</sup>.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliği'nin<sup>60</sup> 6. maddesinde ise işverenin gebe veya emziren çalışanın sağlık ve güvenliği için tehlikeli sayılan kimyasal, fiziksel, biyolojik etkenlerin ve çalışma süreçlerinin çalışanlar üzerindeki etkilerini değerlendireceği düzenlenmiştir.

19.01.1992 tarih ve 92/85/EEC sayılı Hamile, Loğusa<sup>61</sup> veya Emzikli Kadın Çalışanların İşte Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Direktifi<sup>62</sup> 4. maddesinde üye devletlerin hamile, yeni doğum yapmış(loğusa), emzikli kadınların sağlık ve güvenliklerine ilişkin olası riskler ile hamilelik veya emzirmelerine ilişkin olası etkileri değerlendirmeleri ve ne tür önlemleri alacağına karar vermeleri gerektiğini düzenlemiştir.

<sup>58</sup> Geniş bilgi için bkz. Orhan Ersun Civan, "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar", **Ankara Barosu Dergisi**, 2017/4, (203-290).

<sup>59</sup> Bu konuda bkz. Alman İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4/1-(6) hükmünde özel koruma gerektiren grupların iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında karşı karşıya kaldıkları özel risklerin dikkate alınacağı belirtilmiştir. "*When adopting measures of occupational safety and health the employer shall abide by the following general principles: ... Consideration shall be given to special risks to groups of workers requiring particular protection*"

<sup>60</sup> R.G., 16.08.2013, 28737.

<sup>61</sup> Sözleşme metninde "yeni doğum yapan çalışanlar" anlamına gelen "*workers who have recently given birth*" ifadesi kullanılmış olsa da T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 2014 yılında hazırlanan "Çalışma Mevzuatı ile İlgili Avrupa Birliği Direktifleri" isimli yayında "loğusa" ifadesi kullanıldığı için biz de Sözleşme'nin ismini bu şekilde zikrettik.

<sup>62</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 92/85/EEC sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992L0085&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik<sup>63</sup> m.5 hükmünde işverenlerin çocuk ve genç işçilerin tecrübe eksikliği, mevcut veya muhtemel riskler konularında bilgisizlik veya tamamen gelişmiş olmalarına bağlı olarak gelişmelerini, sağlık ve güvenliklerini tehlikeye sokabilecek herhangi bir riske karşı korunmalarını temin edeceği düzenlenmiştir (m.5/3).

Her ne kadar 6331 sayılı Kanun ve Risk Değerlendirme Yönetmeliğinde ve diğer mevzuatta düzenlenmese de risk değerlendirmesi yapılırken işyerine geçici olarak gelenlerin, ziyaretçilerin ve müşterilerin de dikkate alınması gerekmektedir<sup>64</sup>. Keza, COVID-19 salgını ile mücadele edilen bugünlerde Büyük Britanya Sağlık ve Güvenlik Dairesi tarafından yayımlanan örnek risk değerlendirmesi rehberinde yüzeylerin yeterli düzeyde temiz tutulmaması hâlinde müşteri ve ziyaretçilerin de Coronavirüs'ü alma veya yayma ihtimali göz önünde bulundurulmuştur<sup>65</sup>.

İşyerinde uygulanan iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri, çalışma şekilleri ve üretim yöntemleri; çalışanların sağlık ve güvenlik yönünden korunma düzeyini yükseltecek ve işyerinin idari yapılanmasının her kademesinde uygulanabilir nitelikte olmalıdır (İSGK m.10/3). Dolayısıyla üstünkörü yapılan risk değerlendirmesi neticesinde alınacak tedbirler gerekli korumayı sağlamayacak, işverenin işçiyi gözetim borcuna aykırılık oluşturacaktır<sup>66</sup>.

Elliden az çalışanı bulunan<sup>67</sup> ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin işveren veya işveren vekili tarafından yürütülebilmesine ilişkin usul ve esasları belirleyen İşyerlerinde İşveren veya İşveren Vekili Tarafından Yürütülecek İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerine İlişkin Yönetmeliği<sup>68</sup> 18. maddesi uyarınca bu Yönetmelik kapsamındaki işyerlerinde Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından ilan edilen eğitimleri tamamlayan işveren veya işveren vekilleri, risk değerlendirmesini bizzat yerine getirebilir. Dolayısıyla işveren veya vekilinin risk değerlendirmesini kendisinin yapmasının koşullarını şu şekilde sıralayabiliriz;

<sup>63</sup> R.G., 06.04.2004, 25425.

<sup>64</sup> Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, **Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Demiryolu Çalışmalarında İş Sağlığı ve Güvenliği Vagon Bakım Onarım Atölyesi Risk Değerlendirmesi Örneği**, s. 33, <http://casgem.gov.tr/dosyalar/kitap/27/dosya-27-6203.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>65</sup> Health and Safety Executive, **What to Include in Your COVID-19 Risk Assessment**, <https://www.hse.gov.uk/coronavirus/assets/docs/risk-assessment.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>66</sup> Tankut Centel, "İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenlik Sağlama Yükümü", **Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi**, C. 27 S. 3, Mayıs 2013, s. 10.

<sup>67</sup> Yönetmeliğin ilk hâlinde çalışan sayısı on olarak belirlenmişti. Ancak işyerlerinde İşveren veya İşveren Vekili Tarafından Yürütülecek İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile on çalışan sayısı elli olarak değiştirilmiştir. R.G., 21.05.2018, 30427.

<sup>68</sup> R.G., 26.06.2015, 29401.

- 1) İşyerinde elliden az çalışan bulunması
- 2) İşyerinin az tehlikeli sınıfta yer alması
- 3) Risk değerlendirmesini yapacak işveren veya işveren vekilinin iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip olması

Elli çalışanın hesaplanmasında alt işverenin işçileri, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu kapsamındaki ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamındaki öğrenci statüsündeki çırak ve stajyerler dikkate alınmayacaktır (Yön. m.2/2-b,c).

Risk değerlendirmesini kendisi yerine getiren işverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Biriminden veya Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinden bu hizmeti alma zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla daha çok küçük esnaf olarak nitelendirdiğimiz ve az tehlikeli sınıfta çalışan işyerlerinde işverenler veya işveren vekilleri risk değerlendirmesini kendileri yapabileceklerdir. Bu kapsamda az tehlike sınıfında bulunan örneğin hediyelik eşya, kırtasiye, büro mobilyaları toptan ticareti, perakende ticaret yapan bakkal gibi işletmelerde işverenler elliden az çalışana sahip iseler risk değerlendirmesini bireysel olarak yapabileceklerdir.

İşverenler risk değerlendirmesi yapılması hususunda Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın hazırladığı "Risk Değerlendirme Rehberleri"nden yararlanabilirler<sup>69</sup>. Bu hususta, T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Araştırma ve Geliştirme Enstitüsü (İSGÜM) Başkanlığı'nın görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen Yönetmelik'te Enstitü Başkanlığı'nın teknik bölümlerine sektörlere yönelik risk değerlendirmesi çalışmalarını yapmak ve elde edilen verilere göre çalışanların sağlığı ve güvenliği bakımından koruyucu ve önleyici tedbirleri almak yükümlülüğü getirilmiştir (m.9/1). Bunun yanı sıra İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik<sup>70</sup> uyarınca kamu kurum ve kuruluşları hariç olmak üzere ondan az çalışanı bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yerine getirilmesi için sağlanacak destekten gerekli şartları sağlamaları halinde yararlanabilirler.

## 2. Risk Değerlendirmesine İlişkin Temel Kavramlar

"Risk" kavramı yalnızca iş sağlığı ve güvenliği hukukundan aşına olduğumuz bir terim değildir. Zira, sosyal sigortalar, kentsel dönüşüm, banka, şirketler hukuku gibi mevzuatın birçok alanında farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılır.

<sup>69</sup> Apartmanlar, Basım Sanayii ve Matbaalar, Boya İşleri, Çağrı Merkezleri, Deri ve Tabaklama İşleri, Diş Klinik ve Muayenehaneleri ve Kuru Temizlemeciler için hazırlanan risk değerlendirme rehberleri için bkz. T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/isggm/hizmetlerimiz/yayinlar/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>70</sup> R.G., 03.05.2014, 28989.

mıştır<sup>71</sup>. “Risk”, Türk Dil Kurumu tarafından “*Zarara uğrama tehlikesi, riziko*” olarak tanımlanmaktadır<sup>72</sup> (**risque, risiko**).

Gerek 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda gerekse 6331 Sayılı Kanun’un 10. ve 30. maddelerine dayanılarak yürürlüğe konulan İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği’nin “Tanımlar” başlıklı 3. maddelerinde ise “*Tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma ya da başka zararlı sonuç meydana gelme ihtimali*” olarak tanımlanmıştır<sup>73</sup>. Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik ise “*Tehlikeden kaynaklanacak kayıp, yaralanma, çevre kirliliği ya da başka zararlı sonuçların meydana gelme ihtimali*” olarak tanımlayarak benzer bir tanımlama yapmıştır. Tehlikeli Maddelerin ve Müstahzarların Sınıflandırılması, Ambalajlanması ve Etiketlenmesi Hakkında Yönetmelik<sup>74</sup> m.4/1-k hükmünde “*Tehlikeli maddelerin ve müstahzarların kullanım şartlarında ve/veya tehlikeli maddelere ve müstahzarlara maruz kalınması durumunda, maddelerin ve müstahzarların çevre ve insan sağlığına zarar verme olasılığını ve zararın ciddiyet derecesi*” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla risk, “Kaynağını tehlikeden alan ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan zarar meydana getirme ihtimali” olarak tanımlanabilir.

<sup>71</sup> 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu’nda genel sağlık sigortası tanımlanırken kişilerin sağlık riskleri ile karşılaşmaları hâlinde oluşan harcamaların finansmanını sağlayan sigorta olduğu belirtilmiştir. Burada hastalık hâlleri “risk” ifadesi ile tanımlanmıştır. İnsan sağlığının korunması için gıda ve yem güvenliğini etkileyen konularda yapılan risk değerlendirmesine ilişkin Risk Değerlendirme Komite ve Komisyonlarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (R.G., 24.12.2011, 28152) m.4(1)-g hükmünde ise “risk” ve m.4(1)-h hükmünde “risk değerlendirmesi”nin tanımı yapılmıştır. Yönetmelikte risk, “*sağlık üzerinde olumsuz etki yaratma ihtimali bulunan tehlike ile şiddeti arasındaki fonksiyonel ilişki*” olarak tanımlanmıştır. Risk değerlendirmesi ise “*Bilimsel olarak tehlikenin tanımlanması, tehlikenin niteliklerinin belirlenmesi, tehlikeye maruz kalmanın değerlendirilmesi ve risk unsurlarının belirlenmesini kapsayan süreç*” olarak nitelendirilmiştir. 5902 sayılı Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanunu’nun (R.G., 17.06.2009, 27261) 703 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan 2. maddesinde ise risk “*Belirli bir alandaki tehlike olasılığına göre kaybedilecek değerlerin ölçüsü*” olarak tanımlanmıştır. 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun’da (31.05.2012, 28309) ise “Riskli alan” ve “Riskli yapı” ifadeleri kullanılmaktadır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (R.G., 14.02.2011, 27846) şirketlere ilişkin erken saptanması sistemi ve komitesi öngörülmüştür. Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından 28945 sayı ve 18.03.2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Riskin Erken Saptanması Sistemi ve Komitesi Hakkında Denetçi Raporuna İlişkin Esaslar m.4/1-b uyarınca risk “*Şirketin varlığını, gelişmesini ve sürekliliğini tehdit edebilecek gelişmelerin ortaya çıkma ihtimalidir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Buradaki risk kavramı finansal bir anlam taşımakta iken iş hukukunda ise risk, sağlık ve güvenliğe ilişkin bir kavram olarak kullanılmaktadır. Risk kavramının iktisadi bir nitelik taşıdığı diğer bir düzenlemeye göre ise 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 1. Ek madde uyarınca kurulan Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi Birliği de finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerini toplayarak bu kuruluşlarla paylaşmaktadır.

<sup>72</sup> Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>73</sup> “Risk” kelimesinin tarihçesi için bkz. Mehmet Yazıcı, **İş Sağlığı ve Güvenliğinde Risk Yönetimi**, İstanbul, Beta Yayınları, 2. Baskı, 2019, s. 9.

<sup>74</sup> R.G., 26.12.2008, 27092 (Mükerrer).

Tehlike (**hazard**) ise İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde "İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek, çalışanı veya işyerini etkileyebilecek zarar veya hasar verme potansiyeli" olarak tanımlanmıştır.

Her ne kadar "risk" ve "tehlike" genellikle aynı anlamda kullanılsa da aslında ifade ettikleri anlam birbirinden oldukça farklıdır<sup>75</sup>. Basit bir örnekle tehlike ve risk terimlerini açıklamak gerekirse, hediyelik eşya satılan bir mağazada "tehlike" rafların taşıyamayacak kadar ağır eşya ile doldurulması iken "risk" bu eşyaların düşerek işyerindeki işçi yahut müşterilere zarar vermesidir. Burada hediyelik eşyaların düşmesine rağmen çalışan veya müşterilere zarar vermemesi Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nde ramak kala olay (**near miss**) olarak nitelendirilmiştir. Buna göre, işyerinde meydana gelen; çalışan, işyeri ya da iş ekipmanını zarara uğratma potansiyeli olduğu halde zarara uğratmayan olay ramak kala olaydır (RDY m.4/1-d).

Ramak kala olaylar günlük hayatta "kıl payı", "ucuz atlatma" "haksız olay" şeklinde de ifade edilmektedir<sup>76</sup>. Çalışanlar meydana gelen ancak herhangi bir zarara sebebiyet vermeyen bu olaylara ilişkin gözlemlerini "Ramak Kala Olay Bildirim Raporuna" aktarır<sup>77</sup>. Söz konusu olay denizde çalışanların sağlık ve güvenliklerini etkileyen veya etkileyebilen bir olay niteliğindeyse Balıkçı Gemilerinde Yapılan Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik<sup>78</sup> m.5/1-c hükmü gereği olay gemi jurnaline yazılır.

### 3. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu

İş sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olmasının sonuçlarından birisi işverenin işçiyi gözetme (koruma) borcudur. İşverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamına giren yükümlülükler sınırlı şekilde sayılmamıştır. Dolayısıyla bu borcun kapsamı dürüstlük ve iyiniyet kurallarına göre değerlendirmelidir<sup>79</sup>. Bununla birlikte işverenin gözetme borcunun kapsamına işçinin kişiliğinin ve kişisel verilerinin korunması, işçinin işyerinde cinsel ve psikolojik tacize karşı korunması ve işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması girer. Geniş manada gözetme borcunun kapsamında yer alan iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu işverenin temel yükümlülüklerinden birisidir<sup>80</sup>. İşveren, iş organizasyonunda kendisine bağımlı şekilde yer alan işçisinin yaşam ve sağlık hakkını, beden

<sup>75</sup> Özkılıç, s. 108.

<sup>76</sup> Erdem Özdemir, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 248; İbrahim Aydın, **İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2015, s. 119.

<sup>77</sup> Teoman Akpınar, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2018, s. 161.

<sup>78</sup> R.G., 20.08.2013, 28741.

<sup>79</sup> Sarper Süzek, **İş Hukuku**, İstanbul, Beta, 17. Baskı, 2019, s. 399.

<sup>80</sup> Süzek, s. 410. Tankut Centel, **İş Hukuku, Cilt: I, Bireysel İş Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınları, 1994, s. 163.



bütünlüğünü korumakla yükümlüdür<sup>81</sup>. Diğer bir deyişle işveren, işçinin kendi otoritesi altında bulunduğu süre zarfında işçinin kişiliğini korumalı, işçisinin beden ve ruh bütünlüğüne gelebilecek zararları önlemek zorundadır.

İşverenin işçiyi gözetim borcunun kanuni dayanağı ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun<sup>82</sup> “işçinin kişiliğinin korunması” başlıklı 417. maddesidir. Söz konusu hükme göre:

*“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine<sup>83</sup> uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.*

*İşveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür”.*<sup>84</sup>

Maddenin ilk fıkrasında işverenin gözetme borcunun geniş manada, ikinci fıkrasında ise dar manada düzenlendiği ifade edilmektedir<sup>85</sup>. İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için işverene gerekli her türlü tedbiri alma yükümlülüğü getiren fıkra hükmü öğreti ve Yargıtay tarafından işverenin sağlamak zorunda olduğu önlemlerin kapsamının teknolojiye, bilimde ve iş deneyiminde ulaşılan o andaki duruma göre belirleneceği şeklinde yorumlanmıştır<sup>86</sup>.

#### 4. Risk Değerlendirmesinin Uygulanması ve Aşamaları

Risk değerlendirmesinin uygulamada nasıl gerçekleştirileceği 6331 sayılı Kanun tarafından açıklanmamış, bu konudaki açıklık Risk Değerlendirmesi Yö-

<sup>81</sup> Teoman Akpınar/Baki Yiğit Çakmakkaya, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenlerin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, S. 40, 2014/1, (273-304), s. 274.

<sup>82</sup> R.G., 04.02.2011, 27836.

<sup>83</sup> Süzek'e göre “dürüstlük ilkesine uygun”luk madde gerekçesinden hareketle ahlaka uygunluk olarak yorumlanması gerekmektedir, bkz., Süzek, s. 401.

<sup>84</sup> Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yükümlülükleri hakkında geniş bilgi için bkz. Ulaş Bay-sal, **Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri**, İstanbul, Beta, 2019.

<sup>85</sup> Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, Beta, 31. Baskı, 2018, s. 339.

<sup>86</sup> Süzek, s. 412; Ekmekçi, Yiğit, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, s. 265. “Kaçınılmazlığın genel bir tanım yapılacağı olursa denilebilir ki kaçınılmazlık, önüne geçmenin imkânsız olduğu veya ne kadar özen gösterirse gösterebilir, hangi tedbir alınır alınsın oluşması engellenemeyen bir durumu ifade eder. İşverenin mevzuatta yer almasa bile, iş sağlığı ve güvenliği yönünden aklın, bilimin, tekniğin gerekli gördüğü her türlü önlemi almak zorunda olduğu Yargıtayın yerleşik içtihatlarındandır. Alınması gereken her türlü tedbir objektif olarak işverenden beklenen makul tedbirler olmalıdır.” Yargıtay 10. HD., E. 2016/12500 E., K. 2018/10540, K.T.: 12.12.2018, Legalbank, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

netmeliği ile sağlanmıştır<sup>87</sup>. Risk değerlendirmesi tüm işyerleri için tasarım veya kuruluş aşamasından başlamak üzere tehlikeleri tanımlama, riskleri belirleme ve analiz etme, risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması, dokümantasyon, yapılan çalışmaların güncellenmesi ve gerektiğinde yenileme aşamaları izlenerek gerçekleştirilir (RDY m.7/1). İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4/4 uyarınca “İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz”. Dolayısıyla işveren, risk değerlendirmesini işçilerin sağlık ve güvenliği için yaptığını bahane ederek risk değerlendirmesinden doğan maliyeti çalışanlardan talep edemez. Örneğin, risk değerlendirmesi için ortak sağlık ve güvenlik biriminden hizmet aldığı ve belirli bir bedel ödediğini ileri sürerek işçi ücretlerinde kesinti yapamaz.

Risk değerlendirmesine katılan işçilerin, bu süreçte geçirdikleri süre çalışma süresinden sayılması gereklidir. 6331 sayılı Kanun’un “Çalışanların Eğitimi” başlıklı 17. madde hükmünde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin eğitimde geçen sürenin çalışma süresinden sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak risk değerlendirme çalışmaları için benzer bir hüküm öngörülmemiştir. Kanaatimizce, iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinde olduğu gibi risk değerlendirmesine katkıda bulunarak mesai harcayan işçinin çalışma süresi hesaplanırken risk değerlendirmesine katkıda bulunduğu süre de dikkate alınmalıdır. Küçük ve az tehlikeli sınıfta yer alan işletmelerde yapılan risk değerlendirmelerinin kısa sürede tamamlanabileceği düşünülebilirse de bilhassa büyük veya tehlikeli / çok tehlikeli sınıfta yer alan işletmelerde yapılacak risk değerlendirmeleri ciddi bir mesai gerektirebilir. Risk değerlendirmesinde geçirilecek sürenin çalışma süresinden sayılmasının doğuracağı sonuçlar oldukça farklı olacaktır. Bu kapsamda, risk değerlendirmesine katıldığı süre dâhil haftalık 45 saatlik bir çalışmanın üstünde mesai yapan bir işçi fazla çalışma ücretine hak kazanabilecektir. Buna karşın risk değerlendirmesi çalışmalarında bulunulan sürenin çalışma süresinden sayılmayacağı kabul edilir ve haftalık 45 saatlik süreye ulaşamazsa işçi fazla mesai ücretine hak kazanamayacaktır. Bu gibi hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için risk değerlendirmesinde geçirilen sürenin çalışma süresinden sayılacağı kabul edilmeli ve işçilik alacakları buna göre hesaplanmalıdır.

#### 4.1. Risk Değerlendirmesi Ekibi

Risk değerlendirmesi, işverenin oluşturduğu<sup>88</sup> bir ekip tarafından gerçekleştirilir. Risk değerlendirmesi ekibi işveren veya işveren vekili, iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri, çalışan temsilcilerinden oluşur. Risk değerlendirmesi

<sup>87</sup> Emir, **İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi**, s. 101.

<sup>88</sup> Anonim şirketlerde yönetim kurulu ve limited şirketlerde müdürün risk değerlendirme ekibi ataması kararı örnekleri için bkz. Mehmet Celal Gökçen, **İş Hukuku ve Ticaret Hukuku Uygulama Kılavuzu**, Bursa, B PLAS, 4. Baskı, 2017, s. 296, 320.

yapılırken çalışanların ihtiyaç duyulan her aşamada sürece katılarak görüşlerinin alınması sağlanır (RDY m.7/2). ILO'nun 161 sayılı Sözleşmesi'nde de iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında işçilerin katılımına ve bu kapsamda sorumluluklarına dikkat çekilmiştir<sup>89</sup>.

İşveren, risk değerlendirmesi çalışmaları sırasında görevlendirilen kişi veya kişilere risk değerlendirmesi ile ilgili ihtiyaç duydukları her türlü bilgi ve belgeyi temin eder (RDY m.5/3). Buna karşılık risk değerlendirmesi çalışmalarında görevlendirilen kişi veya kişiler işveren tarafından sağlanan bilgi ve belgeleri korur ve gizli tutar. İşçilerin risk değerlendirmesi sırasında edindikleri bilgileri sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunarak ifşa etmesi hâlinde iş sözleşmeleri işveren tarafından İK 25/2-e bendi uyarınca haklı nedenle feshedilebilir<sup>90</sup>.

İşveren, risk değerlendirmesi çalışmalarında görevlendirilen kişi veya kişilerin görevlerini yerine getirmeleri amacıyla araç, gereç, mekân ve zaman gibi gerekli bütün ihtiyaçlarını karşılar, görevlerini yürütmeleri sebebiyle hak ve yetkilerini kısıtlayamaz (RDY m.6/(4)).

İşveren bu kapsamda risk değerlendirmesini işyerindeki çalışanlardan oluşturacağı bir ekip vasıtasıyla gerçekleştirebileceği gibi işyerinde gerekli niteliklere sahip personel bulunmuyorsa dışarıdan hizmet almak suretiyle de işyerinde risk değerlendirmesini gerçekleştirebilir<sup>91</sup>. İşverenin risk değerlendirmesini dışarıdan hizmet alarak gerçekleştirdiği organizasyonlar “Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi”<sup>92</sup> olarak ifade edilmektedir. Bu husus İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nde<sup>93</sup> şöyle ifade edilmiştir: “İşveren, işyerinde gerekli niteliklere sahip personel bulunmaması halinde birinci fıkrada sayılan yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını, OSGB'lerden hizmet alarak yerine getirebilir” (İSGHY m.5/(2)).

Her ne kadar işverenin Ortak Sağlık ve Güvenlik Biriminden (**Joint Health and Safety Unit**) hizmet alma imkânı olsa da risk değerlendirmesine ilişkin çalışmalar işyerinde kurulan organizasyon çerçevesinde gerçekleştirilecektir<sup>94</sup>. İş

<sup>89</sup> Her işverenin istihdam ettiği işçilerin sağlık ve güvenliği için sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla ve işçilerin iş sağlığı ve güvenliği konusunda katılımının gerekliliği göz önüne alınarak, iş sağlığı hizmetleri, işletmedeki iş risklerine uygun ve yeterli olacak şekilde aşağıdaki görevleri kapsayacaktır (161 sayılı sözleşme 5. madde).

<sup>90</sup> Aydın Başbuğ/Mehtap Yücel Bodur, **İş Hukuku**, İstanbul, Beta, 5. Baskı, 2018, s. 431.

<sup>91</sup> 1989 tarih ve 391 sayılı AB Konsey Direktifi & İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m.5/2.

<sup>92</sup> Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi (OSGB): Kamu kurum ve kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ile 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre faaliyet gösteren şirketler tarafından, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen birimi ifade eder (İSGHY m.4/1(f)).

<sup>93</sup> R.G., 29.12.2012, 28512.

<sup>94</sup> Yazıcı, s. 193.

sağlığı ve güvenliği hizmetlerini yürütmek üzere işyerinden personel görevlendirmek veya OSGB'lerden hizmet almak suretiyle bu konudaki yetkilerini devreden işverenin bu hizmetlere ilişkin yükümlülükleri devam eder (İSGHY m.5/(6)). Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimlerinden hizmet almanın<sup>95</sup> oluşturduğu en önemli sorununun bu alanda faaliyet gösteren birtakım şirketlerin salt ticari gaye ile hareket ederek risk değerlendirmesini ucuza yapmalarının karşılığında özensiz şekilde bu görevi yerine getirmeleri olduğu ifade edilmektedir<sup>96</sup>. Bir başka sorun ise işverenlerin bir başka işveren tarafından daha önce yapılmış risk değerlendirmesi raporunu kendi işyeri için yapmış gibi göstermesidir<sup>97</sup>.

Elli ve fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalarda bulunmak üzere kurul oluşturur. Bu kurulun çalışma usul ve esaslarına ilişkin düzenlemeler İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik<sup>98</sup> ile yapılmıştır. Yönetmelik'e göre işveren kurul üyelerine iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermekle yükümlü (m.7/1) olduğu gibi "risk değerlendirmesi" de verilen eğitimler arasında yer almalıdır (m.7/1-ğ).

#### 4.1.1. İşveren veya İşveren Vekili

İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirme Yönetmeliği uyarınca işveren tarafından oluşturulacak risk değerlendirme ekibinde işverenin de bulunacağını öngörülmesi işverenin kendi işyerinde ortaya çıkabilecek riskler hakkında yakından bilgi sahibi olmasını amaçlandığı düşünülebilir. Ayrıca işyerinde mevcut bulunan tehlikeler ya da dışarıdan kaynaklanan ve işyeri açısından risk oluşturan tehlikeler hakkında bilgi sahibi olmak işverenin en doğal hakkıdır.

6331 sayılı Kanun'a göre işveren çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları ifade etmektedir (İSGK m.3/1-ğ). Kanun'da çalışan ise "*Kendi özel statülerine bakılmaksızın kamu veya özel işyerlerinde istihdam edilen gerçek kişi*" olarak tanımlanmıştır. 6331 sayılı Kanun 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak işveren tanımının kapsamını daha geniş tutmuştur. Buna göre "*Çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi*

<sup>95</sup> Geniş bilgi için bkz. Ebru Karabacak, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Dışarıdan Temini", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 74, (501-527); Seher Demirkaya, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Dışarıdan Temini", **Çimento İşveren Dergisi**, 2014, S. 6.

<sup>96</sup> Özgür Hakan Çavuş, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında Ofis İşyerlerinde Risk Değerlendirmesi", **Çalışma İlişkileri Dergisi**, Y. 2015, C. 6, S. 2, (1-14), s. 12, <http://dergi-park.gov.tr/download/article-file/308070>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>97</sup> Selçuk Şahin, **6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre İşyeri Hekimliği ve İş Güvenliği Uzmanlığı**, Ankara, Adalet Yayınları, 2018, s. 129. Benzer bir değerlendirme için bkz. Şeref Özcan, "Türkiye'de İş Kazalarının Sebepleri ve İş Güvenliği Kültürü", **Türkiye İnsan Hakları Kurumu İş Sağlığı ve Güvenliği Çalıştayı**, 23.10.2014, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, Ankara, Şubat 2015, (55-63), s. 60.

<sup>98</sup> R.G., 18.01.2013, 28532.

*yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar*” 6331 sayılı Kanun anlamında işveren sayılacaklardır. Dolayısıyla işyerindeki stajyerler, çıraklar vb. 4857 sayılı İş Kanunu anlamında işçi sayılmayan ancak iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden kuşkusuz yararlanması gerekli işyerindeki diğer çalışanlar da iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı kapsamına alınmıştır. Bununla birlikte “çalışan” ifadesinin kullanılması ile kamu kesimi ile özel sektörde istihdam edilenler arasındaki ayırım ortadan kaldırılmış ve ifade konusunda birliktelik sağlanmıştır<sup>99</sup>.

6331 sayılı Kanun’un “Tanımlar” kısmında işveren vekili ayrıca tanımlanmamış olup 4857 sayılı İş Kanunu’ndaki işveren vekili tanımına benzer şekilde işveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekillerinin 6331 sayılı Kanun’un uygulanması bakımından işveren sayılacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı yapılan işlem ve yükümlülüklerinden doğan hukuki sorumluluk doğrudan işverene aittir. Bununla birlikte gerek 6331 sayılı Kanun’da gerekse Risk Değerlendirme Yönetmeliği’nde risk değerlendirmesinde görevli kişilerin risk değerlendirmesinden doğan sorumluluğuna ilişkin özel bir hüküm olmaması eleştiriyi karşılanmıştır<sup>100</sup>.

#### 4.1.2. İş Güvenliği Uzmanları ile İşyeri Hekimleri

İşyerinde sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları<sup>101</sup> ile işyeri hekimleri<sup>102</sup> de 6331 sayılı Kanun’da risk değerlendirmesi yapan ekip içerisinde sayılmıştır. Buna göre, “işyeri hekimi”<sup>103</sup> iş sağlığı ve güvenliği alanında

<sup>99</sup> Tankut Centel, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Kapsamı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2013, C. 19, S. 2, s. 81.

<sup>100</sup> Levent Akın, “Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği’nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Mart 2012, S. 25, (33-43), s. 37.

<sup>101</sup> İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (R.G., 29.12.2012, 28512). Ayrıca bkz. Çok Tehlikeli İşlerde Görevlendirilecek (C) Sınıfı İş Güvenliği Uzmanları Hakkında Tebliğ (R.G., 14.06.2013, 28677).

<sup>102</sup> İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik (R.G., 20.07.2013, 28713).

<sup>103</sup> İşyeri hekimi hakkında geniş bilgi için bkz. Ali Güzel, “Dünyamızda ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu**, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara, 24 Mayıs 2003, (9-64); Aydın Başbuğ, “İşyeri Hekiminin İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Organizasyonundaki Yeri ve İşçi Sağlığı ve İş Güvenliğinin Gerçekleştirilmesindeki Rolü”, **Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu**, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara, 24 Mayıs 2003, (65-97); Ali Nafiz Konuk, “İşyeri Hekimi İstihdamında Geline Son Nokta”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Eylül 2006, Yıl 1, Sayı 3, (81-85); Veli Karagöz, “İşyeri Hekimliği Kurumu ve Uygulama Sorunları”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, X. 1-2, (361-394); Necdet Kök, **Türk Hukukunda İşyeri Hekimi**, Ankara, Lykeion Yayınları, Ekim 2019; Selçuk Şahin, **6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre İşyeri Hekimliği ve İş Güvenliği Uzmanlığı**, Adalet Yayınları, Ocak 2018; Celal Erkut, “İdare Hukuku Açısından İşyeri Hekimliğine Yaklaşım ve Türk Tabipler Birliği’nin Rolünün Kısa Bir Değerlendirmesi”, **Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu**, Türk Tabipler Birliği Yayınları, Ankara, 24 Mayıs 2003, (99-104).

görev yapmak üzere Bakanlıkça (Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı) yetkilendirilmiş, işyeri hekimliği belgesine sahip hekim (İSGK m.2/1-ı) ifade ederken “İş Güvenliği Uzmanı”<sup>104</sup> ise “*İş sağlığı ve güvenliği alanında görev yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş, iş güvenliği uzmanlığı belgesine sahip, Bakanlık ve ilgili kuruluşlarında çalışma hayatını denetleyen müfettişler ile mühendislik veya mimarlık eğitimi veren fakültelerin mezunları ile teknik elemanı*” ifade etmektedir (İSGK 3/1-f). İş güvenliği uzmanı, işyeri hekimisi ve diğer sağlık personelinin ifade etmek üzere mevzuatta “İSG profesyonelleri” ifadesi de kullanılmaktadır<sup>105</sup>.

İşverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmanlık yapmak üzere görevlendirilen işyeri hekimisi ve iş güvenliği uzmanı, görev aldığı işyerinde göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirler ve işverene yazılı<sup>106</sup> olarak bildirir (İSGK m.8/2).

İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik’te işyeri hekimlerinin görevleri beş ana başlık altında sayılmıştır. Bu görevler, “rehberlik”, “risk değerlendirmesi”, “sağlık gözetimi”, “eğitim, bilgilendirme ve kayıt” ve “ilgili birimlerle işbirliği” başlığı altında düzenlenmiştir. Yönetmeliğin m.9/2-b hükmünde işyeri hekiminin risk değerlendirmesine ilişkin görevleri düzenlenmiştir. Hükme göre işyeri hekimisi risk değerlendirmesine katılmak ve risk değerlendirmesi sonucunda alınması gereken sağlık ve güvenlik önlemleri konusunda işverene önerilerde bulunmak ve takibini yapmakla

<sup>104</sup> İş güvenliği uzmanı hakkında geniş bilgi için bkz. Nurşen Canikioğlu, “İş Güvenliği Uzmanı ve İşyeri Hekimi İstihdamı”, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı” Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 25 Nisan 2012, Ankara, 2012, (41-54). Mehmet Harun Elçi, **İşverenin İş Güvenliği Uzmanı Bulundurma Yükümlülüğü**, Ankara, Yetkin Yayınları, Mayıs 2020; Mahmut Kabakçı, “İşyeri Hekimi ile İş Güvenliği Uzmanının İş Güvenliği Organizasyonundaki Konumu ile Sorumluluğu”, **Emeğin Hukuku Kurultayı**, Ankara, 2015, (73-102); Efe Yamakoğlu, **İşverenin İşyeri Hekimi ve İş Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü**, Ankara, Seçkin Yayınları, Eylül 2016; Ertuğrul Yuvalı, “İş Güvenliği Uzmanları ve İşyeri Hekimlerinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları ve İş Güvencesi”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi**, 2016, 13(50), (849-884); Saim Ocak, **İş Güvenliği Uzmanlığı**, Ankara, Adalet Yayınları, 2013. Saim Ocak, “İş Güvenliği Uzmanlığındaki Gelişmelere Topluca Bakış”, **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Serisi No. 5, İstanbul, 2014, s. 143; Tarık Gökhan Tosun, “İş Güvenliği Uzmanı”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, S. 103, C. 10, Haziran 2018, (12-19); Şükran Ertürk/Asiye Şahin Emir, “İşyeri Hekimlerinin ve İş Güvenliği Uzmanlarının Eğitiminde ve Çalışma Koşullarında Ortaya Çıkan Sorunlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 100, Aralık 2014, (361-373).

<sup>105</sup> Bkz. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi Hakkında Tebliğ m.3(1)-b R.G., 03.05.2014, 28989.

<sup>106</sup> İş sağlığı ve güvenliği uzmanı yapılan risk değerlendirmesinde tespit edilen tavsiyelerini onaylı deftere geçirir. İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği 4/(1)-e maddesine göre onaylı defter “İşyeri hekimisi ve iş güvenliği uzmanı tarafından yapılan tespit ve tavsiyeler ile gerekli görülen diğer hususların yazıldığı, seri numaralı ve sayfaları bir asıl iki kopyalı şekilde düzenlenmiş her işyeri için tek olan defteri” ifade eder.

yükümlüdür. Risk değerlendirmesinde, gebe veya emziren kadınlar, 18 yaşından küçükler, meslek hastalığı tanısı veya ön tanısı olanlar, kronik hastalığı olanlar, yaşlılar, malul ve engelliler, alkol, ilaç, uyuşturucu bağımlılığı olanlar, birden fazla iş kazası geçirmiş olanlar gibi özel politika gerektiren grupların işyeri hekimi tarafından özel olarak dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir (Yön. m.9/1-b(2)).

İş Güvenliği Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m.9 hükmünde iş güvenliği uzmanlarının görevleri düzenlenmiştir. Bu görevler, “rehberlik”, “risk değerlendirmesi”, “eğitim, bilgilendirme ve kayıt” ve “ilgili birimlerle işbirliği” olmak üzere dört başlık altında toplanmıştır. İş güvenliği uzmanlarının risk değerlendirmesine ilişkin görevi, m.9/1-b(1) hükmünde düzenlenmiş ve iş güvenliği uzmanının risk değerlendirmesi ile ilgili çalışmalara katılmakla yükümlü olduğu, risk değerlendirmesi sonucunda alınması gereken sağlık ve güvenlik önlemleri konusunda işverene önerilerde bulunmak ve takibini yapmakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir (Yön. m.9/1-b(1)).

#### 4.1.3 Çalışan Temsilcileri

6331 sayılı Kanun’da “çalışan temsilcisi” *“İş sağlığı ve güvenliği ile ilgili çalışmalara katılma, çalışmalarını izleme, tedbir alınmasını isteme, tekliflerde bulunma ve benzeri konularda çalışanları temsil etmeye yetkili çalışan”* olarak tanımlanmıştır (İSGK m.3/1-c)<sup>107</sup>.

Çalışan temsilcileri, tehlike kaynağının yok edilmesi veya tehlikeden kaynaklanan riskin azaltılması için işverene öneride bulunma ve işverenden gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkına sahiptir (İSGK m.20/3).

#### 4.1.4 İşyerindeki Destek Elemanları

Destek elemanı, asli görevinin yanında iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önleme, koruma, tahliye, yangınla mücadele, ilk yardım ve benzeri konularda özel olarak görevlendirilmiş uygun donanım ve yeterli eğitime sahip kişidir (İSGK m.3/1-ç).

#### 4.1.5 İşyerindeki Bütün Birimleri Temsil Eden ve İşyerinde Yürütülen Çalışma, Tehlike ve Riskler Konusunda Bilgi Sahibi Çalışanlar

İşyerindeki bütün birimleri temsil edecek şekilde belirlenen ve işyerinde yürütülen çalışmalar, mevcut veya muhtemel tehlike kaynakları ile riskler konu-

<sup>107</sup> İşveren; işyerinin değişik bölümlerindeki riskler ve çalışan sayılarını göz önünde bulundurarak dengeli dağılıma özen göstermek kaydıyla, çalışanlar arasında yapılacak seçim veya seçimle belirlenemediği durumda atama yoluyla, aşağıda belirtilen sayılarda çalışan temsilcisini görevlendirir:

- İki ile elli arasında çalışanı bulunan işyerlerinde bir.
- Elli bir ile yüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde iki.
- Yüz bir ile beş yüz arasında çalışanı bulunan işyerlerinde üç.
- Beş yüz bir ile bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde dört.
- Bin bir ile iki bin arasında çalışanı bulunan işyerlerinde beş.
- İki bin bir ve üzeri çalışanı bulunan işyerlerinde altı (İSGK m.20).

sunda bilgi sahibi çalışanlar da risk değerlendirmesi ekibi içerisinde sayılmıştır. Ayrıca işveren İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 6. maddesi uyarınca ihtiyaç duyulduğunda bu ekibe destek olmak üzere işyeri dışındaki kişi ve kuruluşlardan hizmet alabilir.

#### 4.2. Tehlikelerin Tanımlanması

Risk değerlendirmesinin ilk adımı riske dönüşebilecek tehlikelerin saptanmasıdır. Tehlikeler tanımlanırken çalışma ortamı, çalışanlar ve işyerine ilişkin ilgisine göre asgari olarak aşağıda belirtilen bilgiler toplanır;

- a) İşyeri bina ve eklentileri.
- b) İşyerinde yürütülen faaliyetler ile iş ve işlemler.
- c) Üretim süreç ve teknikleri.
- ç) İş ekipmanları.
- d) Kullanılan maddeler.
- e) Artık ve atıklarla ilgili işlemler.
- f) Organizasyon ve hiyerarşik yapı, görev, yetki ve sorumluluklar.
- g) Çalışanların tecrübe ve düşünceleri.
- ğ) İşe başlamadan önce ilgili mevzuat gereği alınacak çalışma izin belgeleri.
- h) Çalışanların eğitim, yaş, cinsiyet ve benzeri özellikleri ile sağlık gözetimi kayıtları.
- ı) Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu.
- i) İşyerinin teftiş sonuçları.
- j) Meslek hastalığı kayıtları.
- k) İş kazası kayıtları.
- l) İşyerinde meydana gelen ancak yaralanma veya ölüme neden olmadığı halde işyeri ya da iş ekipmanının zarara uğramasına yol açan olaylara ilişkin kayıtlar.
- m) Ramak kala olay kayıtları
- n) Malzeme güvenlik bilgi formları.
- o) Ortam ve kişisel maruziyet düzeyi ölçüm sonuçları.
- ö) Varsa daha önce yapılmış risk değerlendirmesi çalışmaları.
- p) Acil durum planları.
- r) Sağlık ve güvenlik planı ve patlamadan korunma dokümanı gibi belirli işyerlerinde hazırlanması gereken dokümanlar.



İşyerinde var olan tehlikelerin neler olduğunu saptamak için işyerinde aynı üretim, yöntem ve teknikleri ile üretim yapan benzer işyerlerinde meydana gelen iş kazaları ve ortaya çıkan meslek hastalıkları da mutlaka dikkate alınmalıdır. Risk Değerlendirme Yönetmeliği bu hususu “... *değerlendirilebilir*” şeklinde ifade etse de bir işyerinde mevcut risklerin en önemli göstergelerinden birisi geçmişte edinilmiş tecrübelerdir.

Toplanan bilgiler ışığında; iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuatta yer alan hükümler de dikkate alınarak, çalışma ortamında bulunan fiziksel, kimyasal, biyolojik, psikososyal<sup>108</sup>, ergonomik ve benzeri tehlike kaynaklarından oluşan veya bunların etkileşimi sonucu ortaya çıkabilecek tehlikeler belirlenir ve kayda alınır. Bu tehlike türlerine örnek verecek olursak işyeri zemininin kaygan olması, gürültü, titreşim fiziksel, asbestle çalışılma, radyasyon kimyasal, uzun mesai saatleri psikososyal tehlike olarak kendini göstermektedir. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin bazı Yönetmelikler hangi durumların risk teşkil edeceğini özel olarak düzenlemiştir. Örneğin, Elle Taşıma İşleri Yönetmeliği'nin eklerinde yük ile ilgili ve bireysel risk faktörlerinin neler olduğu düzenlenmiştir<sup>109</sup>. Elle taşınan yükün kaba veya kavranılması zor olması durumunda sırt ve bel incinmesi riskine sebep olabileceği Yönetmelik kapsamında sayılan örneklerden yalnızca bir tanesidir<sup>110</sup>.

Her tehlike birden fazla risk ortaya çıkarabileceği gibi her riskin kaynağı da birden çok tehlike olabilir<sup>111</sup>. Tehlikeler belirlenirken aşağıdaki hususlar, bu hususlardan etkilenecekler ve ne şekilde etkilenebilecekleri göz önünde bulundurulur:

- a) İşletmenin yeri nedeniyle ortaya çıkabilecek tehlikeler.
- b) Seçilen alanda, işyeri bina ve eklentilerinin plana uygun yerleştirilmemesi veya planda olmayan ilavelerin yapılmasından kaynaklanabilecek tehlikeler.
- c) İşyeri bina ve eklentilerinin yapı ve yapım tarzı ile seçilen yapı malzemelelerinden kaynaklanabilecek tehlikeler.
- ç) Bakım ve onarım işleri de dâhil işyerinde yürütülecek her türlü faaliyet esnasında çalışma usulleri, vardiya düzeni, ekip çalışması, organizasyon, nezaret sistemi, hiyerarşik düzen, ziyaretçi veya işyeri çalışanı olmayan diğer kişiler gibi faktörlerden kaynaklanabilecek tehlikeler.

<sup>108</sup> Psikososyal tehlike ve riskler konusunda geniş bilgi için bkz. Çiğdem Vatansever, “Risk Değerlendirme’de Yeni Bir Boyut: Psikososyal Tehlike ve Riskler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2014/1, s. 117 vd.; Murat Kandemir, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler**, İstanbul, Legal Yayınları, Aralık 2017.

<sup>109</sup> Benzer şekilde İngiltere’de Elle Taşıma İşleri’ne ilişkin kuralları ihtiva eden 1992 tarihli Manual Handling Operations Regulations’a ek olarak sayılan listede işverenin risk değerlendirmesi yaparken dikkate alması gereken faktörler sayılmıştır. Düzenleme için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/uk/si/1992/2793/made/data.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>110</sup> Elle Taşıma İşleri Yönetmeliği Ek-1 Yükle İlgili Risk Faktörleri - 1. Yükün Özellikleri -

<sup>111</sup> Selek, s. 347.

- d) İşin yürütümü, üretim teknikleri, kullanılan maddeler, makine ve ekipman, araç ve gereçler ile bunların çalışanların fiziksel özelliklerine uygun tasarlanmaması veya kullanılmamasından kaynaklanabilecek tehlikeler.
- e) Kuvvetli akım, aydınlatma, paratoner, topraklama gibi elektrik tesisatının bileşenleri ile ısıtma, havalandırma, atmosferik ve çevresel şartlardan korunma, drenaj, arıtma, yangın önleme ve mücadele ekipmanı ile benzeri yardımcı tesisat ve donanımlardan kaynaklanabilecek tehlikeler.
- f) İşyerinde yanma, parlama veya patlama ihtimali olan maddelerin işlenmesi, kullanılması, taşınması, depolanması ya da imha edilmesinden kaynaklanabilecek tehlikeler.
- g) Çalışma ortamına ilişkin hijyen koşulları ile çalışanların kişisel hijyen alışkanlıklarından kaynaklanabilecek tehlikeler.
- ğ) Çalışanın, işyeri içerisindeki ulaşım yollarının kullanımından kaynaklanabilecek tehlikeler.
- h) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili yeterli eğitim almaması, bilgilendirilmemesi, çalışanlara uygun talimat verilmemesi veya çalışma izni gereken durumlarda bu izin olmaksızın çalışılmasından kaynaklanabilecek tehlikeler.

Çalışma ortamında bulunan fiziksel, kimyasal, biyolojik, psikososyal, ergonomik ve benzeri tehlike kaynaklarının neden olduğu tehlikeler ile ilgili işyerinde daha önce kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırma çalışması yapılmamış ise risk değerlendirmesi çalışmalarında kullanılmak üzere; bu tehlikelerin, nitelik ve niceliklerini ve çalışanların bunlara maruziyet seviyelerini belirlemek amacıyla gerekli bütün kontrol, ölçüm, inceleme ve araştırmalar yapılır (RDY m.8/4).

### 4.3. Risklerin Belirlenmesi ve Analizi

Yönetmelik'in 9. maddesinin birinci fıkrasına göre tespit edilmiş olan tehlikelerin her biri ayrı ayrı dikkate alınarak bu tehlikelerden kaynaklanabilecek risklerin hangi sıklıkta oluşabileceği ile bu risklerden kimlerin, nelerin, ne şekilde ve hangi şiddette zarar görebileceği belirlenir. Bu belirleme yapılırken mevcut kontrol tedbirlerinin etkisi de göz önünde bulundurulur.

Yönetmelik'in 9. maddesinin ikinci fıkrasına göre toplanan bilgi ve veriler ışığında belirlenen riskler; işletmenin faaliyetine ilişkin özellikleri, işyerindeki tehlike veya risklerin nitelikleri ve işyerinin kısıtları gibi faktörler ya da ulusal veya uluslararası standartlar esas alınarak seçilen yöntemlerden biri veya birkaçı bir arada kullanılarak analiz edilir. İşyerinde birbirinden farklı işlerin yürütüldüğü bölümlerin bulunması hâlinde birinci ve ikinci fıkralardaki hususlar her bir bölüm için tekrarlanır.

Analizin ayrı ayrı bölümler için yapılması hâlinde bölümlerin etkileşimleri de dikkate alınarak bir bütün olarak ele alınıp sonuçlandırılır (RDY m.9/4).

Analiz edilen riskler, kontrol tedbirlerine karar verilmek üzere etkilerinin büyüklüğüne ve önemlerine göre en yüksek risk seviyesine sahip olandan başlanarak sıralanır ve yazılı hale getirilir (RDY m.9/5). Avrupa Komisyonu'nun hazırladığı "Genel Risk Değerlendirmesi Metodolojisi"nde risk seviyeleri ciddi (**serious**), yüksek (**high level**), orta (**moderate risk**) ve düşük (**low risk**) olarak belirlenmiştir<sup>112</sup>.

#### 4.4. Risk Kontrol Adımları

Yönetmelik risklerin kontrol altına alınmasını bir sıralamaya tabi tutmuştur. Buna göre yapılan risk değerlendirmesi sonucu analiz edilerek etkilerinin büyüklüğü ve önemine göre sıralandırılan risklerin kontrolü amacıyla bir "planlama" yapılıır (RDY 10/1-(a)). Yapılan planlamanın ardından "risk kontrol tedbirleri" kararlaştırılır. Önem sırasına göre derecelendirilen risklerin kabul edilebilir<sup>113</sup> seviyeye (**acceptable risk level**) indirilmesi için aşağıdaki adımlar uygulanır;

- 1) Tehlike veya tehlike kaynaklarının ortadan kaldırılması.
- 2) Tehlikelinin, tehlikeli olmayanla veya daha az tehlikeli olanla değiştirilmesi.
- 3) Riskler ile kaynağında mücadele edilmesi<sup>114</sup>.

Bu hususlar "risklerden korunma ilkeleri" olarak nitelendirilmektedir ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 5. maddesinin yanısıra Risk Değerlendirme Yönetmeliğinin risk kontrol adımları başlıklı maddesinde tekrar edilmiştir. İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği de işverenin genel yükümlülüklerini düzenleyen madde hükmünde iş ekipmanlarının çalışanların sağlık ve güvenliği bakımından tamamen tehlikesiz hale getirilmesi mümkün değilse kabul edilebilir risk seviyesine indirilmesi için uygun önlemlerin alınması gerektiğini düzenlemiştir (m.5/2-b).

Yukarıda sayılanlardan başka 6331 sayılı Kanun'da düzenlenen risklerden korunmaya ilişkin diğer ilkeler şöyledir:

- a) Risklerden kaçınmak
- b) Kaçınılması mümkün olmayan riskleri analiz etmek
- c) İşin kişilere uygun hale getirilmesi için işyerlerinin tasarımı ile iş ekipmanı, çalışma şekli ve üretim metotlarının seçiminde özen göstermek, özellikle tekdüze çalışma ve üretim temposunun sağlık ve güvenliğe olumsuz etkilerini önlemek, önlenemiyor ise en aza indirmek

<sup>112</sup> European Union General Risk Assessment Methodology (Action 5 of Multi-Annual Action Plan for the Surveillance of Products in the EU(COM (2013)76), s. 14.

<sup>113</sup> Riskin tamamen önlenmesi, bu mümkün değil ise kanuni yükümlülüklerle ve işyerinin önleme politikasına uygun, kayıp veya yaralanma oluşturmayacak risk seviyesine "kabul edilebilir risk seviyesi" denilmektedir.

<sup>114</sup> Alman İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.4/1-(2) hükmünde de risklerin kaynağında mücadele edilmesi iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanmasında işverenin genel yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Alman İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu için bkz. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_arbschg/englisch\\_arbschg.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_arbschg/englisch_arbschg.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

- d) Teknik gelişmelere uyum sağlamak
- e) Teknoloji, iş organizasyonu, çalışma şartları, sosyal ilişkiler ve çalışma ortamı ile ilgili faktörlerin etkilerini kapsayan tutarlı ve genel bir önleme politikası geliştirmek
- f) Toplu korunma tedbirlerine, kişisel korunma tedbirlerine göre öncelik vermek<sup>115</sup>
- g) Çalışanlara uygun talimatlar vermek

Risk kontrol tedbirlerinin kararlaştırılmasının ardından “*tedbirlerin uygulanması*”na geçilir. Kararlaştırılan tedbirlerin iş ve işlem basamakları, işlemi yapacak kişi ya da işyeri bölümü, sorumlu kişi ya da işyeri bölümü, başlama ve bitiş tarihi ile benzeri bilgileri içeren planlar hazırlanır. Bu planlar işverence uygulamaya konulur. Bununla birlikte risk kontrolünde iki yaklaşımdan söz edilmektedir. “Güvenli yer” ve “güvenli kişi” yaklaşımları olarak adlandırılan bu yaklaşımlardan güvenli yer yaklaşımı ile tehlikelerin kaynağının ortadan kaldırılması sağlanırken güvenli kişi yaklaşımı ile çalışanların tehlike oluşturan davranışları kontrol altına alınmaya çalışılır<sup>116</sup>.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na göre işveren, yapılan risk değerlendirme sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılmasi gereken koruyucu donanım veya ekipmanı belirler (İSGK m.10/2). Aynı esas, Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerlerinde Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik’te<sup>117</sup> de ifade edilmiştir (Yön. m.7/1)<sup>118</sup>.

İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik<sup>119</sup> m.8/1-a hükmünde ise işyerinde meydana gelebilecek acil durumlar belirlenirken risk değerlendirme sonuçlarının da dikkate alınacağı belirtilmiştir.

“*Uygulamaların izlenmesi*” aşamasında ise risk değerlendirme ekibi tarafından hazırlanan planların uygulama adımları düzenli olarak izlenir, denetlenir ve aksayan yönler tespit edilerek gerekli düzeltici ve önleyici işlemler tamamlanır.

İşyerlerinde kullanılacak sağlık ve güvenlik işaretlerinin uygulanması ile ilgili asgari gereklilikleri belirleyen “Sağlık ve Güvenlik İşaretleri Yönetmeliği”nin 5. maddesine göre İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.10/1 uyarınca işyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesi sonuçlarına göre; işyerindeki risklerin ortadan kaldırılamadığı veya toplu korumaya yönelik teknikler veya işin organizasyonunda

<sup>115</sup> Bu husus, İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik m.9/3 hükmünde “*Alınacak tedbirler, risklerden korunma ilkelerine uygun olur ve toplu korumayı esas alır.*” şeklinde vücut bulmuştur.

<sup>116</sup> T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, Avrupa Birliği’nin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemleri İyi Uygulamaları, s. 15.

<sup>117</sup> R.G., 02.07.2013, 28695.

<sup>118</sup> İşveren, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılmasi gereken kişisel koruyucu donanımı belirler (m.7/1).

<sup>119</sup> R.G., 18.06.2013, 28681.

kullanılan önlem, yöntem veya süreçlerle yeterince azaltılmadığı durumlarda, işveren bu Yönetmelikte yer aldığı şekliyle sağlık ve güvenlik işaretlerini bulundurulur ve uygun yerlerde kullanılmasını sağlar (SGİY m.5/1). Aynı hüküm, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 92/58/EEC sayılı İşte Güvenlik ve Sağlık İşaretleri Direktifi'nin 3. maddesinde öngörülmüş ve işverenlerin sağlık ve güvenlik işaretlerini belirlerken risk değerlendirmesini dikkate alacağı hüküm altına alınmıştır<sup>120</sup>.

#### 4.5. Belgelendirme

Risk değerlendirmesi sonucu bir rapor haline getirilir ve bu raporda asgari olarak işyerinin unvanı, adresi ve işverenin adı, risk değerlendirmesini gerçekleştiren kişilerin isim ve unvanları ile bunlardan iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi olanların Bakanlıkça verilmiş belge bilgileri, risk değerlendirmesinin gerçekleştirildiği tarih ve geçerlilik tarihi, risk değerlendirmesi işyerindeki farklı bölümler için ayrı ayrı yapılmışsa her birinin adı, belirlenen tehlike kaynakları ile tehlikeler, tespit edilen riskler, risk analizinde kullanılan yöntem veya yöntemler, tespit edilen risklerin önem ve öncelik sırasını da içeren analiz sonuçları, düzeltici ve önleyici kontrol tedbirleri, gerçekleştirilme tarihleri ve sonrasında tespit edilen risk seviyesi yer alır. Risk değerlendirme raporunda yer alan geçerlilik tarihi işyerinde yapılan işin hangi tehlike sınıfına girdiğine göre değişiklik gösterecektir.

Bir işyerinde üretim ve depolama kısımlarının gerçekleştiği bölümler için mevcut tehlikeler ve riskler elbette farklı nitelik arz edeceğinden bu kısımlarda gerçekleştirilecek risk değerlendirmesinin sonuçları, alınacak tedbirler de farklılıklar içerecektir.

Risk değerlendirmesi raporunun sayfaları numaralandırılır ve gerçekleştiren kişiler tarafından her sayfası paraflanıp, son sayfası imzalanır ve işyerinde saklanır (RDY m.11/2). Risk değerlendirmesi raporu elektronik ve benzeri ortamlarda hazırlanıp arşivlenebilir<sup>121</sup> (RDY m.11/3). Yapılan bu işlem risk değerlendirmesinin nihai aşamasını oluşturur ve belgeleme ismini alır<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 1992/58/EEC sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:01992L0058-20140325&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>121</sup> Hazırlanmış bir risk değerlendirme raporu örneği için bkz. Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih -Coğrafya Fakültesi Risk Değerlendirme Raporu, <http://www.dtcf.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/67/2017/10/dtcf-risk-de%20C4%9Ferlendirme.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>122</sup> Her ne kadar Yönetmelik'te "dökümantasyon" kelimesine yer verilse de biz kavramsal olarak "belgeleme" ifadesini tercih ediyoruz. Türkçe'de "Belgeleme" gibi bir ifade bulunmasına karşın "dökümantasyon (**documentation**)" tabirinin neden kullanıldığının anlaşılması oldukça güçtür. Benzer şekilde İşyerlerinde Acil Durumlar Hakkında Yönetmelik'te de aynı ifade kullanılmıştır. Hukuk dilimizin İngilizce'nin tahakkümü altına sokan bu özensiz tercüme serüveni, bununla sınırlı değildir. Benzer şekilde, iş sağlığı ve güvenliği hukukunda oldukça sık kullanılan ve mevzuata da yansıyan **aktivite** (Örn; İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik m.9), **dizayn** (Örn; Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik), **kantitatif** (Örn; Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi ve Etkilerinin Azaltılması

Risk değerlendirmesi neticesinde işverenin belgelendirme yaparak bu belgeleri saklaması, devletin yapacağı denetimlerde şeffaflığı sağlaması açısından oldukça önemlidir<sup>123</sup>. Ayrıca İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği m.7/1-(a) hükmünde işverenlerin işyerinde yürütülen iş sağlığı ve güvenliği faaliyetlerine ilişkin her türlü kaydı saklayacağı belirtilmiştir.

Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği'nin OSGB'lerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen m.13 hükmünde ise İSGB ve OSGB'lerin “*Çalışanların yürüttüğü işler, işyerinde yapılan risk değerlendirmesi sonuçları ve maruziyet bilgileri ile işe giriş ve periyodik sağlık muayenesi sonuçları, iş kazaları ile meslek hastalıkları kayıtlarının, işyerindeki kişisel sağlık dosyalarında gizlilik ilkesine uyularak saklanmasından*” sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

#### 4.6. Risk Değerlendirmesinin Yenilenmesi

İşyerinde üretim yöntemlerinin değiştirilmesi, eski makinaların yeni makineler ile değiştirilmesi gibi zaman içerisinde oluşan sebepler sonucunda işyerinde meydana gelebilecek riskler de değişiklik gösterecektir. Risk değerlendirmesinin tek seferlik olmaması diğer bir deyişle süreklilik arz eden niteliği de tehlikelerin ve risklerin sabit kalmamasından kaynaklanmaktadır. Yapılmış olan risk değerlendirmesi işyerinin tehlike sınıfına göre taş kömürü madenciliği, ham petrol çıkarılması, elektrik santrallerinin inşaatı gibi çok tehlikeli işyerlerinde en geç iki, otomobil ve benzeri araçların imalatı, veterinerlik hizmeti gibi tehlikeli işyerlerinde dört yılda bir ve beyaz eşya veya kırtasiye ürünlerinin toptan ticareti gibi az tehlikeli işyerlerinde altı yılda bir yenilenir (RDY m.12/1)<sup>124</sup>. Bir işyerinin hangi tehlike sınıfına girdiğinin tespiti ise İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği'ne<sup>125</sup> göre belirlenir.

Yönetmelik'in 12. maddesine göre işyerinin taşınması, binalarda, işyerinde uygulanan teknolojide, üretim yönteminde veya kullanılan alet ve edevatta değişiklik yapılması, iş kazası, meslek hastalığı veya ramak kala olay meydana gelmesi, çalışma ortamına ait sınır değerlere ilişkin bir mevzuat değişikliği olması, çalışma ortamı ölçümü ve sağlık gözetim sonuçlarına göre gerekli görülmesi,

---

Hakkında Yönetmelik Geçişi m.3), **konfor** (Örn; Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik m.14), **limit** Örn; Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik), **lokal, maksimum** (Örn; İş Ekipmanlarının Kullanımında Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliği), **prosedür, mental, stres** ifadeleri de aynı garabetin bir sonucudur.

<sup>123</sup> Mahmut Kabakçı, **Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, s. 508.

<sup>124</sup> Örnekler İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Tehlike Sınıfları Tebliği'nden alınmıştır.

<sup>125</sup> R.G., 29.03.2013, 28602.

işyeri dışından kaynaklanan ve işyerini etkileyebilecek yeni bir tehlikenin ortaya çıkması, yeni risklerin, işyerinin tamamını veya bir bölümünü etkiliyor olması göz önünde bulundurularak risk değerlendirmesi tamamen veya kısmen yenilenir.

Biyolojik Etkenlere Maruziyet Riskinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik uyarınca risk değerlendirmesi çalışanın biyolojik etkenlere maruziyet koşullarını etkileyebilecek herhangi bir değişiklik olduğunda yenilenir (BEMRÖY m.6/3). Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik'te ise gerek görüldüğünde ve 6. maddenin 3. fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde sayılanlardan farklı asbestli malzeme ile karşılaşılması durumunda risk değerlendirmesinin yeniden yapılacağını hüküm altına alınmıştır.

#### **4.7. Birden Fazla İşveren Olması Durumunda Risk Değerlendirmesi Çalışmaları**

Aynı çalışma alanını birden fazla işverenin paylaşması durumunda, yürütülen işler için diğer işverenlerin yürüttüğü işler de göz önünde bulundurularak ayrı ayrı risk değerlendirmesi gerçekleştirilir. İşverenler, risk değerlendirmesi çalışmalarını, koordinasyon içinde yürütür, birbirlerini ve çalışan temsilcilerini tespit edilen riskler konusunda bilgilendirir (RDY m.14/1).

Birden fazla işyerinin bulunduğu iş merkezleri, iş hanları, sanayi bölgeleri veya siteleri gibi yerlerde, işyerlerinde ayrı ayrı gerçekleştirilen risk değerlendirmesi çalışmalarının koordinasyonu yönetim tarafından yürütülür. Yönetim; bu koordinasyonun yürütümünde, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği yönünden diğer işyerlerini etkileyecek tehlikeler hususunda gerekli tedbirleri almaları için ilgili işverenleri uyarır. Bu uyarılara uymayan işverenleri Bakanlığa bildirir (RDY m.14/2).

#### **4.8. Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinin Varlığı Hâlinde Risk Değerlendirmesi**

Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin 15. maddesinde bir işyerinde bir veya daha fazla alt işveren bulunması hâlinde her alt işverenin yürüttüğü işlerle ilgili olarak gerekli risk değerlendirmesi çalışmalarını yapacağı veya yaptıracağı düzenlenmiştir<sup>126</sup>. Bu kapsamda risk değerlendirmesi yapan veya yaptıran alt işverenin risk değerlendirmesi çalışmaları konusunda asıl işverenin sorumluluk alanları ile ilgili ihtiyaç duyduğu bilgi ve belgeler asıl işverence sağlanır (İSGRDY 15/1-b).

Asıl işveren, alt işverenlerce yürütülen risk değerlendirmesi çalışmalarını denetler ve bu konudaki çalışmaları koordine eder (RDY m.15/1-c). Alt işverenler hazırladıkları risk değerlendirmesinin bir nüshasını asıl işverene verir. Asıl işveren; bu risk değerlendirmesi çalışmalarını kendi çalışmasıyla bütünleştirerek,

<sup>126</sup> Asıl işveren alt işveren ilişkisinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili geniş bilgi için bkz. Eren Yıldız, **Asıl İşveren - Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

risk kontrol tedbirlerinin uygulanıp uygulanmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar (RDY m.15/1-d).

Alt işverenlere faaliyet gösterdikleri işyerinde risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğünü düzenleyen hüküm acaba asıl işverenin alt işveren ile akdedeceği alt işverenlik sözleşmesinde veya ayrı bir sözleşme ile bertaraf edilebilir mi? Diğer bir deyişle alt işverenin risk değerlendirme yapma yükümlülüğünün asıl işveren tarafından yerine getirileceği kararlaştırılarak alt işveren sorumluluktan kurtulabilir mi? Kanaatimizce, Risk Değerlendirme Yönetmeliği'nin 15. maddesinde "*Her alt işveren ... risk değerlendirmesi çalışmalarını yapar veya yaptırır.*" şeklindeki ifadeden lafzi yorum yapılarak risk değerlendirmesi yapılmasının sorumluluğu asıl işverene bırakabileceği yorumu yapılabilirse de iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yer alan hükümlerin çalışanların sağlık ve güvenliğinin korunması noktasında verdiği önem dikkate alındığında asıl işveren ile alt işverenin bu hususta anlaşarak alt işverenin sorumluluğunun bertaraf edilememesi gerekir. Zira gerek Kanun'un gerek Yönetmelik'in işverene risk değerlendirmesi yaptırmasındaki gaye işyerinde bulunan tehlike ve risklerden haberdar olmasını ve buna göre gerekli tedbirleri almasını sağlamaktır.

#### 4.9. Özel Düzenlemeler

Çalışma hayatında sıklıkla karşılan tehlike türleri dikkate alınarak birtakım yönetmelikler yürürlüğe konulmuştur. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 30. maddesine dayanılarak yürürlüğe konulan bu yönetmelikler hazırlanırken Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin bu konudaki Direktif'leri esas alınmıştır. Yönetmeliklerin konusunu oluşturan ve işyerleri bakımından risk oluşturan her tehlike, bu tehlikenin nasıl önleneceği, işverenlerin bu tehlike bakımından yükümlülükleri, çalışanların bilgilendirilmesi ve eğitilmesi, risk değerlendirmesi gibi hususlar özel olarak düzenlenmiştir<sup>127</sup>.

##### 4.9.1. Asbestle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik

Bu Yönetmeliğin amacı, çalışanların asbest sökümlü, yıkım, tamir, bakım, uzaklaştırma çalışmalarında asbest tozuna maruziyetlerinin önlenmesi ve bu maruziyetten doğacak sağlık risklerinden korunması, sınır değerlerin ve diğer özel önlemlerin belirlenmesidir<sup>128</sup>. Bu Yönetmelik, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu

<sup>127</sup> 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde tehlike teşkil eden her madde veya çalışmaya ilişkin çıkarılacak yönetmeliklerle o işle ilgili tehlikeleri özel olarak dikkate alan düzenlemenin yapılması gerektiği savunulmaktaydı, Kabakçı, **Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumunu**, s. 138.

<sup>128</sup> Konuyla ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1986 tarihli ve 162 sayılı Asbest Sözleşmesi (**Asbestos Convention**) bulunmaktadır. Asbest Sözleşmesi ile sözleşmeyi onaylayan üye devletlerin yetkili makamlarına ve işverenlerine asbeste maruziyetin önlenmesi hususunda birtakım yükümlülükler öngörülmüştür. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. ILO, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C162](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:C162), (Çevrimiçi: 28.02.2021).



kapsamına giren, asbest veya asbestli malzeme ile yapılan çalışmalarda<sup>129</sup>, asbest tozuna maruziyetin olabileceği tüm işlerde ve işyerlerinde uygulanır. Yönetmeliğin 5. maddesi uyarınca çıkarılması, işlenmesi, satılması, ithalatı ve kendisini içeren ürünlerin üretimi ve işlenmesi yasak olan ve ismini keşfedildiği Rusya'nın Asbest şehrinden alan<sup>130</sup> asbest, tabiatta doğal olarak bulunan ve lifsi (iğsi) yapıda olan bir mineral grubuna verilen ortak isimdir<sup>131</sup>. Asbestin, asbestozis (**asbestosis**) isimli meslek hastalığına sebep olduğu bilinmektedir<sup>132</sup>.

İşveren, asbest tozuna maruziyet riski bulunan çalışmalarda, asbestin türü ve fiziksel özellikleri ile çalışanların maruziyet derecesini dikkate alarak risk değerlendirmesi yapmakla yükümlüdür<sup>133</sup>.

Konuyla ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1986 tarihli ve 162 sayılı Asbest Sözleşmesi (**Asbestos Convention**) bulunmaktadır. Asbest Sözleşmesi ile sözleşmeyi onaylayan üye devletlerin yetkili makamlarına ve işverenlerine asbeste maruziyetin önlenmesi hususunda birtakım yükümlülükler öngörülmüştür<sup>134</sup>.

Yine Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2009/148/EEC sayılı Çalışanların Asbeste Maruziyetle İlgili Risklerin Önlenmesi Direktifi<sup>135</sup> ile işverene asbest tozuna maruziyet riskinin değerlendirilmesi (m.3/2) ve çalışanların asbest tozuna maruziyetlerinin asgari düzeye indirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir (m.6/1).

#### 4.9.2. Biyolojik Etkenlere Maruziyet Risklerinin Önlenmesi Hakkında Yönetmelik

Bu Yönetmeliğin amacı, çalışanların işyerindeki biyolojik etkenlere (**biological agents**) maruziyetinden kaynaklanan veya kaynaklanabilecek sağlık ve güvenlik risklerinin önlenmesi ve bu risklerden korunmasına dair asgari hükümleri düzenlemektir (BEMRÖY m.1). Bu Yönetmelik 6331 sayılı Kanun

<sup>129</sup> Asbestle çalışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, **Asbestle Çalışmalarda İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulama Rehberi**, Ankara, 2017.

<sup>130</sup> Britannica, Asbest, <https://www.britannica.com/place/Asbest>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>131</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Kanser Dairesi Başkanlığı, "**Asbest ve Kanser**", [https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/birimler/kanser-db/yayinlar/afis\\_ve\\_brosur/1-\\_Asbest\\_Kanser\\_Brosuru\\_1-2.pdf](https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/birimler/kanser-db/yayinlar/afis_ve_brosur/1-_Asbest_Kanser_Brosuru_1-2.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>132</sup> International Labour Office, **Safety in the Use of Asbestos**, Geneva, 1984, s. 1, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/norma\\_tiveinstrument/wcms107843.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/norma_tiveinstrument/wcms107843.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>133</sup> Geniş bilgi için bkz. T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, **Asbestle Çalışmalarda İş Sağlığı ve Güvenliği Uygulama Rehberi**, Ankara, 2017.

<sup>134</sup> Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. ILO, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX\\_PUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C162](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C162), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>135</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2009/148/EC sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0148&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

kapsamına giren işyerlerinde çalışanların yaptıkları işlerden dolayı biyolojik etkenlere maruz kaldıkları veya maruz kalabilecekleri işleri, biyolojik etkenle doğrudan çalışılmayan veya biyolojik etkenin kullanılmadığı ancak çalışanların biyolojik etkene maruziyetine neden olabilecek Yönetmelik'e ekli listede yer alan işleri kapsar.

Yönetmelik'te geçen biyolojik etkenler “*Herhangi bir enfeksiyona, alerjiye veya zehirlenmeye neden olabilen, genetik olarak değiştirilmiş olanlar da dâhil mikroorganizmaları, hücre kültürlerini ve insan endoparazitlerini*” ifade eder (BEMRÖY m.4).

Birtakım mide hastalıklarına neden olduğu bilinen<sup>136</sup> ve bir bakteri türü olan *Helicobacter Pylori* veya Kolera hastalığına sebep olan *Vibrio cholerae*<sup>137</sup> bu Yönetmelik kapsamında biyolojik etkenlere örnek olarak verilebilir. Solunum yolu rahatsızlıklarına sebep olması<sup>138</sup> ile meşhur *Coronaviridae*<sup>139</sup> veya AIDS (**Acquired Immune Deficiency Syndrome**) hastalığına sebep olan HIV (**Human Immunodeficiency Virus**) de yine biyolojik etkenlerden yalnızca birisidir<sup>140</sup>. Sıtma hastalığına sebep olan *P. Falciparum*<sup>141</sup> da parazitler arasında yer alan biyolojik etkenlerden arasındadır.

Biyolojik etkenlere maruz kalma riski bulunan herhangi bir çalışmada, çalışanın sağlık ve güvenliğine yönelik herhangi bir riski değerlendirmek ve alınması gereken önlemleri belirlemek için, çalışanın maruziyetinin türü, düzeyi ve süresi belirlenir.

Birden fazla grupta yer alan biyolojik etkenlere maruziyetin söz konusu olduğu işlerde risk değerlendirmesi, zararlı biyolojik etkenlerin tümünün oluşturu-

<sup>136</sup> Acıbadem Hayat, **Midemizdeki Şüpheli Misafir Helikobakter Piloni**, 24 Haziran 2020 Çarşamba, <https://www.acıbademhayat.com/midemizdeki-supheli-misafir-helikobakter-piloni>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>137</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Bulaşıcı Hastalıklar Dairesi Başkanlığı, **Kolera**, <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/kolera/kolera-liste/kolera.html>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>138</sup> Susan Payne, “Family Coronaviridae”, United States National Library of Medicine National Institutes of Health, 1 September 201, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7149805/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>139</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü “İşe Güvenli Dönüş - İşverenler İçin COVID-19 Önlem Rehberi” isimli yayınında işverenlere enfeksiyon riskinin düzenli olarak değerlendirilmesi yönünde tavsiyede bulunmuştur. ILO, **İşe Güvenli Dönüş-İşverenler İçin COVID-19 Önlem Rehberi**, 2020, s. 3, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms\\_748115.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_748115.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021). Büyük Britanya Sağlık ve Güvenlik Dairesi tarafından COVID-19 salgınına ilişkin yayımlanan bir risk değerlendirmesi rehberi için bkz. Great Britain Health and Safety Executive, “What to Include in Your COVID-19 Risk Assessment”, <https://www.hse.gov.uk/coronavirus/assets/docs/risk-assessment.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>140</sup> Parazit, mantar gibi diğer biyolojik etkenler için bkz. Yönetmelik Ek-3.

<sup>141</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı, Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü, **Sıtma (Malaria)**, <https://www.seyahatsagligi.gov.tr/site/HastalikDetay/Sitma>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

duğu tehlike dikkate alınarak yapılır<sup>142</sup>. Risk değerlendirmesi çalışanın biyolojik etkenlere maruziyet koşullarını etkileyebilecek herhangi bir değişiklik olduğunda yenilenir (BEMRÖY m.6/3). Bu husus, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2000/54 sayılı İşyerinde Biyolojik Maddelere Maruziyetle İlgili Risklerden Çalışanların Korunması Direktifi m.3 hükmünde de zikredilmiştir.

Risk değerlendirmesinde Risk Değerlendirme Yönetmeliğinde belirtilenlerin yanı sıra insan sağlığına zararlı olan veya olabilecek biyolojik etkenlerin sınıflandırılmasına, yetkili makamların, çalışanların sağlığını korumak için biyolojik etkenlerin denetim altına alınması hakkındaki önerileri, çalışanların yaptıkları işler sonucunda ortaya çıkabilecek hastalıklarla ilgili bilgiler, çalışanların yaptıkları işler sonucunda ortaya çıkabilecek alerjik veya toksik etkiler, yaptıkları işle doğrudan bağlantılı olarak çalışanların yakalandığı hastalıklar ile ilgili bilgiler özel olarak dikkate alınır.

Risk değerlendirmesi sonuçları, çalışanların sağlığı ve güvenliği yönünden risk bulunduğunu ortaya koyuyorsa, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı tarafından istenmesi hâlinde, işveren risk değerlendirmesinin sonuçlarını İŞKUR'a verir (BEMRÖY m.9/(1)).

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2000/54/EC sayılı İşyerinde Biyolojik Maddelere Maruziyetle İlgili Risklerden Çalışanların Korunması Direktifi<sup>143</sup> de biyolojik maddelere maruziyet riskinin bulunduğu işyerlerinde işverenin risk değerlendirme yapması yükümü getirmiştir (m.3/2).

#### 4.9.3. Çalışanların Gürültü ile İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik

Bu Yönetmelik'in amacı, çalışanların gürültüye maruz kalmaları sonucu oluşabilecek sağlık ve güvenlik risklerinden<sup>144</sup>, özellikle işitme ile ilgili risklerden korunmaları için asgari gereklilikleri belirlemektir (ÇGRKY m.1).

İşveren işyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesinde, gürültüden kaynaklanabilecek riskleri değerlendirirken hususi olarak anlık darbeli gürültüye maruziyet dâhil maruziyetin türü, düzeyi ve süresine, gürültü emisyonunu azaltan alternatif bir iş ekipmanının bulunup bulunmadığına, kaza riskini azaltmak için kullanılan ve çalışanlar tarafından algılanması gereken uyarı sinyalleri ve diğer seslerin gü-

<sup>142</sup> Yönetmelik'in 5. maddesinde biyolojik etkenler, enfeksiyon risk düzeyine göre risk düzeyi en az olan "İnsanda hastalığa yol açma ihtimali bulunmayan biyolojik etkenler"den risk düzeyi en yüksek olan "İnsanda ağır hastalıklara neden olan, çalışanlar için ciddi tehlike oluşturan, topluma yayılma riski yüksek olan ancak etkili korunma ve tedavi yöntemi bulunmayan biyolojik etkenler"e doğru dört gruba ayrılmıştır. Bu ayırım 2000/54/EC sayılı Konsey Direktifi m.2 hükmünde de yapılmıştır.

<sup>143</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2000/54/EC sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0054&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>144</sup> Geniş bilgi için bkz. Vedat Laçiner, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Çalışanların Gürültü ile İlgili Risklerden Korunması", T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, (749-766).

rültü ile etkileşiminin, çalışanların sağlık ve güvenliğine olan dolaylı etkisine, iş ekipmanlarının gürültü emisyonu hakkında, ilgili mevzuat uyarınca imalatçılardan sağlanan bilgilerine, teknik olarak elde edilebildiği durumlarda, işle ilgili ototoksik maddeler ile gürültü arasındaki ve titreşim ile gürültü arasındaki etkileşimlerin, çalışanların sağlık ve güvenliğine olan etkisine, maruziyet sınır değerleri ile maruziyet eylem değerlerine yeterli korumayı sağlayabilecek kulak koruyucularının bulunup bulunmadığına ve gürültüye maruziyetin, işverenin sorumluluğundaki normal çalışma saatleri dışında da devam edip etmediğine özel önem verir (ÇGRKY m.7/1).

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2003/10/EC sayılı Fiziksel Faktörlerden (Gürültüden) Kaynaklanan Risklerden Çalışanların Maruziyeti ile İlgili Asgari Sağlık ve Güvenlik Gereklilikleri Direktifi'nin<sup>145</sup> 4. maddesinde de işverenin risk değerlendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

#### 4.9.4. Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmelik

Bu Yönetmelik'in amacı, çalışanları sağlık ve güvenlik yönünden işyerlerinde oluşabilecek patlayıcı ortamların<sup>146</sup> tehlikelerinden korumak için alınması gereken önlemlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir (ÇPOTKY m.1). Bu Yönetmelik, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına giren ve patlayıcı ortam oluşma ihtimali bulunan işyerlerinde uygulanır (ÇPOTKY m.2).

İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliğine uygun risk değerlendirmesi çalışmalarını yaparken, patlayıcı ortamdan kaynaklanan özel risklerin değerlendirmesinde olabilecek patlamanın etkisinin büyüklüğü, patlayıcı ortam oluşma ihtimali ve bu ortamın kalıcılığını ve yönetmelikte belirtilen diğer hususları da dikkate alır. Parlama veya patlama riski değerlendirilirken patlayıcı ortamların oluşabileceği yerlere açık olan veya açılabilen yerler de dikkate alınarak bir bütün olarak değerlendirilir (ÇPOTKY m.6). Benzer bir hüküm, İngiltere'de<sup>147</sup> tehlikeli madde ve patlayıcı ortamlara ilişkin düzenlemelerin yer aldığı 2002 tarihli Tehlikeli Madde ve Patlayıcı Ortamlar Yönergesi (**The Dangerous Substances and Explosive Atmospheres Regulations**) m.5 (Risk değerlendirmesini düzenlemektedir) hükmünde yer almaktadır<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2003/10/EC sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0010&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>146</sup> Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesine göre patlayıcı ortam "*Yanıcı maddelerin gaz, buhar, sis ve tozlarının atmosferik şartlar altında hava ile oluşturduğu ve herhangi bir tutuşturucu kaynakla temasında tümüyle yanabilen karışımı*" ifade eder. (ÇPOTKY m.3).

<sup>147</sup> Büyük Britanya'da çalışanların sağlık ve güvenliği konusunda yetkili birim olan Sağlık ve Güvenlik Dairesi tarafından hazırlanan örnek risk değerlendirme belgeleri (Depo, Gıda Üretimi ve Hizmeti, Motorlu Taşıtların Tamir İşyeri vs.) için bkz. Health and Safety Executive, "Managing Risks and Risk Assessment at Work - Example Risk Assessments", <https://www.hse.gov.uk/simple-health-safety/risk/risk-assessment-template-and-examples.htm>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>148</sup> The Dangerous Substances and Explosive Atmospheres Regulations için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2776/made/data.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, 2014/34/EU sayılı Muhtemel Patlayıcı Ortamda Kullanılan Teçhizat ve Koruyucu Sistemler ile İlgili Direktif<sup>149</sup> ile patlayıcı maddelerin piyasaya arzından önce gerekli kuralları belirlemiştir. Söz konusu düzenleme ülkemizde de Muhtemel Patlayıcı Ortamda Kullanılan Teçhizat ve Koruyucu Sistemler ile İlgili Yönetmelik<sup>150</sup> ismi altında yürürlüğe konulmuştur.

#### 4.9.5. Çalışanların Titreşimle İlgili Risklerden Korunmalarına Dair Yönetmelik

Bu Yönetmeliğin amacı, çalışanların mekanik titreşime maruz kalmaları sonucu oluşabilecek sağlık ve güvenlik risklerinden korunmalarını sağlamak için asgari gereklilikleri belirlemektir (ÇTRKY m.1).

İşveren İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği uyarınca işyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesinde, mekanik titreşimden kaynaklanabilecek riskleri değerlendirirken aralıklı titreşim veya tekrarlanan şoklara maruziyet de dâhil maruziyetin türü, düzeyi ve süresine, maruziyet sınır değerleri ve maruziyet eylem değerlerine, başta özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanlar olmak üzere tüm çalışanların sağlık ve güvenliklerine olan etkilerine, mekanik titreşim ile çalışma ortamı arasındaki veya mekanik titreşim ile diğer iş ekipmanları arasındaki etkileşimlerin, çalışanların sağlık ve güvenliğine olan dolaylı etkisine, iş ekipmanlarının mekanik titreşim düzeyi hakkında, ilgili mevzuat uyarınca imalatçılardan sağlanan bilgilere, mekanik titreşime maruziyet düzeyini azaltacak şekilde tasarlanmış alternatif bir iş ekipmanının bulunup bulunmadığına, bütün vücut titreşimine maruziyetin, işverenin sorumluluğundaki normal çalışma saatleri dışında da devam edip etmediğine, düşük sıcaklık gibi özel çalışma koşullarına özel önem verilir.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2002/44/EC sayılı Fiziksel Faktörlerden (Titreşimden) Kaynaklanan Risklerden Çalışanların Maruziyeti ile İlgili Asgari Sağlık ve Güvenlik Gerekliliklerin Sağlanması Direktifi'nin<sup>151</sup> 4. maddesinde de işverenin risk değerlendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

#### 4.9.6. Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik

Bu Yönetmeliğin amacı, ekranlı araçlarla<sup>152</sup> çalışmalarda alınacak asgari sağlık ve güvenlik önlemlerine ilişkin usul ve esasları belirlemektir (EAÇY m.1). Bu Yö-

<sup>149</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2014/34/EU sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0034&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>150</sup> R.G., 30.06.2016, 29758.

<sup>151</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2002/44/EC sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:546a09c0-3ad1-4c07-bcd5-9c3dae6b1668.0004.02/DOC1&format=PDF>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>152</sup> "Ekranlı araç" uygulanan işlemin içeriğine bakılmaksızın ekranında harf, rakam, şekil, grafik ve resim gösteren her türlü aracı ifade etmektedir. (Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik. m.4).

netmelik, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına giren ve ekranlı araçlarla çalışmaların<sup>153</sup> yapıldığı tüm işyerlerini kapsar (EAÇY m.2). Yönetmeliğin 2. maddesinde yönetmeliğin kapsamına girmeyen işyerleri sayılmış olup buna göre bu Yönetmelik hükümleri hareketli makine ve araçların kumanda kabinlerinde ve sürücü mahallinde, taşıma araçlarında aracın kumandasındaki bilgisayar sistemlerinde, toplumun kullanımına açık bilgisayar sistemlerinde, işyerinde kullanımı sürekli olmayan taşınabilir sistemlerde, hesap makineleri, yazar kasa ve benzeri veri veya ölçüm sonuçlarını gösteren küçük ekranlı cihazlarda, ekranlı daktilolarda uygulanmaz (EAÇY m.2).

İşveren, işyerinde gerçekleştireceği risk değerlendirmesinde; çalışma merkezlerinde ekranlı araçların kullanımından kaynaklanan riskleri, özellikle görme, fiziksel sorunlar ve mental stresle ilgili riskleri de dikkate alarak, bu risklerin etkileri, yol açabileceği ilave etkiler ile risklerin bir arada olmasından kaynaklanabilecek olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması veya en aza indirilmesi için her türlü sağlık ve güvenlik önlemlerini alır (EAÇY m.5/1).

Ekranlı araçlarla çalışmanın en çok karşımıza çıktığı çalışma türlerinden birisi uzaktan çalışma modelidir. Uzaktan çalışmanın gerçekleştirildiği iş ilişkilerinde karşılaşılabilecek en önemli sorunlardan bir tanesi işverenin risk değerlendirme yükümlülüğünü nasıl yerine getireceğidir. Uzaktan çalışmada işverenin risk değerlendirmesi yapması diğer geleneksel çalışma biçimine nazaran daha zor olsa da<sup>154</sup> bu durum, uzaktan çalışma ilişkisinde risk değerlendirmesi yükümlülüğünün yerine getirilmeyeceği anlamına gelmez. Ruhsal sorunlar, evden çalışmalarda çalışanları bekleyen önemli risk unsurlarından birisi olduğu için yapılacak risk değerlendirmesinde fiziksel risklerin yanısıra psikososyal risklerin de dikkate alınması gerektiği, böylece tele çalışma dâhil evde çalışanların olası sağlık risklerinin azaltılabileceği belirtilmiştir<sup>155</sup>. Keza, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin işçilerin ulaşılabilir olmama hakkına dair kabul ettiği taslak Direktif<sup>156</sup> m.4 hükmünde Üye Devletlere asgari olarak sağlaması gereken koşullar arasında ulaşılama hakkı ile ilgili olarak risk değerlendirmesi de dâhil sağlık ve güvenlik değerlendirmeleri yapılması gerektiğini düzenlenmiştir.

Esasında uzaktan çalışmayı düzenleyen 4857 sayılı İş Kanunu m.14 hükmünde uzaktan çalışmaya ilişkin usul ve esasların Çalışma ve Sosyal Güvenlik

<sup>153</sup> Ekranlı araçlarla çalışmalarda iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hakkında geniş bilgi için bkz. Vedat Laçiner/Kübra Yavuz, "Ekranlı Araçlarla Yapılan Çalışmalarda İş Sağlığı ve Güvenliği", **Hak İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi**, C. 2, S. 4, (128-151).

<sup>154</sup> International Labour Organization, "**An Employers' Guide on Working From Home in Response to the Outbreak of COVID-19**", 2020, s. 9.

<sup>155</sup> ILO, "Working From Home: From Invisibility to Decent Work", 2021, s. 246.

<sup>156</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Bağlantıyı Kesme Hakkı Direktifi taslak metni için bkz. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021\\_EN.html#title2](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.html#title2), (Çevrimiçi: 12.03.2021).

Bakanlığı (şimdi Aile, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı) tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin yürürlüğe konulmadan önce uzaktan çalışmaya ilişkin hazırlanan “Uzaktan Çalışma Yönetmeliği” taslak metninin “İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınması” başlıklı 14. maddesinde işverenin risk değerlendirme yükümlülüğüne yer verilmişti. Hükme göre “İşveren, risk değerlendirmesi gerçekleştirmek, alınan önlemlere ilişkin işçiyi bilgilendirmek gerekli eğitimi vermek, sağlık gözetimini sağlamak ve sağladığı tüm iş araçlarının iş gereksinimleri ile iş sağlığı ve güvenliği mevzuatı ve standartlarına uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür”.

Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nin<sup>157</sup> yürürlüğe girdiği hâlinde ise işverenin bilgilendirme, eğitim verme, sağlık gözetimi yapma ve işverenin temin ettiği araçlarla ilgili tedbirleri alma yükümlülüğü düzenlemiştir. İlginçtir ki, hükümde “risk değerlendirme” yükümlülüğüne ilişkin bir ifade yer almamıştır. Ancak, maddede işverenin “sağladığı ekipmanla ilgili gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlü” olduğu ifadesi risk değerlendirme yükümlülüğünü de kapsar niteliktedir.

Kanaatimizce, işverenin çalışanın konutunda yapacağı risk değerlendirmesi yalnızca uzaktan çalışmayı gerektiren araçlarla sınırlı olmalı<sup>158</sup>, evin ya da işyeri dışında işin görüldüğü yerin tamamına yönelik bir risk değerlendirmesi yapması işverenden beklenmemelidir. Keza, işverenin sürekli değişebilecek bir ev ortamını sağlık ve güvenlik koşulları bakımından mütemediyen takip etmesi imkânsızdır. İş Kanunu'nun uzaktan çalışmayı düzenleyen 14. madde hükmünde ve Uzaktan Çalışma Yönetmeliği'nde işverenin “sağladığı ekipmanla ilgili” gerekli iş güvenliği tedbirlerini almakla yükümlü olduğunu bildirmesi de bu kanaatimizi teyit eder niteliktedir (UÇY m.12).

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin işçilerin bağlantıyı kesme hakkına<sup>159</sup> ilişkin hazırlamış olduğu Direktif taslağında<sup>160</sup> üye devletler, bağlantıyı kesme hakkından işçilerin faydalanmasının sağlanması ve işverenlerin bu hakkı adil ve şeffaf bir şekilde uygulaması için gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlü kılınmıştır. Bu amaçla, üye devletlerin bağlantıyı kesme hakkıyla<sup>161</sup> ilgili sağlaması gerekli asgari

<sup>157</sup> R.G., 31419, 10.03.2021.

<sup>158</sup> “Spain's New Decree on Remote Working”, <https://www.employmentlawworldview.com/spains-new-decree-on-remote-working/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>159</sup> Uluslararası Çalışma Örgütü'nün “COVID-19 Ortamında ve Sonrasında Uzaktan Çalışma Uygulama Kılavuzu” isimli yayınında “işle bağlantıyı kesme” hakkı olarak nitelendirilmiştir. Kılavuz için bkz., Uluslararası Çalışma Örgütü, **COVID-19 Ortamında ve Sonrasında Uzaktan Çalışma Uygulama Kılavuzu**, Cenevre, 2020, s. 36, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms\\_759299.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_759299.pdf), (Çevrimiçi: 12.03.2021).

<sup>160</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Bağlantıyı Kesme Hakkı Direktifi Taslak İngilizce metni için bkz. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021\\_EN.html#title2](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.html#title2), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>161</sup> Geniş bilgi için bkz. Deniz Ugan Çatalkaya, Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence Ulaşılabilir Olmama Hakkı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Yıl: 2016, Cilt: 74,

koşullar arasında psikososyal risk değerlendirmesi de dâhil olmak üzere sağlık ve güvenliğe ilişkin değerlendirmeler yapılması gerektiği öngörülmüştür.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün evden çalışmaya ilişkin “Evden Çalışma: Görünmezlikten İnsana Yakışır İş” isimli yayınında işverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması adına belirli koşulların varlığı hâlinde çalışanın evine erişebileceği belirtilmiştir<sup>162</sup>. Örnek olarak ise Mauritius'ta çalışanların evden çalışma yönteminin uygulandığı ve sınırlı sayıda belirtilen hâllerde<sup>163</sup> çalışana önceden bildirmek koşuluyla evine girebileceği ve risk değerlendirmesi dâhil iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alabileceği gösterilmiştir<sup>164</sup>. Çalışanların Hakları Kanunu'na (**The Workers Rights Act 2019**)<sup>165</sup> göre işveren, evde çalışanın rızası (yetkilendirmesi) ve önceden evde çalışana bildirim yapılması şartıyla çalışanın iş görme borcunu yerine getirdiği yere risk değerlendirmesini uygulamak amacıyla tarafların mutabık kaldığı uygun bir zaman diliminde erişebilir. İspanya'da ise COVID-19 döneminde evden çalışmayı kolaylaştırmak adına çalışan tarafından risk değerlendirmesinin yerine getirilebildiği istisnai ve geçici bir hukuki düzenleme yapılmıştır<sup>166</sup>.

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 90/270/EEC sayılı Ekranlı Araçlarla Çalışmalarda Asgari Sağlık ve Güvenlik Gereklere Direktifi<sup>167</sup> (**Council Directive 90/270/EEC of 29 May 1990 on the Minimum Safety and Health Requirements for Work with Display Screen Equipment**) de m.3 hükmünde işverene ekranlı araçlarla çalışmadan kaynaklanabilecek riskleri, özellikle de göz sağlığı, fiziksel sorunlar ve zihinsel yorgunluk gibi riskleri de dikkate alarak risk değerlendirmesi gerçekleştirme yükümlülüğünü düzenlemiştir.

(737-755). Deniz Ugan Çatalkaya, “Özel Yaşam ile İş Yaşamı Arasındaki Sınırların Bulanıklaşması ve “Ulaşılabilir Olmama Hakkı” Üzerine”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Bülteni, 26 Şubat 2021, <https://law.khas.edu.tr/tr/ozel-yasam-ile-yasami-arasindaki-sinirlarin-bulaniklamasi-ve-ulasilabilir-olmama-hakki-uzerine>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>162</sup> ILO, “Working From Home: From Invisibility to Decent Work”, s. 188.

<sup>163</sup> Hükümde sayılan sebepler şu şekilde sıralanabilir; işveren tarafından temin edilen herhangi bir çalışma aracının kurulumu, bakımı ve tamiri, çalışma materyalini teslim etmek ve biten ürünleri toplamak, sağlık ve güvenliğe ilişkin risk değerlendirmesi yapmak, düzenli sağlık ve güvenlik denetimlerini yerine getirmek, The Workers Rights Act 2019, “Access to Place of Work”, m.5 [https://labour.govmu.org/Documents/Legislations/THE%20WORKERS%20RIGHTS%20Act%202019/225\\_The%20WR\\_Working%20from%20Home.pdf](https://labour.govmu.org/Documents/Legislations/THE%20WORKERS%20RIGHTS%20Act%202019/225_The%20WR_Working%20from%20Home.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>164</sup> ILO, “Working From Home: From Invisibility to Decent Work”, s. 188.

<sup>165</sup> Workers Rights Act 2019, [https://labour.govmu.org/Documents/Legislations/THE%20WORKERS%20RIGHTS%20Act%202019/225\\_The%20WR\\_Working%20from%20Home.pdf](https://labour.govmu.org/Documents/Legislations/THE%20WORKERS%20RIGHTS%20Act%202019/225_The%20WR_Working%20from%20Home.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>166</sup> International Labour Organization, “**An Employers' Guide on Working From Home in Response to the Outbreak of COVID-19**”, 2020, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---act\\_emp/documents/publication/wcms\\_745024.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/publication/wcms_745024.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021), s. 10. ECİJA, **COVID-19 Spain: FAQs for Business**, “Is the Implementation of Teleworking Mandatory?”, <https://ecija.com/en/sala-de-prensa/covid-19-spain-faqs-for-business/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>167</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 90/70/EEC sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31990L0270>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).



#### 4.9.7. Kanserojen veya Mutajen Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik

İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği uyarınca işyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesinde; kanserojen (**carcinogen**) veya mutajen (**mutagen**) maddelere maruziyet riski bulunan işlerde çalışanların; bu maddelere maruziyet türü, maruziyet düzeyi ve maruziyet süresini belirleyerek riskleri değerlendirir ve alınması gerekli sağlık ve güvenlik önlemlerini belirler.

Yönetmeliğe göre kanserojen maddeler “*Solunduğunda, ağız yoluyla alındığında, deriye nüfuz ettiğinde kanser oluşumuna neden olabilecek veya kanser oluşumunu hızlandırabilecek madde veya müstahzarları, Ek-1’de belirtilen maddeler, işlemler ve bu işlemler sırasında ortaya çıkan madde veya müstahzarı*” (KMMÇY m.4(1)-b) ifade eder. Bu kapsamda lösemiye (kan kanseri) sebep olan Benzen kanserojen maddelere örnek verilebilir<sup>168</sup>.

Mutajenler ise “*Solunduğunda, ağız yoluyla alındığında, deriye nüfuz ettiğinde kalıtsal genetik hasarlara yol açabilecek veya bu etkinin oluşumunu hızlandırabilecek madde veya müstahzarlar*”<sup>169</sup>ı ifade etmektedir (KMMÇY m.4/ (1)-c). Bu kapsamda, X ışınlarının (**X ray**), Ultraviyole ışınlar (**ultraviolet light**) mutajen maddelere örnek verilebilir<sup>169</sup>.

Risk değerlendirmesinde kanserojen veya mutajen maddelerin deri yolu da dâhil olmak üzere vücuda giriş yollarının tümü dikkate alınır. Risk değerlendirmesi gerçekleştirilirken, belirli risklerden etkilenecek çalışanların sağlık ve güvenlikleri ile kanserojen veya mutajen maddelerle çalışmak istemeyenlerin bu istekleri özel olarak dikkate alınır (KMMÇY m.5/3). İşveren; işyerinde gerçekleştirilen risk değerlendirmesine göre sağlık ve güvenlik yönünden risk bulunan alanlara, sadece işi veya görevi gereği bu alana girmesi gereken çalışanlara izin verir, bunların dışındaki çalışanların girmemesi için gerekli önlemleri alır (KMMÇY m.11).

Konuyla ilgili Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 2004/37/EC sayılı Kanserojen veya Mutajenlere Maruziyetle İlgili Risklerden Çalışanların Korunması Direktifi<sup>170</sup> m.3/2 hükmünde de işverene çalışanların kanserojen veya mutajen maddelere maruziyetin bulunduğu işyerinde risk değerlendirmesi yükümlülüğü getirmiştir.

<sup>168</sup> Yeşim Sert Karaaslan, “Benzen Maruziyeti Kan Kanserine Yol Açıyor”, Anadolu Ajansı, 26.05.2018, <https://www.aa.com.tr/saglik/benzen-maruziyeti-kan-kanserine-yol-aciyor/1157249>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>169</sup> Britannica, “Mutagen”, <https://www.britannica.com/science/mutagen>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>170</sup> 2004/37/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi’nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0054&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

#### 4.9.8. Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelik

İşyerlerini bekleyen en büyük tehlikelerden birisi patlayıcı maddelerle yapılan çalışmalardır. Medyaya yansıyan iş kazası haberlerinin önemli bir kısmı patlayıcı maddelerden kaynaklanmaktadır<sup>171</sup>. Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmeliğin de amacı, işyerinde bulunan, kullanılan veya herhangi bir şekilde işlem gören kimyasal maddelerin (**chemical agents**) etkilerinden kaynaklanan mevcut veya ortaya çıkması muhtemel risklerden çalışanların sağlığını korumak ve güvenli bir çalışma ortamı sağlamak için asgari şartları belirlemektir (KMÇSGY m.1). Bu Yönetmelik 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına giren ve kimyasal maddelerin bulunduğu, kullanıldığı veya herhangi bir şekilde işlem gördüğü tüm işyerlerini kapsar.

İşveren, kimyasal maddelerle çalışma yapılan işyerlerinde, çalışanların kimyasal maddelere maruziyetini önlemek, bunun mümkün olmadığı hallerde en aza indirmek ve çalışanların bu maddelerin tehlikelerinden korunması için gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür (KMÇSGY m.5).

“Risk değerlendirmesi” başlıklı 6. maddeye göre “İşveren, işyerinde tehlikeli kimyasal madde bulunup bulunmadığını tespit etmek ve tehlikeli kimyasal madde bulunması halinde, çalışanların sağlık ve güvenliği yönünden olumsuz etkilerini belirlemek üzere İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerine uygun şekilde risk değerlendirmesi yapmakla yükümlüdür”.

Maddenin 1. fıkrasında işverenin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü belirtildikten sonra işverenlerin özellikle dikkate alması gereken hususlar belirtilmiştir. Buna göre işverenler, kimyasal maddenin sağlık ve güvenlik yönünden tehlike ve zararlarını, imalatçı, ithalatçı veya satıcılardan sağlanacak Türkçe malzeme güvenlik bilgi formunu, maruziyetin türünü, düzeyi ve süresini, kimyasal maddenin miktarı, kullanma şartları ve kullanım sıklığını, yönetmeliğin eklerinde verilen mesleki maruziyet sınır değerleri ve biyolojik sınır değerlerini, alınan ya da alınması gereken önleyici tedbirlerin etkisini, varsa daha önce yapılmış olan sağlık gözetimlerinin sonuçlarını, birden fazla kimyasal madde ile çalışılan işlerde, bu maddelerin her biri ve birbirleri ile etkileşimlerini dikkate alınır.

İşveren, tedarikçiden veya diğer kaynaklardan risk değerlendirmesi için gerekli olan ek bilgileri edinir. Bu bilgiler, kullanıcılara yönelik olarak, varsa kim-

<sup>171</sup> Daha geçtiğimiz aylarda Lübnan'ın başkenti Beyrut'ta devasa bir patlama yaşanmış, patlamaya amonyum nitratın sebep olduğu ifade edilmiştir, Al Jazeera, **Lebanon Blast: Ammonium Nitrate Behind Many Industrial Accidents**, 5 August 2020, <https://www.aljazeera.com/news/2020/8/5/lebanon-blast-ammonium-nitrate-behind-many-industrial-accidents>, (Çevrimiçi: 28.02.2021); İdris Okuducu, İyad en-Nablusi, **Lebanon's President Says Ammonium Nitrate Caused Blast**, Anadolu Agency, 05 August 2020, <https://www.aa.com.tr/en/energy/energy-security/lebanon-president-says-ammonium-nitrate-caused-blast/30098>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

yasal maddelerin yürürlükteki mevzuatta yer alan özel risk değerlendirmelerini de içerir (KMÇSGY m.3).

Yönetmeliğin 4. maddesine göre tehlikeli kimyasal maddeler içeren yeni bir faaliyete ancak risk değerlendirilmesi yapılarak belirlenen her türlü önlem alındıktan sonra başlanır.

Avrupa Konseyi ve Parlamentosu'nun 98/24 sayılı İşçilerin Sağlık ve Güvenliğinin İşteki Kimyasal Etkenlere Bağlı Risklerden Korunması Hakkındaki Direktif gereğince de işveren kimyasal etmenlerden kaynaklanan tehlikelerin önlenmesi ve risklerin asgari seviyeye indirilmesi yükümlülüğü altındadır<sup>172</sup>.

#### 4.9.9. Maden İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri Yönetmeliği

Bu Yönetmeliğin amacı; sondajla maden çıkarılan işlerin yapıldığı işyerleri ile yeraltı ve yerüstü maden işlerinin yapıldığı işyerlerinde çalışanların sağlık ve güvenliğinin korunması için uyulması gerekli asgari şartları belirlemektir (MİİSGÖY m.1). Bu Yönetmelik İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamına giren maden işyerlerini kapsar (MİİSGÖY m.2).

İşveren sağlık ve güvenlik dokümanında özellikle çalışanların işyerinde maruz kalabilecekleri psikosozal riskler dahil olmak üzere risklerin belirlenmesi ve değerlendirilmesini sağlar (MİİSGÖY m.5/(2)-b)-1).

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1995 tarihli ve 176 sayılı Madenlerde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi'nin<sup>173</sup> işverenin yükümlülüklerini düzenleyen 6. madde hükmünde işverenin önleyici ve koruyucu önlemleri alırken risk değerlendirme yükümlülüğünü yerine getireceği düzenlenmiştir<sup>174</sup>.

#### 4.9.10. Tozla Mücadele Yönetmeliği

Bu Yönetmeliğin amacı, işyerlerinde tozdan<sup>175</sup> kaynaklı ortaya çıkabilecek risklerin önlenmesi amacıyla iş sağlığı ve güvenliği yönünden tozla mücadele

<sup>172</sup> Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 98/24 sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998L0024&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>173</sup> 04.12.2014 tarihinde kabul edilen ve 6580 sayılı "176 sayılı Maden İşyerlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun" 12.12.2014 tarihli ve 29203 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>174</sup> (Article 6) In taking preventive and protective measures under this Part of the Convention the employer shall assess the risk and deal with it in the following order of priority:  
(a) eliminate the risk;  
(b) control the risk at source;  
(c) minimize the risk by means that include the design of safe work systems; and  
(d) in so far as the risk remains, provide for the use of personal protective equipment, having regard to what is reasonable, practicable and feasible, and to good practice and the exercise of due diligence.

<sup>175</sup> Tozla Mücadele Yönetmeliği'ne göre "toz" işyeri ortam havasına yayılan veya yayılma potansiyeli olan parçacıkları ifade eder. (m.4/1-k).

etmek ve bu işlerde çalışanların tozun etkilerinden korunmalarını sağlamak için alınması gerekli tedbirlere dair usul ve esasları belirlemektir.

İşveren, çalışanlarının sağlık ve güvenliğini tehlikeye atacaktır, işyerinde bulunan tozlardan kaynaklanan olumsuz etkileri belirlemek üzere, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve İş Sağlığı ve Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerine uygun şekilde risk değerlendirmesi yapmakla yükümlüdür. Özellikle pnömokonyoz (**pneumoconiosis** - akciğer toz hastalığı)<sup>176</sup> gibi akciğer rahatsızlığına sebep olan maden işyerleri bakımından yapılacak risk değerlendirmesi önem arz etmektedir<sup>177</sup>. Yine, bir akciğer rahatsızlığı olan slikozisin (**silicosis**)<sup>178</sup> de tozdan kaynaklanan bir meslek hastalığı olduğu bilinmektedir.

Tozlu işlerde yapılacak risk değerlendirmesinde özellikle işyerinde bulunan tozun çeşidi, tozun sağlık ve güvenlik yönünden tehlike ve zararları, toz ölçüm sonuçları, varsa önceden yapılmış olan sağlık gözetimlerinin sonuçları, maruziyetin düzeyi, süresi ve sıklığı, yönetmeliğin ekinde yer alan mesleki maruziyet sınır değerleri, alınması gereken önleyici tedbirler ve yönetmelikte sayılan diğer hususlar dikkate alınır (TMY m.6/(2)).

#### 4.9.11. Elle Taşıma İşleri Yönetmeliği

Bu yönetmeliğin amacı; elle taşıma işlerinden kaynaklanabilecek sağlık ve güvenlik risklerinden, özellikle sırt ve bel incinmelerinden, çalışanların korunmasını sağlamaktır (ETİY m.1). Yönetmeliğe göre elle taşıma işi; bir veya daha fazla çalışanın bir yükü kaldırması, indirmesi, itmesi, çekmesi, taşınması veya hareket ettirmesi gibi işler esnasında, işin niteliği veya uygun olmayan ergonomik koşullar nedeniyle özellikle bel veya sırtının incinmesiyle sonuçlanabilecek riskleri kapsayan nakletme veya destekleme işlerini ifade eder (ETİY m.4/1). Yönetmeliğe göre işveren, yüklerin elle taşınmasına gerek duyulmayacak şekilde iş organizasyonu yapmak ve yükün uygun yöntemlerle, özellikle mekanik sistemler kullanılarak taşınmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür (ETİY m.5/1-a).

Elle Taşıma İşleri Yönetmeliği işverenin risk değerlendirme yükümlülüğüne ilişkin doğrudan bir hüküm ihtiva etmese de işverenin elle taşımadan kaynaklanan riskleri azaltmak için uygun yöntemler kullanmasını ve gerekli düzenlemeler

<sup>176</sup> Tozla Mücadele Yönetmeliği'ne göre pnömokonyoz "Akciğerlerde tozun birikmesi sonucu ortaya çıkan doku reaksiyonu ile oluşan hastalığı" ifade etmektedir.

<sup>177</sup> Bu hususta Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan Tozla Mücadele ile İlgili Uygulamalara İlişkin Tebliğ (R.G., 02.10.2014, 29137) ile pnömokonyoz yönünden değerlendirme yapacak hekimlerin eğitimleri, sayısı, bu hekimlerin pnömokonyoz değerlendirmedeki süreçleri ve buna bağlı işveren yükümlülükleri ile pnömokonyoz yönünden değerlendirilecek akciğer radyografileri ile ilgili usul ve esasları belirlemek amaçlanmıştır. (Tebliğ m.1).

<sup>178</sup> Silika tozlarının süregen olarak solunması sonucu gelişen akciğer hastalığı. **TDK İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü**, 2014, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

yapması gerektiğini düzenlemiştir (ETİY m.5/1-b). Bu anlamda riskleri azaltmanın yolu da risk değerlendirmesi yapmaktan geçmektedir.

Yönetmeliğe dayanak olan Avrupa Birliği'nin 29/5/1990 tarihli ve 90/269/EEC sayılı Özellikle Çalışanların Sırt İncinmeleri Riskine Yol Açan Elle Yük Taşıma İşlerinde Asgari Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Konsey Direktifi<sup>179</sup> (**Council Directive 90/269/EEC of 29 May 1990 on the Minimum Health and Safety Requirements for the Manual Handling of Loads Where There is a Risk Particularly of Back Injury to Workers**) de aynı esasları kabul etmiştir.

## 5. İşverenin Risk Değerlendirmesi Yapmamasının Yaptırımı

### 5.1. İdari Yaptırımlar

#### 5.1.1. İdari Para Cezası

İşverenin iş sağlığı ve güvenliğinin sağlaması hususunda yükümlülüklerini düzenleyen İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesi işverenin mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, iş sağlığı ve güvenliği organizasyonunun oluşturulması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapacağını öngörmüş, işverenin buna aykırı davranışını ise belirli yaptırımlara bağlamıştır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bendindeki yükümlülüklerini yerine getirmeyen işverenlerin ondan az çalışanı bulunuyor ve işyerleri az tehlikeli sınıfta yer alıyorsa yerine getirmedikleri her bir yükümlülük için ayrı ayrı beş bin yüz on beş Türk Lirası idari para cezası verilir. Yine, az tehlikeli sınıfta yer alan ve ondan az çalışanı bulunan işyerlerinde 6331 sayılı Kanun'un m.10/1 hükmüne göre risk değerlendirmesi yapmayan veya yaptırmayan işverene yedi bin altı yüz yetmiş dokuz Türk Lirası, aykırılığın devam ettiği her ay için on bir bin beş yüz yirmi iki Türk Lirası, dördüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene ise üç bin sekiz yüz otuz altı Türk Lirası idarî para cezası verilecektir<sup>180</sup>. 6331 sayılı Kanun'un 30. maddesinde öngörülen yönetmeliklerde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene ise uyulmayan her hüküm için tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak iki bin beş yüz elli beş Türk Lirası idari para cezası verilir. Ancak bu tutarlar, az tehlikeli sınıftaki işyerleri için geçerli olduğu için Kanun'un "İdari Para Cezaları ve Uygulanması" başlıklı 26. maddesindeki oranlar nispetinde işyerinin girdiği tehlike sınıfı ve işyerindeki çalışan sayısına göre artırılır. Hükme göre;

<sup>179</sup> Avrupa Konseyi ve Parlamentosu'nun 90/269 sayılı Direktifi'nin İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31990L0269&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

<sup>180</sup> 2021 yılına ilişkin idari para cezası tutarları için bkz. Aile Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, [https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/63965/ipc\\_2021.xls](https://www.ailevecalisma.gov.tr/media/63965/ipc_2021.xls), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

*“Bu maddede belirtilen idari para cezaları;*

*a) Ondan az çalışanı bulunan işyerlerinden;*

*1) Az tehlikeli sınıfta yer alanlar için aynı miktarda,*

*2) Tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde yirmi beş oranında artırılarak,*

*3) Çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde elli oranında artırılarak,*

*b) On ila kırk dokuz çalışanı bulunan işyerlerinden;*

*1) Az tehlikeli sınıfta yer alanlar için aynı miktarda,*

*2) Tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde elli oranında artırılarak,*

*3) Çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde yüz oranında artırılarak,*

*c) Elli ve daha fazla çalışanı bulunan işyerlerinden;*

*1) Az tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde elli oranında artırılarak,*

*2) Tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde yüz oranında artırılarak,*

*3) Çok tehlikeli sınıfta yer alanlar için yüzde iki yüz oranında artırılarak, uygulanır.”*

Söz konusu idarî para cezası tutarları 2021 yılı için geçerli olup Kabahatler Kanunu m.17/7 gereğince idarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır<sup>181</sup>.

Söz konusu idari para cezaları gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürünce verilir.

İdari para cezalarının verilmesinin yanısıra kanaatimizce 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na eklenecek bir hükümlerle risk değerlendirmesi yapılmadığı tespit edilen işyerleri Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı’nın sitesinde ilan edilerek o işyerinde çalışmayı düşünen adayların kendilerini bekleyen tehlikeyi önceden görebilmesi sağlanmalıdır. Böylelikle idari para cezaları ile amaçlanan malî caydırıcılığın yanı sıra işyerlerinin itibarının korunması açısından da manevi bir caydırıcılık sağlanmış olacaktır. Her hâlükârda, işverene malî yansımaları olacaktır.

### **5.1.2. İşin Durdurulması**

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 25. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesine göre *“İşyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu teh-*

<sup>181</sup> Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, İdari Para Cezaları, <https://www.ailevecalisma.gov.tr/isggm/hizmetlerimiz/idarî-para-cezaları/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

*likeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur”.*

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 29. maddesine göre ise işletmeye başlanmadan önce, büyük endüstriyel kaza<sup>182</sup> oluşabilecek işyerleri için, işyerlerinin büyüklüğüne göre büyük kaza önleme politika belgesi veya güvenlik raporu işveren tarafından hazırlanır. İşverenler, hazırladığı güvenlik raporlarının Bakanlık tarafından içerik ve yeterliliğinin incelenmesinin ardından işyerlerini işletmeye açabilir. Ancak işin durdurulmasını düzenleyen 25. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi gereği çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde, risk değerlendirmesi yapılmamış olması durumunda iş durdurulur (İSGK m.25). Bu husus, işyerlerinde işin durdurulmasına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik<sup>183</sup> m.7/2 ile tekrarlanmıştır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m.25/1 uyarınca çok tehlikeli sınıfta yer alan maden, metal ve yapı işleri ile tehlikeli kimyasallarla çalışılan işlerin yapıldığı veya büyük endüstriyel kazaların olabileceği işyerlerinde işin durdurulması için risk değerlendirmesinin yapılmamış olması gerekli ve yeterli olduğu için ilk cümledeki hâlden farklı olarak işyerinde herhangi bir tehlikenin mevcut olması aranmaz<sup>184</sup>. Salt risk değerlendirmesinin yapılmamış olması, idari para cezası kesilmesi için yeterlidir.

İş müfettişi tarafından işyerinde risk değerlendirmesi yapılmadığı durumda bu durumu tutanak altına alan bir rapor düzenlenir (m.7/3) ve en geç ertesine güne dek Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Başkanlığı'na gönderilir. Raporla, durdurmayı gerektiren hususlara, alınması gereken tedbirlerin niteliğine ve yapılması gereken diğer iş ve işlemlere ayrıntılı olarak yer verilir (m.7/3).

Bakanlık İş Teftiş Kurulu Başkanlığı tarafından görevlendirilen teftiş yetkili üç müfettişten oluşan heyetin işyerinin bir bölümünde veya tamamında işin durdurulması kararı vermesi hâlinde karar, ilgili valiliğe ve işyeri dosyasının bulunduğu il müdürlüğüne bir gün içinde gönderilir (m.7/4).

<sup>182</sup> Büyük endüstriyel kaza “*Bu Yönetmelik kapsamındaki herhangi bir kuruluşun işletilmesi esnasında, kontrolsüz gelişmelerden kaynaklanan ve kuruluş içinde veya dışında insan ve/veya çevre sağlığı için anında veya daha sonra ciddi tehlikeye yol açabilen bir veya birden fazla tehlikeli maddenin sebep olduğu büyük bir yayılım, yangın veya patlama olayını*” ifade etmektedir. (02.03.2019 tarih ve 30702 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi ve Etkilerinin Azaltılması Hakkında Yönetmelik).

<sup>183</sup> R.G., 30.03.2013, 28603.

<sup>184</sup> Haluk Hadi Sümer, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 131, Temmuz 2017, (92-103), s. 96. Aydınlı, s. 420.

İşin durdurulması kararı, mülki idare amiri<sup>185</sup> tarafından 24 saat içinde yerine getirilir (m.8/1).

İşin durdurulması<sup>186</sup> hâlinde, durdurmaya sebep olan fiilden dolayı ilgili idari para cezası uygulanmaz. İşin durdurulması kararına itiraz etmek isteyen işveren, durdurma kararının yerine getirildiği tarihten itibaren altı iş günü içinde, yetkili iş mahkemesinde itiraz edebilir (İİDDY m.12/1). İtiraz, işin durdurulması kararının uygulanmasını etkilemez (İİDDY m.12/1). Mahkeme itirazı öncelikle görüşür ve altı iş günü içinde karara bağlar. Mahkeme kararı kesindir (İSGK m.25/4 & İİDY m.12/2). Şayet iş mahkemesi, işin durdurulması kararının kaldırılması yönünde karar verirse, bu karar icra edilmek için il müdürlüğü tarafından mülki idare amirliğine intikal ettirilir (m.12/3). Mülki idare amirinin emriyle işyeri açılır (m.12/3).

İşveren, işin durdurulmasına sebep olan hususların giderilmesi için mühürlerin geçici olarak sökülmesi ile ilgili talebini dilekçeyle ilgili iş müdürlüğüne iletir (İİDDY m.9/1). Durdurma kararına sebep olan husus m.7/2 kapsamında ise işyerinde yapılacak risk değerlendirmesi hakkında iş ve işlemleri belirten bilgiler dosyaya eklenir. İl müdürlüğü tarafından Kurul Başkanlığına gönderilen işverenin talebi hakkında heyetçe karar verilir.

Mühürlerin geçici olarak sökülmesi kararı verilmesi hâlinde karar, mülki idare amirine ve il müdürlüğüne bir yazı ekinde gönderilir. Mülki idare amiri, kararın kendisine intikalinden itibaren 24 saat içerisinde, belirtilen şartlarda ve süreyle çalışma yapılabilmesi için mühürlerin geçici olarak sökülmesini ve durumu belirten bir tutanak düzenlenmesini sağlar ve düzenlenen tutanağın bir nüshasını işyeri dosyasına konulmak üzere ilgili il müdürlüğüne iletir.

İşin durdurulmasına sebep olan hususları yerine getiren işveren, durdurma kararının kaldırılması için ilgili il müdürlüğüne yazılı talepte bulunur. Durdurmaya sebep hususları gidermeye yönelik yapılan çalışmaları, alınan veya revize edilen iş ekipmanlarına ait bilgi, belge ve yeterlilik sertifikalarını, tedbirlerin alındığı bölgelerin fotoğraflarını ve işyeri risk değerlendirmesini içeren bir dosya talebin ekinde, aynı zamanda bu dosyanın elektronik ve benzeri ortama aktarılmış hali il müdürlüğüne sunulur (İİDY m.10/1). İl müdürlüğü tarafından Kurul Başkanlığı'na iletilen dosya hakkında heyet tarafından işin durdurulması kararının kaldırılmasına karar verirse karar, mülki idare amirine ve ilgili il müdürlüğüne bildirilir. İşin durdurulması kararında olduğu gibi işin durdurulmasının kaldırılması kararı da mülki idare amiri tarafından 24 saat içinde yerine getirilir.

<sup>185</sup> İllerde valiyi, büyükşehirler dâhil ilçelerde ise kaymakamı ifade eder (İİDY m.4/1-ğ).

<sup>186</sup> Geniş bilgi için bkz. İştah Cengiz Urhanoğlu, "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması", **Sarper Süzek'e Armağan**, C. 2, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, (1956-1982). Gizem Sarıbay Öztürk, **İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerini İhlalin Sonuçları**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2013, s. 286 vd.



Risk değerlendirmesi yapılmaması neticesinde işyerindeki faaliyetin durdurulmasının en önemli neticelerinden birisi faaliyetin durdurulduğu dönemde işçilerin ücret alacağına hak kazanıp kazanamayacağına ilişkindir. İşyerlerinde İşin Durdurulmasına Dair Yönetmelik m.13/1 hükmüne göre işveren işin durdurulması nedeniyle işsiz kalan çalışanlara ücretlerini ödemekle veya ücretlerinde bir düşüklük olmamak üzere meslek veya durumlarına göre başka bir iş vermekle yükümlüdür.

### 5.1.3. Kamu İhalelerinden Yasaklama

Manisa'nın Soma ilçesinde 2014 yılında yaşanan maden faciasının ardından maden işyerleri ile maden işyerlerinde çalışanlar için mevzuatta çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan birisi de maden işyerlerinde ölümlü iş kazası meydana gelmesi hâlinde kusuru yargı kararıyla tespit edilen işverenin kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmasıdır. 23.04.2015 tarih ve 29335 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 6331 sayılı Kanun'a eklenen madde hükmü şu şekildedir:

*“Ölümlü iş kazası meydana gelen maden işyerlerinde kusuru yargı kararı ile tespit edilen işveren, mahkeme tarafından iki yıl süreyle kamu ihalelerine katılmaktan 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 26'nci<sup>187</sup> maddesinin ikinci fıkrasında sayılanlarla birlikte yasaklanır. Kararın bir örneği işverenin siciline işlenmek üzere Kamu İhale Kurumuna gönderilir ve Kurumun internet sayfasında ilan edilir”.*

Söz konusu düzenlemenin getirilme amacı, daha önce ölümlü iş kazasının yaşandığı bir işyeri işverenin kamu ihalelerini de yerine getirmeye ehil olmaya ya da aynı facianın tekrar yaşanmasına sebep olma ihtimali midir? Yoksa sadece caydırıcı olması amacıyla mı getirilmiştir? Hangi varsayımdan yola çıkarsak çıkalım, diğer alanlarda faaliyet gösteren işyerlerinin neden kapsam dışı bırakıldığı sorgulanır cinstendir. Düzenleme, iş sağlığı ve güvenliği hukukunun anlayışına uygun nitelikte değildir. Ölümlü iş kazalarının birçoğunun madenlerde gerçekleştiği göz ardı edilemez ise de “ölüm”ler arasında kıyas yapılarak düzenleme yapılması mümkün değildir.

<sup>187</sup> İhalelere katılmaktan yasaklama

Madde 26- Haklarında yasaklama kararı verilen tüzel kişilerin şahıs şirketi olması halinde şirket ortaklarının tamamı hakkında, sermaye şirketi olması halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olan gerçek veya tüzel kişi ortaklar hakkında birinci fıkra hükmüne göre yasaklama kararı verilir. Haklarında yasaklama kararı verilenlerin gerçek veya tüzel kişi olması durumuna göre; ayrıca bir şahıs şirketinde ortak olmaları halinde bu şahıs şirketi hakkında da, sermaye şirketinde ortak olmaları halinde ise sermayesinin yarısından fazlasına sahip olmaları kaydıyla bu sermaye şirketi hakkında da aynı şekilde yasaklama kararı verilir.

Kanaatimizce, söz konusu hüküm işyeri özelinde değil de işyerlerinin tehlike sınıfına göre düzenlense daha makul olabilirdi. Örneğin, “*Ölümlü iş kazası meydana gelen tehlikeli veya çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde kusuru yargı kararı ile tespit edilen işveren..*” gibi.. Kaldı ki bu durumda dâhi, hükmün tam anlamıyla tatmin edici bir yapıda olduğu söylenemezdi. Zira az tehlikeli sınıftaki işyerlerini kapsam dışında bırakarak eleştirmiş olduğumuz hususu tam anlamıyla bertaraf etmeyen bir hüküm meydana gelirdi. Sonuç olarak, hüküm tehlike sınıflarına bakılmaksızın bütün işyerleri bakımından uygulama alanı bulacak şekilde değiştirilmelidir. Bu değişiklik yapılırken ise “*O zaman neredeyse kamu ihalesine girebilecek işveren kalmaz*” şeklindeki söylemlere kulak verilmemelidir.

## 5.2. Hukuki ve Cezai Yaptırımlar

İşverenin risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle işyerinde iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi hâlinde işverenin cezai ve hukuki sorumluluğu gündeme gelebilecektir<sup>188</sup>. Bununla birlikte Risk Değerlendirme Yönetmeliği’nde belirtildiği üzere risk değerlendirmesinin gerçekleştirilmiş olması; işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz (RDY m.5/2). Dolayısıyla, gerek işverenin oluşturduğu ekip gerekse Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimi tarafından yapılsın risk değerlendirmesinin yapılmış olması işverenin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Bu husus 89/391 sayılı Direktif m.5/2 hükmünde de vurgulanmıştır.

İşverenin ekonomik sebepleri öne sürerek yahut risk değerlendirmesi yapma yükümlülüğü konusundaki bilgisizliğini ile sürerek sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır<sup>189</sup>. Keza, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi bir kararında<sup>190</sup> bu durumu şöyle ifade etmiştir:

*“Bundan başka işveren, mevzuatta öngörülmemiş olsa dahi bilimsel ve teknolojik gelişmelerin gerekli kıldığı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak zorundadır. Bilim, teknik ve örgütlenme düşüncesi yönünden alınabilme olanağı bulunan, yapılacak gider ve emek ne olursa olsun bilimin, tekniğin ve örgütlenme düşüncesinin en yeni verileri göz önünde tutulduğunda işçi sakatlanmayacak, hastalanmayacak ve ölmeyecek ya da bu kötü sonuçlar daha da azalacaksa her önlem işverenin koruma önlemi alma borcu içine girer. Bu önlemler konusunda işveren iş yerini yeni açması nedeniyle tecrübesizliğini, bilimsel ve teknik gelişmeler*

<sup>188</sup> Özdemir, s. 250. Tulukçu, s. 738.

<sup>189</sup> Süzek, s. 419.

<sup>190</sup> Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, Karar Tarihi: 04.02.2019, 2018/1157 E., 2019/474 K., Yargıtay Karar Arama, (Çevrimiçi: 28.02.2021); Benzer bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 09.10.2013, E. 2013/102, K. 2013/1456, Yargıtay Karar Arama, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

*yönünden bilgisizliğini, ekonomik durumunun zayıflığını, benzer iş yerlerinde bu iş güvenliği önlemlerinin alınmadığını savunarak sorumluluktan kurtulamaz. Gerçekten, çalışma hayatında süregelen kötü alışkanlık ve geleneklerin varlığı işverenin önlem alma borcunu etkilemez. İşverenlerce, iş güvenliği açısından yaşamsal önem taşıyan araç ve gereçlerin işçiler tarafından kullanılması sağlandığında, kaza olasılığının tamamen ortadan kalkabileceği de tartışmasız bir gerçektir”.*

İşveren vekilinin<sup>191</sup> risk değerlendirmesi yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla hukuki sorumluluk ise işveren üzerinde doğacaktır. Ancak cezai sorumluluğun şahsiliği gereği<sup>192</sup> hem işveren hem de işveren vekili *taksirle öldürme* ile *taksirle yaralama* suçunu düzenleyen sırasıyla TCK'nın 85. ve 89. maddelerinden sorumlu tutulabilecektir<sup>193</sup>. Buna karşın bir görüşe göre işverenin risk değerlendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle meydana gelen bir iş kazası neticesinde işveren olası kastla sorumlu tutulabilmelidir<sup>194</sup>.

İşveren vekilinin kusurlu davranışı sonucunda iş kazası veya meslek hastalığı yaşanmışsa bu durumda işveren vekilinin işçilere karşı hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>195</sup>. Ancak işveren meslek hastalığı veya iş kazası dolayısıyla işçiye veya hak sahiplerine ödediği tazminatı kusuru oranında işveren vekiline rücu edebilir<sup>196</sup>.

Çalışanın ölümü veya maluliyetiyle sonuçlanacak şekilde vücut bütünlüğünün bozulmasına neden olan iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde ihmali tespit edilen işyeri hekimi veya iş güvenliği uzmanının ise yetki belgesi askıya alınır (İSGK m.8/4).

## Sonuç

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile iş kazası ve meslek hastalıklarını önleme amacıyla işverene risk değerlendirmesi yapma veya yaptırma yükümlülüğü getirilmiş, 6331 sayılı Kanun'a dayanarak çıkarılan İş Sağlığı ve

<sup>191</sup> İşveren vekilinin 6331 sayılı Kanun açısından sorumluluğu için bkz. Şükran Ertürk/Asiye Şahin Emir, "6331 Sayılı Kanun Açısından İşveren Vekili Kavramı ve İşveren Vekilinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, (101-134).

<sup>192</sup> Ekmekçi, Yiğit, **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, s. 64.

<sup>193</sup> Özdemir, s. 598. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı, Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014, s. 1420. Geniş bilgi için bkz. Sami Narter, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Adalet Yayınları, 3. Baskı, 2018.

<sup>194</sup> Fuat Bayram, "İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hukuksal Çerçeve ve Türkiye'de Kurumsal Yapılanma", **Türkiye İnsan Hakları Kurumu İş Sağlığı ve Güvenliği Çalıştayı**, 23.10.2014, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, Ankara, Şubat 2015, (91-98), s. 94.

<sup>195</sup> Süzek, s. 190.

<sup>196</sup> Süzek, s. 190, 903.

Güvenliği Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği ile risk değerlendirmesinin usul ve esasları belirlenmiştir. Buna göre risk değerlendirmesinin işverenin oluşturacağı bir ekip tarafından gerçekleştirilebileceği gibi işyeri dışındaki kuruluşlardan hizmet alarak gerçekleştirilmesi imkânı tanınmıştır. İşveren, risk değerlendirmesinin yapılmasında iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, işyerindeki çalışanların temsilcileri, destek elemanları ve işyeri hakkında bilgi sahibi çalışanlardan oluşan farklı alanlarda bilgi sahibi, gerek işyerindeki tehlikelere hâkim gerek tehlikelerin riske dönüşmesini engelleyecek uzmanlığa sahip bir ekiple hareket edecektir.

Risk değerlendirmesini yapan ekip, öncelikle işyerindeki tehlikeleri belirleyecek, tehlikelerin sebep olabileceği riskleri tespit edecek ve söz konusu riskleri analiz ederek risklerin derecesine göre sıraya koyacaktır. Önem sırasına göre derecelendirilen riskler için uygun kontrol tedbirleri belirlenecek, uygulanacak ve işveren tarafından tedbirlerin uygulanıp uygulanmadığı düzenli olarak denetlenecektir. Risk değerlendirmesinin son aşamasını oluşturan belgelendirme işlemi ile işveren yaptığı risk değerlendirmesine ilişkin bilgi ve belgeleri saklayacaktır. Risk değerlendirmesi yapan işveren, işyerindeki tehlikelerin değişkenlik göstermesi hâlinde ve işyerinin tehlike sınıfına göre belirli aralıklarla risk değerlendirmesini yenileyecektir. Bunun yanısıra bir işyerinde birden fazla işveren olması hâlinde her işveren kendi işyeri için ayrı ayrı risk değerlendirmesi yapacaktır.

Uygulamada işverenlerin insan sağlığını maliyet hesabına değişmesi, risk değerlendirmesinin yapılmaması veya sağlıklı şekilde yapılmaması ile sonuçlanmaktadır. Bunun yanısıra risk değerlendirmesinin arzu edilen sonucu sağlayabilmesi işverenin yükümlülüklerini yerine getirmesinin yanısıra çalışanların da iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan tedbirlere uyması, iş sağlığı ve güvenliği kurallarına riayet etmesine bağlıdır. Bu noktada da işverenler, çalışanlarına iş sağlığı ve güvenliği konusunda gerekli eğitimi vererek çalışanlarını bilinçlendirmelidir. Aksi durumda, yani işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusundaki yükümlülüklerine uymaması durumunda istenilmeyen neticeler meydana gelmeden idare tarafından gerekli yaptırımlar uygulanmalıdır. Unutulmamalıdır ki, iş kazası ve meslek hastalıkları karnemizin pekiyi olması, ancak “Her işin başı sağlık” sözünün iş sağlığı ve güvenliği hukukunda “Her işin başı risk değerlendirmesi” bilinciyle hareket edilmesi hâlinde mümkündür.

## Kaynakça

- Akın, Levent**, “Risk Değerlendirmesi Yönetmeliği’nin İş Sağlığı ve Güvenliğine Katkısı (Taslak Üzerine Bir Değerlendirme)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2012, S. 25, (33-43).
- Akpınar, Teoman**, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2018.
- Akpınar, Teoman, Çakmakkaya, Baki Yiğit**, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından İşverenlerin Risk Değerlendirme Yükümlülüğü”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/1, (273-304).
- Alli, Benjamin O.**, Fundamental Principles of Occupational Health and Safety, Second Edition, International Labour Organisation, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms\\_093550.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/@publ/documents/publication/wcms_093550.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Alpagut, Gülsevil**, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısında İşverenin Yükümlülükleri ve Risk Değerlendirmesi”, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı” Semineri, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, 25 Nisan 2012, Ankara, 2012, (23-40).
- Mollamahmutoğlu, Hamdi, Astarlı, Muhittin, Baysal, Ulaş**, İş Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2014.
- Aydınlı, İbrahim**, İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.
- Başbuğ, Aydın, Yücel Bodur, Mehtap**, İş Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 5. Baskı, 2018.
- Bayram, Fuat**, “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hukuksal Çerçeve ve Türkiye’de Kurumsal Yapılanma”, Türkiye İnsan Hakları Kurumu İş Sağlığı ve Güvenliği Çalıştayı, 23.10.2014, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, Ankara, Şubat 2015, (91-98).
- Centel, Tankut**, İş Hukuku, Cilt: I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 1994.
- Centel, Tankut**, Türkiye’nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri, Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası (MESS), 2. Baskı, 2004.
- Centel, Tankut**, “İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Kapsamı”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Y. 2013, C. 19, S. 2, (79-84).
- Centel, Tankut**, “İşverenin İşyerinde Sağlık ve Güvenlik Sağlama Yükümü”, Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası Dergisi, C. 27, S. 3, Mayıs 2013.
- Çavuş, Özgür Hakan**, “6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Kapsamında Ofis İşyerlerinde Risk Değerlendirmesi”, Çalışma İlişkileri Dergisi, C. 6, S. 2, Temmuz 2015, (1-14).
- Çelik, Nuri, Canbolat, Talat, Caniklioğlu, Nurşen**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, Beta Basım, 31. Baskı, 2018.
- Ekmekçi, Ömer**, “Ana Hatlarıyla İş Sağlığı ve Güvenliği Kanun Tasarısı Taslağı”, Çimento İşverenler Dergisi, Mayıs 2008, S. 3, C. 22, (4-17).

- Eser, Dilek**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşçi ve İşveren Dışındaki Aktörlerin Rolü, Bursa, Ekin Yayınları, Ocak 2016.
- Eyrenci, Öner, Taşkent, Savaş, Ulucan, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Beta Basım, 8. Baskı, 2017.
- Gökçen, Mehmet Celal**, İş Hukuku ve Ticaret Hukuku Uygulama Kılavuzu, Bursa, BPLAS, 4. Baskı, 2017.
- Güzel, Ali, Okur, Ali Rıza, Caniklioğlu, Nurşen**, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta Yayınları, 17. Baskı, 2018.
- Kabakçı, Mahmut**, Avrupa Birliği İş Hukukunda İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği ile İlgili Temel Yükümlülükleri ve Türk Mevzuatının Uyumu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul, 2009.
- Kabakçı, Mahmut**, “6331 Sayılı Kanununun İş Sağlığı ve Güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma İlkelerinin (m.5) İşlevi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, (61-76).
- Kandemir, Murat**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Boyutuyla Psikososyal Riskler, İstanbul, Legal Yayınları, Aralık 2017.
- Kaya, Elif Çelenk, Ölmezoğlu İri, Necla İrem İri, Başkan Takaoğlu, Zeynep**, “Risk Değerlendirmesi Ne Kadar Önemli? “İşveren Bakış Açısı”, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Y. 2018, 7(4), (10-18).
- Narter, Sami**, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda İdari, Cezai ve Hukuki Sorumluluk, Ankara, 3. Baskı, Adalet Yayınları, 2018.
- Özcan, Şeref**, “Türkiye’de İş Kazalarının Sebepleri ve İş Güvenliği Kültürü”, Türkiye İnsan Hakları Kurumu İş Sağlığı ve Güvenliği Çalıştayı, 23.10.2014, Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanlığı, Ankara, Şubat 2015, (55-63).
- Özdemir, Erdem**, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Özkılıç, Özlem**, Risk Değerlendirmesi Atex Direktifleri Ortamlar - Büyük Endüstriyel Kazaların Önlenmesi ve Etkilerinin Azaltılması - Kantitatif Risk Değerlendirme, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, Mayıs 2014, (1-426).
- Selek, Hasan Selçuk**, İş Sağlığı ve Güvenliği - Temel Konular, Ankara, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019.
- Senyen Kaplan, E. Tuncay**, Bireysel İş Hukuku, Ankara, 10. Baskı, Gazi Kitabevi, 2019.
- Sümer, Haluk Hadi**, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2018.
- Sümer, Haluk Hadi**, “İş Sağlığı ve Güvenliği Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 131, Temmuz 2017, (92-103).
- Süzek, Sarper**, İş Hukuku, İstanbul, 17. Baskı, Beta Basım, 2019.
- Şahin, Selçuk**, 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununa Göre İşyeri Hekimliği ve İş Güvenliği Uzmanlığı, Ankara, Adalet Yayınları, 2018.
- Şahin Emir, Asiye**, İşyerinde Tehlike Halinde Alınması Gereken Önlemlerin Hukuki Çerçevesi, Ankara, Seçkin Yayınları, 2015.

- Şardan, H. Serdar**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Yeni Oluşumlar: Risk Değerlendirmesi ve OHSAS 18001, 2005.
- Tulukçu, N. Binnur**, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Özel Sayı, C. 20, S. 1, 2014, (711-748).
- Türkiye İnsan Hakları Kurumu**, İş Sağlığı ve Güvenliği Çalıştay, Ankara, 2014.
- Vatansever, Çiğdem**, "Risk Değerlendirme'de Yeni Bir Boyut: Psikososyal Riskler", Çalışma ve Toplum Dergisi, (117-138), <http://calismatoplum.org/sayi40/vatansever.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Yangın, Dilek Dulay**, "Bilgi ve İletişim Teknolojilerinde Yaşanan Gelişimin İş Hukuku Üzerindeki Etkileri: Tele Çalışmaya İlişkin Tespit ve Öneriler", İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, Editör: Tankut Centel, İstanbul, Onikilevha Yayınları, (221-260).
- Yazıcı, Mehmet**, İş Sağlığı ve Güvenliğinde Risk Yönetimi, İstanbul, Beta Yayınları, 2. Baskı, 2019.
- Yılmaz, Fatih**, "6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda Önleyici Yaklaşım ve İşverenlerin Yükümlülükleri", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 24, S. 6, C. 25 - S. 1-2, Mayıs - Ağustos - Kasım 2013, (44-69).
- Yılmaz, Fatih**, "Risk Değerlendirmesinde Yöntem Tartışması", Toprak İşveren Dergisi, 2010/86, (16-19).
- European Agency for Safety and Health at Work**, European Commission, Guidance on Risk Assessment at Work, [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377299/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı**, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Demiryolu Çalışmalarında İş Sağlığı ve Güvenliği Vagon Bakım Onarım Atölyesi Risk Değerlendirmesi Örneği, <http://casgem.gov.tr/dosyalar/ki-tap/27/dosya-27-6203.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü**, Avrupa Birliği'nin İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetim Sistemleri İyi Uygulamaları, [http://www.isgum.gov.tr/rsm/file/isgdoc/isgip/isgip\\_ iyi\\_uygulamalar.pdf](http://www.isgum.gov.tr/rsm/file/isgdoc/isgip/isgip_ iyi_uygulamalar.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi**, Soma Maden Faciası Raporu 1 Kasım 2014, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2014, [https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20141112\\_somamadenfaciasipdf.pdf](https://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/20141112_somamadenfaciasipdf.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Uluslararası Çalışma Örgütü**, Türkiye'nin Onayladığı ILO Sözleşmeleri Listesi, <https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-byturkey/lang--tr/index.htm>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Uluslararası Çalışma Örgütü**, "Working From Home - From Invisibility to Decent Work", 2021, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_765806.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_765806.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Uluslararası Çalışma Örgütü**, "İşe Güvenli Dönüş - İşverenler İçin COVID-19 Önlem Rehberi", 2020, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms\\_748115.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/documents/publication/wcms_748115.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

- Uluslararası Çalışma Örgütü**, COVID-19 Ortamında ve Sonrasında Uzaktan Çalışma Uygulama Kılavuzu, Cenevre, 2020, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/docu\\_ments/publication/wcms\\_759299.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-ankara/docu_ments/publication/wcms_759299.pdf), (Çevrimiçi: 12.03.2021).
- Uluslararası Çalışma Örgütü**, “An Employers’ Guide on Working From Home in Response to the Outbreak of COVID-19”, 2020, [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---act\\_emp/documents/ publication/wcms\\_745024.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---act_emp/documents/ publication/wcms_745024.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Susan Payne**, “Family Coronaviridae”, United States National Library of Medicine National Institutes of Health, 1 September 201, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7149805/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Bulaşıcı Hastalıklar Dairesi Başkanlığı**, Kolera, <https://hsgm.saglik.gov.tr/tr/bulasici-hastaliklar/kolera/kolera-liste/kolera.html>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Acıbadem Hayat**, Midemizdeki Şüpheli Misafir Helikobakter Piloni, 24 Haziran 2020 Çarşamba, <https://www.acibademhayat.com/midemizdeki-supheli-misafir-helikobakter-piloni>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- T.C. Sağlık Bakanlığı**, Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü, Sıtma (Malaria), <https://www.seyahatsagligi.gov.tr/site/HastalikDetay/Sitma>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Al Jazeera**, Lebanon Blast: Ammonium Nitrate Behind Many Industrial Accidents, 5 August 2020, <https://www.aljazeera.com/news/2020/8/5/lebanon-blast-ammonium-nitrate-behind-many-industrial-accidents>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- İdris Okuducu, İyad en-Nablusi**, Lebanon’s President Says Ammonium Nitrate Caused Blast, Anadolu Agency, 05 August 2020, <https://www.aa.com.tr/en/energy/energy-security/lebanon-s-president-says-ammonium-nitrate-caused-blast/30098>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Yeşim Sert Karaaslan**, “Benzen Maruziyeti Kan Kanserine Yol Açıyor”, Anadolu Ajansı, 26.05.2018, <https://www.aa.com.tr/tr/saglik/benzen-maruziyeti-kan-kanserine-yol-aciyor/1157249>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- T.C. Sağlık Bakanlığı Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü Kanser Dairesi Başkanlığı**, “Asbest ve Kanser”, [https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/birimler/kanser-db/yayinlar/afis\\_ve\\_brosur/1\\_-\\_Asbest\\_Kanseri\\_Brosuru\\_1-2.pdf](https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/birimler/kanser-db/yayinlar/afis_ve_brosur/1_-_Asbest_Kanseri_Brosuru_1-2.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih -Coğrafya Fakültesi Risk Değerlendirme Raporu, <http://www.dtcf.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/67/2017/10/dtcf-risk-de%C4%9Ferlendirme.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı**, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Eğitim ve Araştırma Merkezi Demiryolu Çalışmalarında İş Sağlığı ve Güvenliği Vagon Bakım Onarım Atölyesi Risk Değerlendirmesi Örneği, <http://casgem.gov.tr/dosyalar/ kitap/27/dosya-27-6203.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).



- Employment Law Worldview**, “Spain’s New Decree on Remote Working”, <https://www.employmentlawworldview.com/spains-new-decree-on-remote-working/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- ECIJA**, COVID-19 Spain: FAQs for Business, “Is the Implementation of Teleworking Mandatory?”, <https://ecija.com/en/sala-de-prensa/covid-19-spain-faqs-for-business/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Greath Britain Health and Safety Executive**, “Managing Risks and Risk Assessment at Work - Example Risk Assesments”, <https://www.hse.gov.uk/simple-health-safety/risk/risk-assessment-template-and-examples.htm>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Greath Britain Health and Safety Executive**, What to Includ in Your COVID-19 Risk Assesment, <https://www.hse.gov.uk/coronavirus/assets/docs/risk-assessment.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Britannica**, Asbest, <https://www.britannica.com/place/Asbest>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Britannica**, Mutagen, <https://www.britannica.com/science/mutagen>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- TDK İlaç ve Eczacılık Terimleri Sözlüğü, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- <https://legalbank.net/arama>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- UÇÖ, 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme, [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377299/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377299/lang--tr/index.htm), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- UÇÖ, 155 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşme, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312300](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312300), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- UÇÖ, 134 Sayılı İş Kazalarının Önlenmesi (Gemiadamları) Sözleşmesi, [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377283/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377283/lang--tr/index.htm), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- UÇÖ, 2019 tarihli ve 190 sayılı Şiddet ve Taciz Sözleşmesi, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:3999810:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:3999810:NO), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- UÇÖ, 2019 tarihli ve 206 sayılı Şiddet ve Taciz Tavsiye Kararı, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R206:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R206:NO), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- UÇÖ, 167 sayılı İnşaat İşlerinde Güvenlik ve Sağlık Sözleşmesi, [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377308/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377308/lang--tr/index.htm), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- UÇÖ, 1985 tarihli ve 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin Sözleşme, [https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS\\_377304/lang--tr/index.htm](https://www.ilo.org/ankara/conventions-ratified-by-turkey/WCMS_377304/lang--tr/index.htm), (Çevrimiçi: 28.02.2021).

- UÇÖ, 2007 tarihli ve 188 sayılı Balıkçılık Sözleşmesi, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312333:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312333:NO), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- UÇÖ, 1986 tarihli ve 162 sayılı Asbest Sözleşmesi, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C162](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C162), (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 89/391 sayılı İşte Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0391&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 90/269 sayılı Özellikle Çalışanların Sırt İncinmeleri Riskine Yol Açan Elle Yük Taşıma İşlerinde Asgari Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31990L0269>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 92/58/EEC sayılı İşte Güvenlik ve Sağlık İşaretleri Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:01992L0058-20140325&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 92/85/EEC sayılı Hamile, Loğusa veya Emzikli Kadın Çalışanların İşte Sağlık ve Güvenliklerinin İyileştirilmesine İlişkin Asgari Önlemlerin Belirlenmesine İlişkin Avrupa Konseyi Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31992L0085>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 98/24 sayılı İşçilerin Sağlık ve Güvenliğinin İşteki Kimyasal Etkenlere Bağlı Risklerden Korunması Hakkındaki Direktif Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31998L0024>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2000/54/EC sayılı İşyerinde Biyolojik Maddelere Maruziyetle İlgili Risklerden Çalışanların Korunması Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32000L0054>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2002/44/EC sayılı Fiziksel Faktörlerden (Titreşimden) Kaynaklanan Risklerden Çalışanların Maruziyeti ile İlgili Asgari Sağlık ve Güvenlik Gerekliliklerin Sağlanması Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0044>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2003/10/EC sayılı Fiziksel Faktörlerden (Gürültüden) Kaynaklanan Risklerden Çalışanların Maruziyeti ile İlgili Asgari Sağlık ve Güvenlik Gereklilikleri Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0010&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2004/37/EC sayılı Kanserojen veya Mutajenlere Maruziyetle İlgili Risklerden Çalışanların Korunması Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32000L0054&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).
- Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2009/148/EC sayılı Çalışanların Asbeste Maruziyetle İlgili Risklerin Önlenmesi Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0148&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2014/34/EU sayılı Muhtemel Patlayıcı Ortamda Kullanılan Teçhizat ve Koruyucu Sistemler ile İlgili Direktif, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0034&from=EN>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Bağlantıyı Kesme Hakkı Direktifi Taslağı, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021\\_EN.html#title2](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0021_EN.html#title2), (Çevrimiçi: 12.03.2021).

İngiltere Tehlikeli Madde ve Patlayıcı Ortamlar Yönergesi, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2002/2776/made/data.pdf>, (Çevrimiçi: 28.02.2021).

Mauritius Çalışanların Hakları Kanunu, [https://labour.govmu.org/Documents/Legislations/THE%20WORKERS%20RIGHTS%20Act%202019/225\\_The%20WR\\_Working%20from%20Home.pdf](https://labour.govmu.org/Documents/Legislations/THE%20WORKERS%20RIGHTS%20Act%202019/225_The%20WR_Working%20from%20Home.pdf), (Çevrimiçi: 28.02.2021).



# Mısır'da Tahkim Müessesesi ve Aile Arabuluculuğu Uygulamaları<sup>(\*)</sup>

## Arbitration and Family Mediation Practices in Egypt

Arş. Gör. **Mustafa TAŞ<sup>(\*\*)</sup>**

### Öz

Bu makale 1929 ve 2000 yıllarında vazedilen Mısır Medeni Kanunlarındaki tahkim uygulamasını ve 2004 yılında çıkarılan Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanununun öngördüğü aile mahkemelerini ve bu mahkemeler çatısı altında faaliyet gösteren arabuluculuk merkezlerini deskriptif bir şekilde ele almayı amaçlamaktadır. İslâm dininin tavsiye ettiği alternatif uyuşmazlık çözüm metotlarından biri olan ve informal uygulama olarak köklü bir mazisi bulunan tahkime ilişkin kodifikasyon Mısır Medeni Kanunlarında ilk kez 1929 yılında yapılmıştır. Daha sonra 2000 tarihli medeni kanunda tahkim, küçük değişikliklere uğramakla birlikte ana hatlarıyla muhafaza edilmiştir. Mısır'da tahkim müessesesi yanında ayrıca Avrupa'da yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren uygulanan ve Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararları ile pek çok dünya ülkesinde de yaygınlaşan aile arabuluculuğu 2004 yılı itibariyle zorunlu olarak uygulanmaya başlamıştır. Bu çalışma, tahkim ve arabuluculuk hakkında çerçeve sunacak bir girizgâhın ardından bu iki uygulamanın Mısır Medeni Kanunları ekseninde teorik boyutunu ve pratik uygulamasını ele alacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Tahkim, Aile Arabuluculuğu, İslâm Aile Hukuku, Mısır, Uyuşmazlık Çözümü.

### Abstract

This article aims to discuss the application of arbitration under the Egyptian Civil Laws, which were prescribed in 1929 and 2000, and the family courts envisaged by the Law on the Establishment of Family Courts enacted in 2004 and the mediation centers operating under these courts in a descriptive manner. The codification of arbitration, which is one of the alternative dispute resolutions recommended by Islam and has a long history as an informal application, was first made in 1929 in Egyptian Civil Laws. Subsequently, the arbitration in the civil code of 2000 was maintained mostly, with only minor changes. In addition to the arbitration system in Egypt, family mediation, which has been implemented in Europe since the second half of the twentieth century and which has become widespread in many other countries after the recommendations of the European Council, has been enforced as of 2004. This article, after providing information about arbitration and mediation in general as an introduction will discuss the theoretical aspects of these two applications in the Egyptian Civil Code in both theoretical and practical levels.

### Keywords

Arbitration, Family Mediation, Islamic Family Law, Egypt, Dispute Resolution.

(\*) Makale geliş tarihi: 16.02.2021 - Makale kabul tarihi: 17.04.2021.

(\*\*) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.  
E-posta: mustafatas@sakarya.edu.tr.  
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-8556-9479>.

Yardımlarından ötürü Doç. Dr. Ahmet Temel'e, dergi editörlerine ve hakemlere minnettarım.

## Giriş

Toplumsal birlik ve düzenin sağlanmasını amaçlayan Kur'an ve sünnet, bu minvalde pek çok hüküm vazetmiş, toplum içinde ihtilafa, anlaşmazlığa, uyumsuzluğa yol açacak şeylerin neşvünema bulmasına müsaade etmemiştir. Bu bağlamda ihtiyaç hasıl olduğunda tahkim müessesesine başvurulması tavsiye edilmiş, bunun neticesinde de insanlık tarihi kadar eski olan insanlar arası ihtilaflar ve bu ihtilaflara çözüm üretme yolu olan tahkim şer'î bir veçhe kazanmış, İslâm'ın ilk dönemlerinden itibaren formel ve informel olarak uygulanmak suretiyle Müslüman toplumlarda yer edinmiş bir uygulama halini almıştır. Tahkim uygulamasına Mısır Medeni Kanunlarında da atıfta bulunulmuş ve bu uygulama kanun maddeleri ile tanzim edilmiştir.

Mısır'da tahkim yanında ayrıca aile arabuluculuğu da 2004 yılında çıkarılan Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu ile uygulanmaya başlanmıştır. Bu çalışmada Mısır özelinde tahkim ve aile arabuluculuğu uygulamasının tasvir edilmesi amaçlanmaktadır. Bu sebeple çalışmanın birinci ve ikinci bölümünde konunun esasını teşkil eden tahkim ve arabuluculuk uygulamalarına yer verilmiş, bu iki kavramın özetle tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Üçüncü bölümde ise Mısır'da Yargı Sistemi ve Medeni Kanunlar başlığı altında tahkimi ve arabuluculuğu formüle eden hukuk sisteminden ve bu iki olgunun pratikteki tezahürlerinin aksettği idari birimler olan aile mahkemelerinden bahsedilmiştir. Dördüncü ve beşinci bölümlerde; Mısır'da tahkim müessesesi ve dini dayanakları, medeni kanunlarda ne şekilde vazedildiği, aile arabuluculuğu uygulamasının doktriner boyutları, çalışma prensipleri, Aile Anlaşmazlıklarına Çözüm Ofisleri olarak adlandırılan arabuluculuk merkezlerinin yapısı, uygulamanın hayata ne şekilde yansıdığı, başarı durumları, artı ve eksi yönleri tartışılmıştır.

## Tahkim Nedir?

Tahkim, sözlükte “hükmetmesini emretmek, kendisine ait hükmü başkasına vermek, bir kimseyi bir konuda hakem kılmak hükmetmesini istemek, bir konuda hüküm ve karar vermeyi bir başkasına tevdi etmek” anlamlarına gelmektedir.<sup>1</sup>

Bir fıkıh terimi olarak ise tahkim; “aralarında hukuki ihtilaf bulunan tarafların bu ihtilafı çözüme bağlaması için üçüncü kişiyi ya da kişileri hakem tayin etmesi ve bu hususta yaptıkları sözleşme”<sup>2</sup>, “birbirleriyle davalı olan iki kişinin aralarında hüküm vermesi için hakem tayin etmeleri, aralarında uyuşmazlık bu-

<sup>1</sup> Ayşe Gürdal, *İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi* (Çanakkale: Onsekiz Mart Üniversitesi, 2007), 23; Fatma Açık, “İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi” (Konya: Selçuk Üniversitesi, 2006), 20; Mustafa Yıldırım, “Tahkim,” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2010), 39: 411.

<sup>2</sup> Yıldırım, “Tahkim,” 39: 411.

lunan iki veya daha çok kişinin, bu uyuşmazlığı gidermek üzere üçüncü bir şahsı memur etmeleri”<sup>3</sup> gibi birbirine yakın anlamlarla ifade edilmiştir.

Mecelle’de ise tahkim, 1790. maddede “hasmeynin husumet ve davalarını fasl için rızaları ile âhar kimseyi hâkim ittihaz etmelerinden ibarettir” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>4</sup>

Bu tanımlar çerçevesinde tahkimi, aralarında anlaşmazlık bulunan iki tarafın, bu anlaşmazlığı çözmesi amacıyla üçüncü bir kimseyi ya da kimseleri hakem tayin etmeleri şeklinde açıklamak mümkündür.

## 1. Arabuluculuk Nedir?

Literal olarak uzlaştırma anlamına gelen arabuluculuk hakkında farklı tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan bir kısmı arabuluculuğu genel anlamıyla ele alıp resmi ve resmi olmayan her türlü ara bulma, uzlaştırma işini tanım kapsamına dâhil ederken bazı tanımlarda ise yalnızca nitelikli bir şekilde yapılan uzlaştırma işlemini arabuluculuk kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>5</sup>

Arabuluculuğun genel bir tanımı olarak “Arabuluculuk çok uzun asırlardır yaşamın her alanında, çeşitli biçimlerde iletişimi kolaylaştıran ve uyuşmazlık taraflarının bir uzlaşmaya varmalarında yardımcı olan bir araçtır.”<sup>6</sup> şeklinde bir tanım burada zikredilebilir.

Arabuluculuk için daha spesifik bir tanım ise şu şekilde yapılmıştır:

*“Arabuluculuk, uyuşmazlık içine düşmüş olan tarafları, konuşmak ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, her iki tarafının üzerinde uzlaşma sağladığı tarafsız bir üçüncü kişinin desteği ile taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümlenmesini hedefleyen, tamamıyla tarafların kendi iradeleriyle başvurdukları bir alternatif uyuşmazlık çözüm biçimi.”<sup>7</sup>*

Ceza hukuku, iş hukuku, ticaret hukuku gibi farklı alanlarda cari olan arabuluculuk uygulaması; boşanmaların artması, boşanma neticesinde taraflar açısından psikolojik ve sosyolojik olarak vahim durumların ortaya çıkması gibi saiklerin etkisiyle aile hukuku alanında da yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren peyderpey artan bir şekilde başvurulmuş bir anlaşmazlık çözüm yöntemi olmuştur.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Gürdal, *İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi*, 23.

<sup>4</sup> *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, madde 1790.

<sup>5</sup> Ahmet Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları,” *Darulfunun İlahiyat* 30/2 (2019): 319.

<sup>6</sup> Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, ed. Yonca Fatma Yücel, 2018, 4.

<sup>7</sup> Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları,” 318.

<sup>8</sup> Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 9; Temel, “İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye’de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları,” 320.

## 2. Mısır'da Yargı Sistemi ve Medeni Kanunlar

### 2.1. Yargı Sistemi

Mısır mahkeme sistemi yargılama alanlarına göre genel mahkemeler ve idari mahkemeler olmak üzere ikiye ayrılmakta, genel mahkemeler de; ilçe mahkemeleri, bidayet mahkemeleri, istinaf mahkemeleri ve temyiz mahkemesi olarak dört kısma ayrılmaktadır.<sup>9</sup> İlçe mahkemeleri; kabahat ve hafif suçlarla ilgili davalara, işveren ve işçi arasındaki davalara ve değeri 5.000 Mısır Poundunu aşmayan hukuk ve ticari davalara, bidayet mahkemeleri ise; değeri 5.000 Mısır Poundunu geçen davalara bakmaktadır.<sup>10</sup> Bidayet mahkemeleri ayrıca ilçe mahkemelerinin verdiği kararlara yapılan itirazların da incelendiği mahkemeler olup bu itirazlar üç hâkimden oluşan bir kurul tarafından dinlenmektedir.<sup>11</sup> İlçe ve bidayet mahkemeleri Adli İdare Kanununun (Kānūnu's-sultātī'l-kaḏā'iyye) 9-11. maddelerinde tanımlanmıştır.<sup>12</sup> İstinaf mahkemeleri ise bidayet mahkemelerinin verdiği kararlara yapılan itirazları inceleyen mahkeme olup Kahire, İskenderiye Tanta, Asyut, Mansurah, İsmailiye ve Beni Suwayf şeklinde yedi merkezde bulunmaktadır.<sup>13</sup> Temyiz mahkemeleri de istinaf mahkemelerinin bir üst mahkemesi konumunda olup istinaf mahkemesinin verdiği kararları denetlemekle yükümlüdür.<sup>14</sup> Ekonomi, ticaret, ceza ve terör gibi farklı alanlarda davalarla ilgilenen temyiz mahkemelerinde ayrıca ağır davalar da açılabilir.<sup>15</sup> Temyiz mahkemelerinin yapısı ve işleyişi Adli İdare Kanununun 6-8. maddelerinde açıklanmıştır.<sup>16</sup> Genel mahkeme sisteminin en yüksek kurumu ise Yargıtay olup merkezi Kahire'dedir.<sup>17</sup> Temyiz mahkemelerinin verdiği kararları inceleme yetkisi bulunmakla birlikte bu yetkiyi yasalar çerçevesinde kısıtlı bir şekilde kullanabilmektedir.<sup>18</sup> Yargıtay'ın yapısı ve işleyişi Adli İdare Kanununun 2-5. maddelerinde beyan edilmiştir.<sup>19</sup>

<sup>9</sup> Didem Özalpat, *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İran ve Mısır Örneği* (Ankara: Ankara Üniversitesi, 2008), 142-143.

<sup>10</sup> Özalpat, *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İran ve Mısır Örneği*, 143; The Tahrir Institute for Middle East Policy, "Egypt Court System 101", erişim 10.02.2021, <https://timep.org/transitional-justice-project/egypts-court-system-101/>.

<sup>11</sup> Özalpat, *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İran ve Mısır Örneği*, 143; The Tahrir Institute for Middle East Policy, "Egypt Court System 101".

<sup>12</sup> The Tahrir Institute for Middle East Policy, "Egypt Court System 101"; *Mısır Adli İdare Kanunu*, 1976, madde 9-11; Adli İdare Kanunu (1976) için bkz. Egypt Justice, "Judicial Authorities Law", erişim 10.02.2021, <https://egyptjustice.com/judicial-authorities-law>.

<sup>13</sup> Özalpat, *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İran ve Mısır Örneği*, 143.

<sup>14</sup> Özalpat, *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İran ve Mısır Örneği*, 143.

<sup>15</sup> The Tahrir Institute for Middle East Policy, "Egypt Court System 101".

<sup>16</sup> *Mısır Adli İdare Kanunu*, 1976, madde 6-8.

<sup>17</sup> The Tahrir Institute for Middle East Policy, "Egypt Court System 101".

<sup>18</sup> The Tahrir Institute for Middle East Policy, "Egypt Court System 101".

<sup>19</sup> *Mısır Adli İdare Kanunu*, 1976, madde 2-5.



### 2.1.1. Mısır Aile Mahkemeleri

2004 yılında Mısır'da yürürlüğe giren 10 sayılı Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu çerçevesinde aile ile ilgili evlenme, boşanma, nafaka, velayet gibi tüm anlaşmazlıklarda karar mercii olarak, 1,200 hâkimin görev yapacağı 224 aile mahkemesinin kurulması kararlaştırılmıştır.<sup>20</sup> Aile mahkemeleri; biri en az bidayet mahkemesi başkanı derecesinde bulunan üç hâkimden oluşmaktadır.<sup>21</sup> Mahkeme aynı zamanda mezkûr kanunun 2. maddesi uyarınca; talâk, tefrik, nikâhın feshi ya da butlânı, hidâne, nesep ve velâyet gibi kanunun 11. maddesinde tadat edilen dava türlerinde sosyal hizmet uzmanları ve psikologlardan da destek alabilmektedir.<sup>22</sup>

Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanununda aile mahkemeleri ile birlikte bu mahkemeler bünyesinde ailelere danışmanlık hizmetleri vermesi ve eşler arasındaki anlaşmazlıkların süratle ve suhuletle çözüme kavuşmasını sağlama amacıyla Aile Anlaşmazlık Çözüm Ofislerinin<sup>23</sup> de (Mekâtib-i Tesviyeti'l-münâzaâti'l-usriyye) kurulması kararlaştırılmıştır.<sup>24</sup>

### 2.2. Medeni Kanunlar

Kavalalı Mehmet Ali Paşa'nın Mısır'ı özerk hale getirmesi ve Hidiv unvanı alarak idareyi deruhte etmesinden itibaren siyasi ve ekonomik bağımsızlığını kazanmaya başlayan Mısır, hukuk sahasında da Osmanlı'dan ayrı bir yol takip etmiş, Osmanlı'da hukuk alanında yaşanan gelişmelerin çok az kısmı Mısır'a aksetmiştir.<sup>25</sup> Bu bağlamda İslâm dünyası genelinde ivme kazanan kanunlaştırma faaliyetlerinde başı çeken ülkelerden biri de Mısır olmuştur.

Evveleminde büyük oranda Fransız mevzuatı esas alınarak hazırlanan kanunların uygulandığı Mısır'da süreç içerisinde Kadri Paşa gibi hukukçuların gayretleriyle İslâm hukukuna dayanan kanunlar vazedilmeye başlanmıştır. Kadri Paşa'nın hazırladığı, eşya ve borçlar hukukunu düzenleyen *Mürşidü'l-hayrân* eseri ile iki bölümden oluşan ve ilk bölümde aile hukuku, ikinci bölümde miras hukuku meselelerini ele alan, 647 maddelik *el-Ahkâmü's-şer'iyye fi'l-ahvâli's-şahşiyye* adlı çalışmalar dönemin kodifikasyon faaliyetlerine yönelik çalışmalara örnek olarak zikredilebilir.<sup>26</sup>

<sup>20</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu* (قرسأل مكاحم عاشن! نوناق), 2004, madde 1; Özalpat, *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İnan ve Mısır Örneği*, 144.

<sup>21</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 2.

<sup>22</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 2 ve 11.

<sup>23</sup> "قيرسأل ناعزانملا قئوسئ بئالئم"

<sup>24</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 5; bu ofisler hakkında detaylı bilgi daha sonra verilecektir.

<sup>25</sup> Özalpat, *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İnan ve Mısır Örneği*, 145.

<sup>26</sup> Mehmet Akif Aydın, "Muhammed Kadri Paşa," *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (TDV Yayınları, 2005), 30: 546.

Daha sonraki süre zarfında da kanunlaştırma hareketlerinin devam ettiği Mısır'da 1915 yılında kurulan ve fıkıh bilginlerinden oluşan bir komisyon tarafından herhangi bir mezhebe bağlı kalınmaksızın farklı konularda kanunlar hazırlanması planlanmış, komisyonun ilk etapta aile hukukuna dair hazırladığı ve 1917 yılında yayımlanan layihanın yoğun tepkilere maruz kalması neticesinde bu girişim akamete uğramıştır.<sup>27</sup> Bunun üzerine 1920 ve 1929 tarihlerinde tek fıkıh mezhebine bağlı olmaksızın hazırlanan medeni kanunlar yürürlüğe girmiştir. 1985 yılında tadil edilen bu kanunlarda son olarak 2000 yılında düzenlemeye gidilmiştir. Akabinde ise yukarıda da zikredildiği üzere 2004 yılında aile mahkemelerinin ve arabuluculuk merkezlerinin kurulmasını öngören Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu çıkarılmıştır. Son olarak 2017 yılında Ezher uleması tarafından bir medeni kanun tasarısı hazırlanmış, ancak bu tasarı henüz yürürlüğe girmemiştir.<sup>28</sup>

### 3. Mısır'da Tahkim Müessesesi

İnformel olarak İslâm toplumlarında uygulanmakta olan tahkim müessesesinin Mısır Medeni Kanunu'na girişi 1929 yılında çıkarılan Ahvâl-i Şahsiye Kanunu ile olmuş ve bu kanundaki tahkim uygulaması büyük oranda Mâlikî mezhebinin tahkim usûlüne göre düzenlenmiştir. Bu meyanda öncelikle mülahas bir şekilde Mâlikî mezhebindeki tahkim uygulanmasının ele alınması, daha sonra ise Mısır Medeni Kanunlarındaki konumu hakkında bilgi verilmesi daha uygun görünmektedir.

#### 3.1. Mâlikî Mezhebinde Tahkim

Karı-koca arasında anlaşmazlık yaşanması durumunda hakem tayin edilmesinin farz olduğunu kabul eden Mâlikî mezhebinde bu hakemlerin tayin edilme zamanı kadının geçimsizlik nedeniyle mahkemeye başvurması ve bu iddiasını ispatta aciz olmasını müteakibendir.<sup>29</sup> Kadının böyle bir dava ile mahkemeye başvurması halinde hakem gönderme yetkisini elinde bulunduran devlet başkanı ve onun adına hareket eden hâkimler, hakem tayininden önce eşleri, durumlarını mahkemeye bildirecek, böylelikle zulme mani olunmasını sağlayacak, güvenilir olarak kabul edilen kimselerin yanına yerleştirir.<sup>30</sup> Eşlerin, güvenilir kimselerin yanında ikamete icbar edildiği bu süre zarfında mezkur kimseler eşlerin durumunu mahkemeye bildirmekte ve bu beyanat mahkemenin tutumunun şekillenmesinde etkili olmaktadır.

<sup>27</sup> Özalpat, *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İran ve Mısır Örneği*, 146.

<sup>28</sup> 2017 yılında hazırlanan kanun tasarısı hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://www.dostor.org/2885541>.

<sup>29</sup> Muteber Gülsefa Uygur, *İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu* (İstanbul Üniversitesi, 2015), 65.

<sup>30</sup> Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Beyrut: Dâru İhyâ'it-Turâsî'l-Arabî, 1405), 7/243; Açık, *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi*, 51.

Hakemlerin kimlerden seçileceği konusunda Mâlikî mezhebindeki genel temayül tarafların ailelerinden seçilmesi yönündedir.<sup>31</sup> Ancak tarafların hakem olarak seçilecek yakınları yoksa veya bu kimseler hakem olmaya uygun değilse bu durumda hakemlerin tayininin hâkim tarafından yapılacağı ve hâkimin de hakemleri, tarafları iyi tanıyan, taraflarla muaşeretinde bulunan kimselerden seçmesinin müstehap olacağı kabul edilmiştir.<sup>32</sup> Bununla birlikte hakemlerin, tarafların yakınlarından seçilmesi halinde nepotik ve tarafgir bir tavrın muhtemel olması nedeniyle yabancı kimselerden seçilmesinin daha doğru olacağı şeklinde bir görüş de serdedilmiştir.<sup>33</sup>

Hakemleri taraflar için bir vekil değil, hâkim konumunda kabul eden ve onlara hüküm verme yetkisi tanıyan Mâlikî mezhebine göre hakemlerin uzlaşya vardığı kararlarda mahkemenin ve eşlerin itiraz hakkı bulunmamakta, karar geçerli kabul edilmektedir.<sup>34</sup> Ayrıca Mâlikîler hakemlerin tayin edilmesi ve göreve başlamalarından itibaren tarafların tahkim işleminden caymalarının mümkün olmadığını, hakemlerin kararına rıza göstermeleri gerektiğini belirtmişlerdir.<sup>35</sup> Ancak hakemlerin ihtilaf etmeleri ya da vardıkları kararın İslâm'ın genel prensiplerine aykırılık arz etmesi halinde bu karar bağlayıcılık niteliğini yitirmektedir.<sup>36</sup>

Hakemler, eşlerin arasının düzeltilmesinin mümkün olmadığı kanısına vardıkları durumda; kusur kocada ise karısından herhangi bir şey talep etmeksizin ondan ayrılması, karısında ise mehrin tamamı, bir kısmı ya da üzerinde anlaşma sağlanan muayyen bir miktar karşılığında ayrılmaları gerektiğine hükmeder.<sup>37</sup> Mahkeme, hakemlerin varmış olduğu bu kararı nakzetsiz hükme bağlar ve bu boşama bir bâin talak kabul edilir.<sup>38</sup>

<sup>31</sup> Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh el-Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmi'l-Şur'ân*, thk. Ahmed el-Berdûnî ve İbrahim Eттаfeyyîş (Kahire: Dâru'l-Kütübü'l-Mısriyye, 1384), 5/175; Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Meâfirî İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Şur'ân* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1424), 1/538.

<sup>32</sup> İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Şur'ân*, 1/538.

<sup>33</sup> Uygur, *İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu*, 66.

<sup>34</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7/243; Açık, *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi*, 61; Gürdal, *İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi*, 50; Hamza Erik, *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesinin Günümüz Aile Hukuku ile Mukayesesi* (Atatürk Üniversitesi, 2016), 50.

<sup>35</sup> İbn Kudâme, *el-Muğnî*, 7/244; Erik, *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesinin Günümüz Aile Hukuku ile Mukayesesi*, 87.

<sup>36</sup> el-Kurtubî, *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Şur'ân*, 5/177; Açık, *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi*, 66.

<sup>37</sup> Açık, *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi*, 63; Gürdal, *İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi*, 145; Erik, *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesinin Günümüz Aile Hukuku ile Mukayesesi*, 49.

<sup>38</sup> İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Şur'ân*, 1/542; el-Kurtubî, *el-Câmi' li-Ahkâmi'l-Şur'ân*, 5/177.

Osmanlı'da kanunlaştırma hareketlerinin son örneklerinden biri olan ve aile hukuku meselelerini tek mezhebe bağlı olmaksızın, diğer mezheplerden de istifade ederek ele alan 1917 tarihli Hukûk-ı Âile Kararnâmesi de tahkim hususunda Mâlikî mezhebinin görüşünü kabul etmiştir.<sup>39</sup>

### 3.2. Mısır Medeni Kanununda Tahkim

Mısır Medeni Kanunları (Ahvâl-i Şahsiye) Fransız mevzuatından etkilenen diğer Mısır kanunlarının aksine büyük oranda İslâm hukukuna dayanmaktadır.<sup>40</sup> Buna bağlı olarak aileyi doğrudan veya dolaylı olarak ilgilendiren meseleler medeni kanunlarda İslâm hukuku muvacehesinde düzenlenmiştir. Bu bağlamda evliliği tek taraflı olarak sona erdirme yetkisini kocaya veren şer'î hükümlere binaen 1929 tarihli Mısır Medeni Kanunu da kocanın bu hakkını muhafaza etmiş, ancak informal olarak gerçekleştirilen boşama işlemlerinde kocaya bu işlemi otuz gün içerisinde ilgili makama bildirme yükümlülüğü getirmiştir.<sup>41</sup>

1929 tarihli Mısır Medeni Kanunu kadının da boşanma haklarını tanzim etmiş, bu hususla ilintili olarak tahkim müessesesini de Mâlikî mezhebinin görüşleri doğrultusunda ele almıştır. Mezkûr kanun mucibince kadının, kocasıyla muaşerete devam etmesine müsaade etmeyecek raddede zarara maruz kaldığı gerekçesiyle mahkemeye başvurması ve aynı zamanda bu zararı ispat etmesi halinde mahkeme eşlerin arasını düzeltme mümkün değilse kadını kocasından bir bâin talak ile boşayabilme salahiyetini haizdir.<sup>42</sup> Mahkemenin davayı reddetmesi ve kadının da zarara uğradığını ispat edememesi ile birlikte mükerreren mahkemeye başvurması halinde hâkim iki hakem tayin etmek suretiyle tahkim uygulamasına gidilmesine karar vermektedir.<sup>43</sup>

Zikredilen kanunun 7. maddesi uyarınca hakemlerin; tarafların ailelerinden, adil iki kimse, ailelerden hakem olmaya uygun kimsenin bulunmaması durumunda ise tarafların ahvaline muttali olan ve aralarını düzeltmeye muktedir, yabancı iki kişinin hakem olması şart koşulmuştur.<sup>44</sup> Göreve, süreç boyunca adalete ve sadakate riayet edeceklerine dair yemin etmekle başlayan hakemlere mahkeme tarafından eşlerin arasını düzeltmek için altı aylık bir süre tanınmıştır.<sup>45</sup> Bununla birlikte mahkeme bu süreye ek olarak hakemlere bir kereye mahsus olmak üzere üç ayı geçmeyecek ek bir süre daha tanıyabilmekte, ancak bu sürenin sonunda

<sup>39</sup> *Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*, madde 130; Mehmet Akif Aydın, "Hukûk-ı Âile Kararnâmesi," *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1998), 18: 314.

<sup>40</sup> Özalpat, *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İnan ve Mısır Örneği*, 155.

<sup>41</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 5.

<sup>42</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 6.

<sup>43</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 6.

<sup>44</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 7.

<sup>45</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 8.

hakemlerin neticeyi bildiren raporlarını mahkemeye sunmamaları halinde mahkeme hakemlerin herhangi bir kararda ittifaka varamadığına hükmetmektedir.<sup>46</sup>

Kanunda ayrıca taraflardan herhangi birinin tahkim uygulamasına başvurulacağı hakkında bilgilendirilmekle birlikte bu oturumlara katılmamasının süreç üzerinde hiçbir şekilde etkisinin olmayacağı ifade edilmiştir.<sup>47</sup> Bu süre zarfında hakemlerin görevi ise tarafların hangi hususlarda anlaşmazlığa düştüklerinin tespit edilmesi ve bu ihtilaf noktalarının ortadan kaldırılıp mümkün olan herhangi bir şekilde sorunun çözülmesi olarak belirtilmiştir.<sup>48</sup>

Hakemler, tarafların arasını düzeltmeye muktedir olamamaları durumunda, sorunun müşterek olarak her iki taraftan da kaynaklanması halinde herhangi bir bedel söz konusu olmaksızın ya da zarara münasip bir oranda bedel ile aralarını ayırabilmektedir.<sup>49</sup> Sorunun kimden kaynaklandığının tam olarak tespit edilememesi durumunda ise bir bedel olmaksızın boşama kararı verilmektedir.<sup>50</sup>

Hakemlerin ayrıca tahkim yoluna başvurulmasının esasını teşkil eden sebepleri detaylı bir şekilde ele aldıkları bir raporu mahkemeye sunmaları icap etmektedir.<sup>51</sup> Süreç içerisinde hakemlerin bir kararda uzlaşmamaları halinde mahkeme, tarafların durumuna vakıf olan ve aralarını düzeltmeye güç yetirebilecek üçüncü bir hakemi yukarıda zikredilen şekilde yemin etmesinin akabinde diğer iki hakeme yardımcı olması gayesiyle görevlendirmektedir.<sup>52</sup> Üçüncü hakemin de tahkime katılmasına rağmen yine de herhangi bir sonuca varılamaması, ihtilafa düşülmesi ya da hakemlerin kendilerine tanınan süre içerisinde mahkemeye rapor dosyasını sunmamaları halinde dava mahkemeye intikal etmektedir. Mahkemenin de tarafların arasını telif etmekten aciz kalması, taraflar arasında muaşeretin devamının mümkün olmadığına aşikâr olması ve aynı zamanda kadının boşanma hususunda kararlı bir tavır sergilemesi durumunda ise mahkeme kadının mali haklarının tamamını veya bir kısmını ıskat etmekle birlikte bir bâin talakla tarafların ayrılmasına karar vermektedir.<sup>53</sup>

1929 tarihli Mısır Medeni Kanununda yukarıda bahsedilen şekilde tanzim edilen tahkim uygulaması ana hatlarıyla daha sonra çıkarılan kanunlarda da yer bulmuş, ancak teferruatta birtakım değişikliklere uğramıştır. 2000 yılında çıkarılan 1 sayılı Kanun'a göre mahkemenin kanun icabınca tahkime başvurusu

<sup>46</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 8.

<sup>47</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 9.

<sup>48</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 9.

<sup>49</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 10.

<sup>50</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 10.

<sup>51</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 11.

<sup>52</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 11.

<sup>53</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 1929, madde 11.

gereken boşanma davalarında taraflar, ailelerinden birer hakem tayin etmekle mükellef tutulmuş, bunun gerçekleşmemesi halinde ise hakemlerin mahkeme tarafından tayin edileceği belirtilmiştir.<sup>54</sup> Oysa hakemleri seçme yetkisinin öncelikle taraflara tanınacağı hususu 1929 tarihli kanunda yer almamıştır. 1929 tarihli kanunda bulunmayıp 2000 tarihli kanunda yer alan başka bir durum ise tahkim neticesinde hakemlerin vardığı kararın hâkim açısından bağlayıcılık ifade etmemesidir.<sup>55</sup> Aynı zamanda Mâlikî mezhebinin hakemlerin kararının bağlayıcı olduğu yönündeki görüşüne de muhalif olan bu kanuna göre hâkimler tahkim neticesinde hakemlerin uzlaşmaya vardığı karar ile hüküm verebileceği gibi ihtilafları halinde yalnızca birinin görüşünü kabul edebilmekte veya dava dosyasını incelemek suretiyle vardığı başka bir kararı da hükme bağlayabilmektedir.<sup>56</sup>

2000 tarihli kanunda yer alan bir diğer husus, İslâm hukukunda kadına boşanma hakkı olarak tanınan uygulamalardan biri olan muhâleanın mahkemelerde formel bir şekilde yapılabilir hale getirilmesidir.<sup>57</sup> Kadının boşanma talebiyle mahkemeye başvuruda bulunması durumunda mahkeme öncelikle üç ayı aşmayacak bir süre zarfında tahkimin uygulanmasına, tahkimin sonuç vermemesi ve kadının da kocası ile birlikte bir hayat yaşamaya devam etmesinin mümkün olmadığı konusunda kararlı bir tavır sergilemesi üzerine muhâlea yoluyla boşanmaya hükmetmektedir.<sup>58</sup> Tahkim ve muhâlea ile ilgili olarak 2000 tarihli Medeni Kanun'da vazedilen ilkeler 2017 yılında Ezher âlimleri tarafından çıkarılan layihada da aynı şekilde muhafaza edilmiş, herhangi bir değişikliğe yahut ziyadeye uğramamıştır.<sup>59</sup>

#### 4. Mısır'da Aile Arabuluculuğu

Avrupa'da ilk kez 1978 yılında uygulanmaya başlayan aile arabuluculuğu daha sonraki süreçte Avrupa Konseyinin arabuluculuk ile ilgili tavsiye kararları yayımlaması ile birlikte başka pek çok ülke tarafından da benimsenmiş ve yürürlüğe konmuştur.<sup>60</sup>

Bu süreçten sonra aile arabuluculuğu uygulamasını benimseyen ve kanunlarında tanzim eden ülkelerden biri de Mısır olmuştur. 2004 yılında çıkarılan 10 sayılı Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu ile nikâh, talâk, velayet ve nesep

<sup>54</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 2000, madde 19.

<sup>55</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 2000, madde 19.

<sup>56</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 2000, madde 19.

<sup>57</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 2000, madde 20.

<sup>58</sup> *Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*, 2000, madde 20.

<sup>59</sup> Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanun Tasarısı, 2017, madde 61, 69, 77, 78, 82, 83; kanun tasarısı hakkında daha fazla bilgi için bkz. <https://www.dostor.org/2885541>.

<sup>60</sup> Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 6-7; Temel, "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları," 320.

gibi aile hukuku konularını ilgilendiren davaları karara bağlaması gayesiyle aile mahkemeleri kurulması öngörülmüştür.<sup>61</sup> Yine aynı kanun, aile mahkemeleri bünyesinde, aile müessesesinin korunması ve sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi için ailelere danışmanlık hizmeti verecek, eşler arasında anlaşmazlık vaki olması halinde bu sorunların çözümü için taraflara yardımcı olacak Aile Anlaşmazlık Çözüm Ofislerinin de kurulması kararını içermektedir.<sup>62</sup>

#### 4.1. Aile Arabuluculuğu Merkezleri

Her aile mahkemesinin çatısı altında bir veya daha fazla Aile Anlaşmazlık Çözüm Ofisinin kurulmasını öngören bu kanuna göre bu ofisler Adalet Bakanlığı'na bağlı bir şekilde faaliyetlerini sürdüreceklidir.<sup>63</sup> İlgili kanun maddesinde arabuluculuk merkezlerinde en az birinin kadın olması şartıyla yeterli sayıda hukuk danışmanı, sosyal hizmet uzmanı psikoloğun bulunacağı belirtilmiş ve bu personelin seçilmesini, ofislerin icraat ve faaliyet usulünü, merkezlerin kurulacağı yerlerin belirlenmesini düzenleyen kararların da Adalet Bakanlığınca çıkarılacağı ifade edilmiş, merkezlerin ücretsiz olarak hizmet vereceği açıklanmıştır.<sup>64</sup> Bu merkezlerin riyaseti ise aile konusunda mütehassis olan bir hukuk danışmanı ya da başka bir üye tarafından deruhte edilmektedir.<sup>65</sup> Arabuluculuk merkezlerindeki uzmanların görevleri; taraflar arasında arabuluculuk için ortak bir zemin oluşturmaya çalışmak ve mahkemeye taraflar ve yaşadıkları ihtilaf ile ilgili olarak detaylı bir rapor sunmak olarak belirtilmiştir.<sup>66</sup>

#### 4.2. Aile Arabuluculuğu Merkezlerinin Çalışma Yöntemleri

Sulhun cari olamayacağı ahvâl-i şahsiyye davaları dışındaki davalar, ivedilikle çözüme kavuşturulması icap eden davalar, icra ihtilafları ve muvakkat işlemlerle ilgili davalar, aile arabuluculuğuna müracaat edilmeksizin doğrudan mahkemeye intikal etmektedir.<sup>67</sup>

Aile mahkemelerinin yetki alanında bulunan ahvâl-i şahsiyye ile ilgili herhangi bir konuda dava açma talebinde bulunan kimsenin mahkemeye başvuru yapmadan önce Aile Anlaşmazlık Çözüm Ofislerine sorunun çözümü için talep dilekçesi sunması gerekmektedir.<sup>68</sup> Zira sulhun uygulanabileceği davalarda

<sup>61</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 1.

<sup>62</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 5.

<sup>63</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 5.

<sup>64</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 5 ve 7.

<sup>65</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 5; Dawoud S. el-Alami, "Establishment of Islamic Courts in Egypt," *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online* 11/1 (n.d.): 230.

<sup>66</sup> Mulki al-Sharmani, "Egyptian family courts: A pathway of women's empowerment?," *Hawwa* 7/2 (September 1, 2009): 94.

<sup>67</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 6.

<sup>68</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 6.

arabuluculuk merkezlerine başvuru yapılmadan doğrudan mahkemeye yapılan müracaatlar kabul edilmemekte, dava arabuluculuk merkezine yönlendirilmektedir.<sup>69</sup> Sunulan bu dilekçe akabinde sorunu çözme vazifesini üstlenen arabuluculuk merkezi, tarafları dinledikten sonra onları anlaşmazlığın bütün veçheleri ve muhtemel sonuçları hakkında bilgilendirmekte aynı zamanda ailenin varlığını korumak için taraflara tavsiyelerde bulunup rehberlik etmektedir.<sup>70</sup>

Arabuluculuk merkezlerinin, sorunun halledilmesi için talep dilekçesinin sunulmasından itibaren başlayan on beş günlük bir süresi bulunmakta olup bu süre ancak tarafların ortak rızası ile uzatılabilmektedir.<sup>71</sup> Bu on beş günlük süre içerisinde taraflar arasındaki ihtilafları gidermede başarılı olunması halinde merkez başkanı tarafından bir rapor hazırlanmakta ve tarafların da imzaladığı bu rapor mahkemeye sunulmaktadır.<sup>72</sup> Bu işlem neticesinde varılan karar taraflar için bağlayıcılık arz eder hale gelmektedir.<sup>73</sup> Ancak arabuluculuk neticesinde sorun tamamen ya da kısmen çözüme kavuşturulamamış olursa ve taraflar da arabuluculuk sürecine devam etmeye yanaşmazsa bu durumda arabuluculukta o ana kadar kat edilen yolun anlatıldığı ve tarafların da imzaladığı rapor ile arabuluculuk merkezindeki mütehassısların ve kurul başkanının hazırladığı raporların eklendiği dava dosyası mahkemeye gönderilmekte, dava mahkemeye havale edilmektedir.<sup>74</sup>

### 4.3. Aile Arabuluculuğu Merkezlerinin Başarı Durumu ve Merkezler Hakkındaki Değerlendirmeler

2004 yılında çıkarılan kanunla uygulanmaya başlayan ve hâlihazırda zorunlu bir şekilde devam etmekte olan Aile Anlaşmazlık Çözüm Ofisleri, Batı'daki boşanma sürecini kolaylaştırması amaçlanan arabuluculuk sisteminin aksine İslâmî değerlere binaen toplumun temeli olan aile kurumunu korumayı ve evliliğin sağlıklı bir şekilde devam etmesini, bunun mümkün olmaması halinde ise suhuletle sona erdirilmesini hedeflemektedir. Bununla birlikte gerek bu ofislerin kurulması sürecinde yeterli fizibilite çalışmalarının yapılmamış olması gerek ülkenin mali durumunun ve hukuki altyapısının kısa bir süre içinde böyle bir yapılanmayı yüklenilebilecek raddede güçlü olmaması gerekse de ülkenin sosyokültürel durumunun göz ardı edilip bu merkezlerde toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir teşkilatlanmaya gidilmemiş olması gibi sebeplerle arabuluculuk uygulaması bazı eleştirilere hedef olmuştur.

<sup>69</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004 madde 9.

<sup>70</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 6.

<sup>71</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 8.

<sup>72</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004 madde 8.

<sup>73</sup> al-Sharmani, "Egyptian Family Courts: A Pathway of Women's Empowerment?," 94.

<sup>74</sup> *Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*, 2004, madde 8.



Kanunun çıkarıldığı 2004 yılında Mısır'da kadın hakları üzerine bir rapor hazırlamakta olan İnsan Hakları Örgütü, aile mahkemelerinde görevlendirilen dokuz yargıçla mülakat yapmış ve yargıçlar bu yasanın yürürlüğe girmesi için yeterli çalışmanın yapılmadığını, henüz erken olduğunu ifade etmişlerdir.<sup>75</sup> Örneğin pek çok mahkeme binasının inşasının henüz tamamlanmamış olması ya da mahkeme binası olmaya uygun olmayan yerlerin kullanılması, eksiklikleri göz önüne sermekte ve uygulamanın düzgün bir şekilde yapılmadığını göstermektedir.<sup>76</sup> Ayrıca bu merkezlerdeki kaynak yetersizlikleri, insan kaynakları konusunda eksikliklerin yaşanması, arabulucu personelin yeterli eğitimi almamış olması ve uygulama mekanizmasının stabil çalışmaması da arabuluculuğun işlevselliğini yitirmesine neden olmaktadır.<sup>77</sup> Arabuluculuk merkezinde görev yapacak uzmanların seçilmesine yönelik yönetmeliğin Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılmasıyla birlikte sosyal hizmet uzmanı ve psikolog Sosyal İşler Bakanlığınca atanmakta ve görevden alınmakta, bunun da aynı merkezde görev yapan personel arasında maddi anlamda eşitsizliğe ve bu personelin işini kaybetmek kaygısıyla görevini tam anlamıyla yapamamasına neden olduğu iddia edilmektedir.<sup>78</sup>

Arabuluculuk uygulamasının yapılması için tanınan on beş günlük sürenin de tarafların arasının bulunması için yeterli olmadığı, bu sürenin yalnızca yargı sürecini uzattığı ifade edilmiştir.<sup>79</sup>

Kocanın tek taraflı boşama hakkına sahip olması nedeniyle arabuluculuk merkezlerine kahir ekseriyetle kadınlar başvurmaktadır.<sup>80</sup> Kadınlar tarafından kimi zaman boşanma, kimi zaman ise boşanmadan ziyade evlilik hayatındaki anlaşmazlıkları uzman yardımı alarak sona erdirmeye gayesiyle arabuluculuk merkezlerine yapılan bu başvurular kocalar tarafından çoğunlukla aleyhlerine açılan bir dava olarak telakki edilmekte ve buna bağlı olarak kocalar arabuluculuk oturumlarına çoğu zaman katılmamaktadır. Aynı zamanda tarafların arabuluculuk oturumlarına şahsen katılmalarını zorunlu tutan yasal bir müeyyidenin olmayışı özellikle kocaları oturumlara katılmayıp yasal temsilcilerini göndermeye sevk

<sup>75</sup> Human Rights Watch, "Divorced from Justice: Women's Unequal Access to Divorce in Egypt," 2004, 53.

<sup>76</sup> Nathalie Bernard-Maugiron - Baudouin Dupret, "Breaking up the family: Divorce in Egyptian law and practice," *Hawwa* 6/1 (April 1, 2008): 63.

<sup>77</sup> Mulki al-Sharmani, "Legal Reform, Women's Empowerment and Social Change: The Case of Egypt," *IDS Bulletin* 41/2 (March 2010): 13; Bernard-Maugiron - Dupret, "Breaking up the Family: Divorce in Egyptian Law and Practice," 64.

<sup>78</sup> al-Ain, "Aile Anlaşmazlık Çözüm Ofisleri", erişim: 10.02.2021, <https://al-ain.com/article/19601>.

<sup>79</sup> Bernard-Maugiron - Dupret, "Breaking up the Family: Divorce in Egyptian Law and Practice," 63; al-Sharmani, "Egyptian Family Courts: A Pathway of Women's Empowerment?," 96.

<sup>80</sup> el-Alami, "Establishment of Islamic Courts in Egypt," 230.

etmektedir.<sup>81</sup> Bu durum da arabuluculuğun sağlıklı bir şekilde yapılmasına engel olmakta, arabuluculuğu uyuşmazlık çözümünde etkisiz bir hale getirmektedir.<sup>82</sup>

Arabuluculuk merkezlerine yöneltilen bir diğer eleştiri ise sürecin, söylem ve uygulamalarla kadınlar aleyhine bir tavır takınmış olmasıdır.<sup>83</sup> Merkezlerde çalışan uzmanların, kadınların çoğunlukla tutarlı bir gerekçe olmaksızın boşanma talebinde bulduklarını düşündükleri, buna bağlı olarak da kadınları, boşanma neticesinde yaşayacakları kötü durumları onlara anlatmak suretiyle boşanma talebinden vazgeçirmeye çalıştıkları ifade edilmiştir ve bu durum kadınlar aleyhine yapılan bir ayrımcılık olarak değerlendirilmiştir.<sup>84</sup>

Arabuluculuk oturumları süresince tarafların ailelerinin oturumlara katılmasını engelleyen herhangi bir yaptırımın söz konusu olmaması, oturuma katılan ebeveynlerin ihtilafı körüklemesine, tarafların uzlaşısı için ortak bir noktada buluşmamasına neden olmakta, böylece arabuluculuk süreci baltalanmaktadır.<sup>85</sup>

Mısır'da aile mahkemeleri ve arabuluculuk merkezleri üzerine detaylı bir saha çalışması yapan Mulki al-Sharmani, bu çalışmasında arabuluculuk merkezlerinin pratikteki başarısının ne oranda olduğunu da ele almaya çalışmış, bu minvalde farklı tarihlere dair İskenderiye ve Giza şehirlerindeki arabuluculuk merkezleri hakkında istatistikler vermiştir.<sup>86</sup> Bu merkezlerden Giza'da bulunana dair istatistikleri örnek kabilinden verebiliriz: 2006 yılının Ekim ayından 2007 yılının Nisan ayına kadar 138 başvurunun olduğu Giza arabuluculuk merkezinde bu başvurulardan yalnızca otuzu çözüme kavuşturulmuş, altısı anlaşmaya varılamaması ancak tarafların davayı mahkemeye intikal ettirmemesi veya arabuluculuk prosedürlerini tamamlamamaları nedeniyle kapanmış, yetmiş ise mahkemeye sevk edilmiştir. Otuz iki başvuruda da arabuluculuk süreci devam etmektedir.<sup>87</sup>

Aile mahkemelerinde görevli bir avukat ile yapılan bir mülakatta ise avukat, arabuluculuk uygulamasının ilk dönemlerinde dikkate değer sonuçlar verdiğini,

<sup>81</sup> Mulki al-Sharmani, "Recent Reforms in Personal Status Laws and Women's Empowerment 'Family Courts in Egypt'" (Cairo, 2007), 26.

<sup>82</sup> Mulki al-Sharmani, "Legal Reform, Women's Empowerment and Social Change: The Case of Egypt," *IDS Bulletin* 41/2 (March 2010): 13; al-Sharmani, "Egyptian Family Courts: A Pathway of Women's Empowerment?," 100.

<sup>83</sup> al-Sharmani, "Legal Reform, Women's Empowerment and Social Change: The Case of Egypt," 13.

<sup>84</sup> al-Sharmani, "Legal Reform, Women's Empowerment and Social Change: The Case of Egypt," 13; Bernard-Maugiron - Dupret, "Breaking up the Family: Divorce in Egyptian Law and Practice," 64.

<sup>85</sup> al-Sharmani, "Egyptian Family Courts: A Pathway of Women's Empowerment?," 100.

<sup>86</sup> al-Sharmani, "Recent Reforms in Personal Status Laws and Women's Empowerment 'Family Courts in Egypt,'" 32-33.

<sup>87</sup> İstatistikler hakkında detaylı bilgi için bkz. al-Sharmani, "Recent Reforms in Personal Status Laws and Women's Empowerment 'Family Courts in Egypt,'" 33.

ancak zamanla birlikte merkezlerin başarısının tavsadığını ve yüzde beşlere kadar gerilediğini ifade etmiştir.<sup>88</sup> Ancak boşanma davalarının mahkemeye taşınmadan arabuluculuk merkezlerinde çözülmesinin avukatlar için iş yükünün ve buna bağlı olarak gelir kaleminin azalmasına neden olacağı aşikâr bir gerçek olduğu için bu mülakattaki değerlendirmelere temkinle yaklaşmak gerekmektedir. Adalet Bakanlığı'nın yayımladığı bir rapora göre ise arabuluculuk merkezleri 2018 yılında yüzde kırk oranında başarı göstermiştir.<sup>89</sup>

## Sonuç

Bu araştırma neticesinde Mısır'daki tahkim uygulaması ve aile arabuluculuğu ile ilgili olarak şu sonuçlara varılmıştır:

Genelde hemen hemen bütün İslâm toplumlarında, özelde ise Mısır'da çok uzun dönemlerden beri uygulanmakta olan tahkim uygulaması 1929 yılı itibarıyla kanunda düzenlenerek formel bir surete büründürülmüş, 2000 yılında çıkarılan Medeni Kanun ile küçük değişikliklere uğramış, ancak büyük oranda aynı kalarak devam etmiştir. Aynı kanun çerçevesinde kadınlara mahkeme yoluyla muhâlea hakkı da tanınmıştır.

Tahkimden ayrı bir anlaşmazlık çözüm metodu olarak arabuluculuk uygulaması Mısır'da 2004 yılında çıkarılan kanun ile yürürlüğe girmiştir. Ancak bu uygulama altyapı yetersizlikleri, insan kaynakları temininin sağlanamaması, toplumun ihtiyaçlarına hitap edecek şekilde tesis edilmemiş olmaları, gerekli ön hazırlıkların yapılmaması gibi nedenlerle ereğini tam olarak yerine getirememekte, sıklıkla aksaklıklara maruz kalmaktadır.

Muhtemeldir ki Mısır'da uygulanmasındaki yegâne ya da en kuvvetli saiki Avrupa'da uygulanışı ve Avrupa Konseyi'nce salık verilmesi olan arabuluculuk kurumunun bu ülkede işlevsel bir şekilde faaliyet gösterebilmesi için yukarıda zikredilen sorunların bertaraf edilmesi gerekmektedir.

<sup>88</sup> Masress, "Aile Mahkemesi Avukatı: Arabuluculuk Merkezlerinin Başarısı Yüzde Beşe Düştü", erişim: 10.02.2021, <https://www.masress.com/youm7/1829090>.

<sup>89</sup> Masress, "Aile Anlaşmazlık Çözüm Ofisleri, Uzlaşma Az, Sorun ise Çok", erişim: 10.02.2021, <https://www.masress.com/rosaweekly/1025001>.

## Kaynakça

- Açık, Fatma. *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesi ve Hakemin Boşama Yetkisi*. Selçuk Üniversitesi, 2006.
- al-Ain. “Aile Anlaşmazlık Çözüm Ofisleri”. Erişim: 10 Şubat 2021. <https://al-ain.com/article/19601>.
- Aile Mahkemelerinin Kurulması Kanunu*. 2004
- al-Sharmani, Mulki. “Egyptian Family Courts: A Pathway of Women’s Empowerment?” *Hawwa* 7/2 (September 1, 2009): 89-110. <https://doi.org/10.1163/156920709X12511890014504>.
- al-Sharmani, Mulki. “Legal Reform, Women’s Empowerment and Social Change: The Case of Egypt.” *IDS Bulletin* 41/2 (March 2010): 10-17. <https://doi.org/10.1111/j.1759-5436.2010.00118.x>.
- al-Sharmani, Mulki. “Recent Reforms in Personal Status Laws and Women’s Empowerment ‘Family Courts in Egypt.’” Cairo, 2007.
- Aydın, Mehmet Akif. “Hukûk-ı Âile Kararnâmesi.” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 18/314-318. İstanbul: TDV Yayınları, 1998. <https://islamansiklopedisi.org.tr/hukuk-i-aile-kararnamesi>.
- Aydın, Mehmet Akif. “Muhammed Kadri Paşa.” *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 30:546. TDV Yayınları, 2005. <https://islamansiklopedisi.org.tr/muhammed-kadri-pasa>.
- Bernard-Maugiron, Nathalie - Dupret, Baudouin. “Breaking up the Family: Divorce in Egyptian Law and Practice.” *Hawwa* 6/1 (April 1, 2008): 52-74. <https://doi.org/10.1163/156920808X298921>.
- el-Alami, Dawoud S. “Establishment of Islamic Courts in Egypt.” *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online* 11/1 (n.d.): 229-240. <https://doi.org/10.1163/22112987-91000096>.
- el-Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Ebî Bekr b. Ferh. *el-Câmi ‘li-Ahkkâmi’l-Kur’ân*. thk. Ahmed el-Berdûnî ve İbrahim Ettafeyyîş. Kahire: Dâru’l-Kütübü’l-Mısıriyye, 1384.
- Erik, Hamza. *İslam Aile Hukukunda Tahkim Müessesesinin Günümüz Aile Hukuku Ile Mukayesesi*. Atatürk Üniversitesi, 2016.
- Gürdal, Ayşe. *İslâm Aile Hukuku Açısından İhtilafların Çözümünde Tahkim Yöntemi*. Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, 2007.
- Hukûk-ı Âile Kararnâmesi*.
- Human Rights Watch. “Divorced from Justice: Women’s Unequal Access to Divorce in Egypt.” 2004.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullâh b. Ahmed. *el-Muğni*. Beyrut: Dâru İhyâi’t-Turâsi’l-Arabî, 1405.

- İbnü'l-Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh b. Muhammed el-Meâfirî. *Ahkâmü'l-Şur'ân*. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1424.
- Masress. "Aile Anlaşmazlık Çözüm Ofisleri, Uzlaşma Az, Sorun ise Çok". Erişim: 10 Şubat 2021, <https://www.masress.com/rosaweekly/1025001>.
- Masress. "Aile Mahkemesi Avukatı: Arabuluculuk Merkezlerinin Başarısı Yüzde Beşe Düştü". Erişim: 10 Şubat 2021, <https://www.masress.com/youm7/1829090>.
- Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*.
- Mısır Adli İdare Kanunu. 1976.
- Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*. 1929.
- Mısır Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu*. 2000.
- Özalpat, Didem. *İslam Devletlerinde Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk: İran ve Mısır Örneği*. Ankara Üniversitesi, 2008.
- Parkinson, Lisa. *Aile Arabuluculuğu*. Ed. Yonca Fatma Yücel. 2018.
- Temel, Ahmet. "İslam Aile Hukukundaki Arabulucu-Hakemlik Uygulamasının Türkiye'de Aile Arabuluculuğuna Muhtemel Katkıları." *Darulfunun İlahiyat* 30/2 (2019): 311-336.
- The Tahrir Institute for Middle East Policy. "Egypt Court System 101". Erişim: 10 Şubat 2021. <https://timep.org/transitional-justice-project/egypts-court-system-101/>.
- Uygur, Muteber Gülsefa. *İslâm Aile Hukukunda Hakemlik Kurumu*. İstanbul Üniversitesi, 2015.
- Yıldırım, Mustafa. "Tahkîm." *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 39/411-413. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.



# İcranın İadesi Kurumunun Hukuki Niteliği ve Buna Bağlı Sonuçlar<sup>(\*)</sup>

## Legal Character of Restitution of Execution and Its Consequences

Arş. Gör. **Ozan TOK**<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

İcranın iadesi kurumu borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesini sağlar. Kurum, hukuka aykırı takipten önceki durumun geri getirilmesini amaçlar. İcra işlemleri, nitelik olarak birer idari işlem karakterindedir. Bu sebeple idari yargılama hukuku kurumu olan "iptal davasına" ilişkin ilkeler, icranın iadesi bakımından da kıyasen uygulanabilir. İcranın iadesinin hukuki niteliği bu durumda idari yargılama hukukundaki geri alma prosedüründen ibarettir. Bununla bağlantılı olarak iade kararı, icra dairesince re'sen alınabileceği gibi, iade talebi ve kararı İİK m.134/f. VII hükmünde düzenlenen bir yıllık hak düşürücü süreye tabidir. İade alacağı bakımındansa borçlu tarafından ödeme yapıldığı veya mahcuz mallarının paraya çevrildiği tarihten itibaren faiz işletilmesi gerekir.

### Anahtar Kelimeler

İcranın Durması, İcra İşlemi, İcra Dairesi, Geri Alma Prosedürü, Hak Düşürücü Süre.

### Abstract

Restitution of execution serves to establish balance of interest between debtor and creditor. This institution aims to reinstate debtor's legal condition before the unjust pursuit. The acts of pursuit possess also administrative act character. Therefore principles about "nullity action" which are settled by administrative procedure law, can also apply to restitution of execution. Legal character of restitution of execution appears to be a revocation procedure. So execution office has authority to decide in office to initiate the procedure. The procedure has to be initiated within one year according to the Execution and Bankruptcy Code (İİK). Execution office has to implement interest to main credit, down from the superior court decision.

### Keywords

Cease of the Execution, Act of Pursuit, Office of Execution, Revocation Procedure, Expiration Date.

<sup>(\*)</sup> Makale geliş tarihi: 03.01.2021 - Makale kabul tarihi: 19.03.2021.

<sup>(\*\*)</sup> Sakarya Üniversitesi, Medeni Usul ve İcra İfâs Hukuku, Anabilim Dalı.

E-posta: ozantok@sakarya.edu.tr.

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0003-1372-9397>.

## 1. Giriş

İcranın iadesi, borçlu ile alacaklı arasındaki menfaat dengesini sağlamayı hedefleyen önemli bir takip hukuku kurumudur. 2004 sayılı İİK m.40/f.II hükmünde düzenlenen icranın iadesi ile aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen icranın durması kurumu birbirinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Bu düzenlemelerin altında birçok hukuk sisteminin aksine kanun yoluna müracaatın icrayı durdurucu etkisine sahip olmaması yatar. Kanunda ilgili kurumlar ana hatlarıyla düzenlenmekle birlikte özellikle icranın iadesinin ne şekilde ve hangi hükümlere göre gerçekleşeceğine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir. Uygulanacak hükümlere ilişkin bu kanun boşluklarının bilinçli olup olmadığı bir yana; icranın iadesi bakımından kıyasen uygulanacak hükümler meselesi önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sorun ise icranın iadesi kurumunun hukuki niteliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Kurumun hukuki niteliği tespit edilmeksizin kıyasen uygulanacak hükümler konusunda muhakeme yürütmek de mümkün değildir. Çalışma, icranın iadesi kurumuyla alakalı olarak iki sorunu tartışmayı amaçlamaktadır. Birinci sorun icranın iadesinin hukuki niteliğidir. Diğer sorunsu icranın iadesinin hukuki niteliğine bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar; başka bir ifadeyle kurum bakımından uygulanacak hükümlerdir.

Doktrinde çoğunlukla zamanaşımı, temerrüt faizi gibi özel hukuk kurumlarının icranın iadesi kurumu bakımından kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>1</sup>. Buna göre sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresinin<sup>2</sup> veya Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde yer alan on yıllık zamanaşımı süresinin<sup>3</sup> icranın iadesi bakımından da uygulanması gerektiği ifa edilmektedir. Bu değerlendirmeler şüphesiz bir takip hukuku kurumu olan icranın iadesini, maddi hukuka yaklaştırmaktadır. İcranın iadesi bir takip hukuku kurumu olduğu için uygulanacak hükümleri tespit etmek amacıyla öncelikle takip hukukuna müracaat edilmesi gerekir. Zira icranın iadesinin konusu alacak hakkından ziyade; icra işlemlerinin kendisidir. Gerek icranın durması (İİK m.40/f.I) gerekse de icranın iadesi kurumu (İİK m.40/f.II) bakımından temel müessese şüphesiz icra işlemidir. İcra işlemleri ise maddi hukuk müesseselerine nitelik olarak yabancıdır. Çalışmanın birinci kısmında icranın iadesinin hukuki niteliği icra işlemleri kurumu üzerinden tespit edilecektir. Bu tespite uygun olarak ikinci bölümde icranın iadesi bakımdan uygulanacak hükümler değerlendirilecektir.

<sup>1</sup> Bu eserler için bkz. YILMAZ, Ejder, İcra ve İflâs Hukuku Şerhi, Ankara 2016, s. 231; ANTALYA, O. Gökhan, "İcranın İadesi", Yargıtay Dergisi, Ankara, C. 9, S. 4, Y. 1993, s. 583; TANRIVER, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 186-187; AKKAYA, Tolga, "5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlamlı İcrada İcranın İadesi", MİHDER, C. 4, S. 11, Y. 2008, s. 693; MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, C.II, 5. Bası, Ankara 2013, s. 951; TAŞPINAR AYVAZ, Sema, "İcranın İadesi", Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XIV, İlamlı İcra, Ankara 2018, s. 394.

<sup>2</sup> ANTALYA, s. 583.

<sup>3</sup> TANRIVER, Süha, "İcranın İadesi (İİK m.40)", Makalelerim I, Ankara 2005, s. 294; Taşpınar Ayvaz, İade, s. 395; AKKAYA, s. 693.



## 2. İcranın İadesinin Yapısı Amacı ve Hukuki Niteliği

### A. İcranın İadesinin Yapısı

2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun 40. maddesi ilamlı takip sürecine ilişkin olarak iki durumu düzenlemektedir. Birinci hâl, takibin dayanağını oluşturan ilamın istinaf mahkemesi tarafından kaldırılması veya Yargıtay tarafından bozulmasıdır. Bu durumda takip olduğu yerde durur (İİK m.40/f.I). Takibin durması ileriye etkili sonuç doğuran ve kanun gereği (ipso iure) gerçekleşen bir hukuki durum olarak ortaya çıkar.

Takibin durması sonucunun ileriye etkili olmasıyla kanun yolu mahkemesinin ilamı ortadan kaldıran kararına kadar yapılmış olan icra işlemleri olduğu yerde durur; başka bir ifadeyle icra dairesi tarafından bu işlemler kaldırılamaz<sup>4</sup>; ancak takip durduğu süre boyunca takibin ilerlemesine yönelik başkaca bir icra işlemi de yapılamaz<sup>5</sup>. Takibin durması sonucunun doğrudan Kanun hükmünden kaynaklanması sebebiyle de icra dairesinin takibin durduğuna yönelik bir işlem tesis etmesine gerek yoktur. İcra dairesi yalnızca takibin durduğunu tespit etmekle yetinecektir.

İcranın iadesi ise, icranın İİK m.40/f.I hükmüne göre durmasının bir sonraki aşamasını ifade eder. Buna göre takibe dayanak oluşturan ilamın, hukuka aykırı olduğu kanun yolu mahkemesi tarafından tespit edilir; derece mahkemesi kararını bu yönde değiştirir ve karar da kesinleşirse icra dairesi tarafından icra takibi eski hâline iade edilir (İİK m.40/f.II)<sup>6</sup>. Aynı maddenin farklı fıkralarında düzenlenen icranın durması ve icranın iadesi kurumları birbirini tamamlar niteliğe sahip olsa da aralarında önemli farklar bulunmaktadır.

İcranın durmasında, takibin dayanağını oluşturan ilamın hukuka aykırılığı konusunda bir şüphe söz konusu olur. Zira icranın durması, kanun yolu mahke-

<sup>4</sup> "... Somut olayda takip dayanağı ... Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2012/201 Esas, 2013/141 Karar sayılı ilamı, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 07.05.2014 tarih 2014/504 Esas, 2014/7035 Karar sayılı ilamı ile bozulmuştur. Bu durumda takip, **İİK md.40/1'e göre olduğu yerde duracağından hacizlerin kaldırılmasına karar verilemez ise de**; borçlu ...'in haciz konulan maaşından yapılan kesintinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir. Bu halde, Mahkemece, önüne getirilen uyuşmazlıkta borçlunun maaşından yapılan kesintinin, bozma ilamının icra dosyasına ibraz tarihi ile bozmadan sonra verilen kararın ibrazına kadar durdurulmasına karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile şikayetin tümden reddi doğru değildir..." Yargıtay 8. HD., T. 20.12.2017, E. 2015/15192 K. 2017/17169.

<sup>5</sup> "... Yukarıdaki nedenlerle; İİK 366/4 maddesi yollamasıyla İİK 40 maddesi gereğince Yargıtay bozma ilamından dolayı icra muameleleri olduğu yerde durduğu için icra müdürlüğünün "Yargıtay'ın bozma kararı ile tüm işlemlerin durduğu" gerekçesiyle **alacaklının haciz talebinin reddine ilişkin 13.01.2012 tarihli kararı yasaya uygundur**, mahkemece İİK'nın 40. maddesinin somut olayda uygulanamayacağı gerekçesiyle müdürlük işleminin iptaline karar verilmesi isabetsiz olmuştur..." Yargıtay 12. HD., T. 5.11.2012, E. 2012/16136 K. 2012/31465.

<sup>6</sup> ARSLAN, Tuğba, İcra ve İflâs Hukukunda İcranın İadesi, Yayınlanmamış YL Tezi, Diyarbakır 2006, s. 8.

mesi tarafından kararın kaldırılması veya bozulmasıyla söz konusu olup bu aşamada henüz yargılama sona ermemiştir. Karar, esasa ilişkin sebeplerle olabileceği gibi usule ilişkin sebeplerle de kaldırılabilir veya bozulabilir. Özellikle kararın usule ilişkin sebeple kaldırılması veya bozulması durumunda ilamın maddi hukuka ilişkin tespitlerinin hukuka aykırılığı hususundaki şüphe daha hafif olacaktır<sup>7</sup>. Hâlbuki icranın iadesinin gerçekleşebilmesi için, takibin dayanağını oluşturan ilamın hukuka aykırı olduğuna yönelik bir şüphe yeterli değildir. İcranın iadesi kurumunun öncelikli şartı, bu ilamın nihai bir şekilde ortadan kalkmış olmasıdır<sup>8</sup>.

İcranın durması Kanun hükmü gereği gerçekleşir<sup>9</sup>. Buna göre icranın durması için, icra dairesi tarafından bir karar alınmasına gerek olmayıp kanun yolu mahkemesi kararının icra dairesine bildirilmesi yeterlidir<sup>10</sup>. Hâlbuki icranın iadesi

<sup>7</sup> Esasen icranın durması kurumu, ilamlı takibin dayanağını oluşturan ilamın hukuka aykırılığı konusundaki şüphe üzerine inşa edilmiştir. Zira Kanuna göre icranın durması için, istinaf mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesinin kararının değiştirilmesi veya Yargıtay tarafından kararın bozulması yeterlidir. Buna göre, icranın durması sonucunun gerçekleşebilmesi için bir de istinaf mahkemesinin aksi yöndeki kararının kesinleşmesi veya temyiz mahkemesinin bozmaya uyarak yeni bir karar vermesi gerekli değildir. Buna göre icranın iadesinin aksine, icranın durması henüz yargılama sona ermeden, yargılama prosedürünün devamı sırasında cereyan etmektedir. İcranın durmasına sebep olan husussa, derece mahkemesi kararının kanun yolu mahkemesi tarafından kaldırılması ya da bozulmasıdır. Kanun koyucu, kanun yolu mahkemesince derece mahkemesi kararının hukuka aykırı olduğunun tespitini, icranın durdurulması için yeterli görmüştür. Tam da burada doktrinde ve Yargıtay kararlarında tartışılan husus, derece mahkemesinin direnme kararı üzerine icraya devam olunup olunmayacağıdır. Bu konu doktrinde iki şekilde ele alınmaktadır. Birinci görüş, konuyu direnme kararının niteliği üzerinden açıklamakta doktrinde ve Yargıtay uygulamasında hâkim olan görüşse konuyu kararın barındırdığı hukuka aykırılık şüphesi üzerinden açıklamaktadır. Birinci görüşe göre icranın durması ancak derece mahkemesinin bu konuda vereceği yeni bir karara kadar söz konusu olacaktır. Bu durumda direnme kararı içeriği bozulan kararlar aynı olsa da yeni bir karar niteliğinde olduğu için icranın devamı mümkündür (KURU, Baki, İcra ve İflâs Hukuku, C. III, 3. Bası, Ankara 1993, s. 2235). Diğer görüşse İİK m.40 hükmünün amacını dikkate almaktadır. Buna göre icranın durması kurumunun temelinde derece mahkemesinin ilamlı takibe dayanak oluşturan ilamının hukuka aykırı olma ihtimali bulunmaktadır. Direnme kararıyla derece mahkemesi bozmaya uyma kararı vermeksizin ve yeniden muhakeme yürütmeksizin önceki kararını tekrarlamış olmaktadır. Dikkat çekmek gerekir ki derece mahkemesinin bozmaya uyma kararı verip yeni bir muhakeme yürüterek davacının talep sonucu kabul etmesiyle direnme kararı sonucu itibarıyla aynı olsa da direnme kararı verilmesi için yeni bir muhakeme yürütülmez. Bu durumda derece mahkemesinin bozmaya uyma kararı verip yeniden muhakeme yürüttüğü hâllerde, bu muhakemenin çerçevesi de uyma kararı verilen bozma kararı çerçevesinde şekillenir. Hâlbuki direnme kararıyla yeni bir muhakeme yürütülmemektedir derece mahkemesi eski kararını tamamen tekrar eder. Bu durumda direnme kararıyla, derece mahkemesi kararının hukuka aykırılığı konusundaki şüphe ortadan kalkmayacağından İİK m.40/f.I hükmüne göre icranın devamı da istenemez (AKKAYA, s. 688; UYAR, Talih, *İcra Hukukunda İlamlı Takipler*, 2. Bası, Manisa 1991, s. 524, TANRIVER, İlamlı İcra, s. 181).

<sup>8</sup> YILMAZ, Şerh, s. 230; ARSLAN, Ramazan /YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2019, s. 397.

<sup>9</sup> PEKCANİTEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammed, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 290.

<sup>10</sup> Taşpınar Ayvaz, icranın durması sonucunun *ipso iure* gerçekleştiğini ancak durmanın sonuçlarının kanun yolu mahkemesi kararının icra dairesine bildirildiği tarihte değil; kanun yolu mahkemesi tarafından kararın verildiği tarihten itibaren gerçekleşeceğini ifade etmektedir (Taşpınar Ayvaz,

sonucu, Kanunda gösterilen şartlar oluşmakla kanun gereği gerçekleşmez. İlamın nihai bir şekilde ortadan kalkmış olduğunu tespit eden icra dairesinin yapacağı icra işlemiyle icrayı iade etmesi gerekir.

İcranın durması sonucu ileriye etkilidir. Bununla birlikte icranın iadesi, icra işleminin geri alınması prosedürüne dayandığından, geçmişe etkilidir. Örneğin icranın durmasıyla kanun yolu mahkemesinin kararından önce gerçekleştirilmiş haciz düşmez. Hâlbuki icranın, icra dairesi tarafından iadesine karar verildiğinde; daha önce yapılmış olan hacizler ve bunların tamamlayıcı olan muhafaza tedbirleri icra dairesi tarafından kaldırılır.

## B. İcranın İadesinin Amacı ve Hukuki Niteliği

### a. İcranın İadesinin Amacı

Gerek icranın iadesi gerekse de icranın durmasının temelinde icra işlemi kurumu bulunmaktadır. Zira iki kurumun da konusunu icra işlemleri oluşturur. İİK m.40/f.I hükmü uyarınca icranın durmasıyla, derece mahkemesi tarafından icranın devamına imkân verecek yeni bir karar verilinceye kadar hiçbir icra işleminin yapılması mümkün değildir. Buna hâlde duran şey icra işlemleridir<sup>11</sup>. İİK m.40/f. II hükmüne göre ise şayet derece mahkemesi kanun yolu mahkemesinin kararı çerçevesinde yeni bir muhakeme yapar ve bu muhakeme sonucunda kendisine ilamlı takip başlatılan borçlunun lehine yeni bir karar verirse, kararın içeriğine göre icra kısmen veya tamamen iade edilir. İcranın iadesinin sağlanabilmesi için icra dairesinin icra işlemleri tesis etmesi gerekmektedir. Bu hâlde İİK m.40/f.I hükmüne göre icranın durmasıyla esasen icra işlemleri durmakta ve İİK m.40/f.II hükmüne göre ise iade, ancak icra işlemleri yoluyla gerçekleşebilmektedir. Zira kesin hükümlerle nihayete ermiş yargılamanın sonucunda ilamlı takibe dayanak oluşturan ilamda hiç veya gösterilen kadar borçlu olmadığı anlaşılan kişinin malvarlığının eski hâle iadesi söz konusudur.

İcranın durmasıyla birlikte icra dairesi hiçbir icra işlemi tesis edemez (İİK m.40/f.I)<sup>12</sup>. Ancak icranın iadesi söz konusu olduğunda icra dairesi işlem tesis

İade, s. 391). Gerçekten de icranın durması sonucu, kanun yolu mahkemesi kararıyla birlikte *ipso iure* gerçekleşmektedir. Bu durumda ilgili kararın icra dairesine bildirilmesi yalnızca fiili bir zorunluluktan ibarettir. Bu şekilde icra dairesi, takibe devam edilemeyeceğini öğrenmiş olacaktır. Bununla birlikte icranın durması sonucu bu bildirimden değil; kararın verildiği andan başlar.

<sup>11</sup> UYAR, Bozma, s. 33-34.

<sup>12</sup> Bu konuda doktrindeki en önemli tartışmalardan biri maaştan kesme işlemiyle alakalıdır. Kanun yolu mahkemesinin ilamın hukuka aykırı olduğunu tespit ettiği dolayısıyla icranın durduğu hâllerde, maaş kesintisinin hâlen devam edip etmeyeceği tartışma konusu olmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre ilamlı takibin dayanağını oluşturan kararın kanun yolu mahkemesi tarafından kaldırılması veya bozulması üzerine haciz konusu maaştan yapılan kesinti devam eder; ancak kesinti sonucunda elde edilen bedel icra dairesi tarafından alacaklıya ödenmeyip yargılamanın sonucu beklenir (BERKİN, Necmeddin M., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980, s. 131; TANRIVER, İcranın İadesi, s. 283 vd.). Yargılama sonucunda alacaklının haklı olduğu hüküm

etmekle yükümlüdür (İİK m.40/f.II). Mademki haksız olduğu tespit edilen bir takibe istinaden borçlunun malvarlığı hukuka aykırı bir şekilde azaltılmıştır; artık borçlunun malvarlığının eski hâle iadesi gerekmektedir<sup>13</sup>. Kanun koyucu, icra dairesine borçlunun malvarlığını eski hâle iade görevi ve yetkisi vermektedir. Zira ilamlı takipte takip ile ilam arasında sıkı bağlantının bulunması ve bu takipte borçlunun teknik anlamda itiraz imkânlarından yoksun olması sebebiyle borçlunun hukuki durumu ağırlaşmaktadır. Gerçekten de ilamlı takipte, takip ilamdaki bütün unsurlarla sıkı sıkıya bağlıdır. Bu sebeple ilamda gösterilmeyen hususlar icra emrinin konusunu oluşturamaz. Öyle ki icra emrinde faiz<sup>14</sup>, alacağın mikta-

altına alınır ve bu hüküm kesinleşirse icra dairesi tarafından kesinti sonucunda elde edilen bedel alacaklıya ödenir. Dikkat edilirse Yargıtay'ın eski içtihatlarında da kabul görmüş bu görüşe göre icranın durmasının maaştan yapılan kesinti işlemi üzerinde etkisi olmamakta ancak icra dairesi tarafından yapılan ödeme işlemi üzerinde etkisi olmaktadır. Başka bir ifadeyle bu durumda kesinti devam etmekte ancak ödeme işlemi durmaktadır. Zira Tanrıver'e göre maaştan yapılan kesintinin bir muhafaza tedbiri olduğu için icra işlemi olarak değerlendirilemez. Buna karşılık ödeme, alacaklıyı hakkına yaklaştırmakla bir icra işlemidir (TANRIVER, İcranın İadesi, s. 284).

Tanrıver'in muhafaza tedbiri ve ödemenin icra işlemi niteliği konusunda yapmış olduğu bu ayrımın sebebi ise doğrudan doğruya icra işlemi tanımıyla bağlantılıdır. Yazara göre icra işlemi, icra dairesi tarafından yapılan alacaklının hakkına kavuşmasına yardımcı olan veya onu bu amaca yaklaştıran işlemlerdir. Aynı tanım Postacıoğlu tarafından da yapılmaktadır (TANRIVER, İcranın İadesi, s. 281; POSTACIOĞLU, İlhan E., "Nakızdan Sonra Mahcuz Maaşta Tevkifat", İÜHF, C. 18, S. 3-4, Y. 1954, s. 1031). Bu tanıma göre ise ödeme bir icra işlemiyken muhafaza tedbiri niteliğinde olan maaştan kesinti yapılması işlemi bir icra işlemi değildir. O hâlde İİK m.40/f.I hükmüne göre icranın durmasıyla bir icra işlemi niteliğinde olmayan maaştan kesme işlemi durmayacak; ancak ödemenin bir icra işlemi olması sebebiyle kesinti sonucunda elde edilen bedel icra dairesi tarafından alacaklıya ödenmeyecektir. Taşpınar Ayvaz ise esasen muhafaza tedbiri şeklindeki kesintinin de icra işlemi sayılmasını gerektiğini, icranın durması kurumunun alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini sağlamayı hedeflediğinden kanun yolu mahkemesi kararı üzerine sadece alacaklıya yapılan ödemenin değil kesintinin de durmasının isabetli olacağını ifade etmektedir (TAŞPINAR AYVAZ, İade, s. 392).

Esasen son tarihli içtihatlarında Yargıtay, "icra işlemi" kurumunu daha geniş olarak değerlendirmekte ve muhafaza tedbirinin de zımnen icra işlemi olduğunu ifade etmektedir. Bu sebeple Yargıtay'a göre kanun yolu mahkemesi tarafından kararın kaldırılması veya bozulması üzerine maaştan yapılan kesintiye devam edilemez: "... Somut olayda takip dayanağı ... 16. Aile Hukuk Mahkemesi'nin 2012/517 Esas, 2015/2018 Karar sayılı kararı, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 07.12.2015 tarih 2015/12288 Esas, 2015/19728 Karar sayılı ilamı ile takdir edilen aylık nafaka miktarına yönelik esasen bozulmuştur. Bu durumda takip, İİK'nın 40/1. maddesine göre olduğu yerde duracağından hacizlerin kaldırılmasına karar verilemez ise de **borçlunun haciz konulan maaşından yapılan kesintinin durdurulmasına** karar verilmesi gerekir..." Yargıtay 12. HD, T. 6.2.2019, E. 2018/5354 K. 2019/1411. Bu konuda ayrıca bkz. UYAR, Bozma, s. 36; UYAR, İlamlı Takipler, s. 523.

<sup>13</sup> TAŞPINAR AYVAZ, İade, s. 388.

<sup>14</sup> "... Mahkemece hükme dayanak yapılan bilirkişi raporunda TL alacağı uygulanan avans faizi hesaplandıktan sonra ilama aykırı olarak bu miktar USD'ye çevrilip alacak USD cinsinden belirlenmiştir. Alınan bu raporla sonuca gidilemez. Mahkemece, gerektiğinde ek rapor alınmak suretiyle **ilamda belirtildiği üzere TL alacağı bakımından avans faizi hesabı yaptırılarak icra emrinin buna göre düzeltilmesine karar verilmesi** gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. Mahkeme kararının bu nedenlerle bozulması gerekirken onandığı anlaşılmalı karar düzeltme isteminin kabulü gerekmiştir..." Yargıtay 8.HD, T. 16.01.2017, E. 2016/21591 K. 2017/188.

rı<sup>15</sup> gibi hususların yanlış gösterilmesi hâlleri, buradaki hukuka aykırılık kamu düzenini de ihlal ettiğinden, süresiz şikâyet sebebi olarak değerlendirilmektedir<sup>16</sup>.

İlamlı takibe dayanak oluşturan ilamın daha sonra ortadan kalkması ve bunun kesinleşmesiyle birlikte icra hukukundaki menfaat dengesi, iki sebeple borçlu aleyhine bozulur. Öncelikle ilamli takibin akıbeti, takibin dayanağını oluşturan ilamla sıkı sıkıya bağlıdır. Takibin dayanağını oluşturan ilamın daha sonra kesin bir şekilde ortadan kalkmasıyla birlikte takip de baştan itibaren hukuka aykırı hâle gelir. Bu durumda şayet borçluya karşı icra işlemleri yapılmış ve bu şekilde borçlunun malvarlığı azalmışsa borçlu, dayanağı ortadan kalkan bir takip sebebiyle malvarlığının aktifinin azalmasına maruz kalır. Diğer bir hususta ilamli takipte, ilamsız takibin aksine borçlunun teknik anlamda “itiraz” şeklinde bir hakka sahip olmamasıdır. Zira ilamların icrası yoluyla takipte borçlunun hukuki durumuna ilişkin muhakeme, yargılama sırasında yapılmıştır. Bu durumda borçlu, itiraz veya defilerini ilgili yargılamada ileri sürmelidir. Hâl böyle olunca borçlu, yalnızca şikâyet ve İİK m.33 hükmünde düzenlenen icranın geri bırakılması şeklindeki sınırlı muhalefet sebeplerinin dışında hiçbir muhalefet imkânına sahip olmadığı haksız takip sonucu, malvarlığının azalmasıyla karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumda menfaatler dengesi ise ancak icra organı tarafından ve icranın iadesi kurumu üzerinden tesis edilebilir<sup>17</sup>. Bu sebeple icranın iadesinin amacı mutlak surette eski hâle iadeyi sağlamaktır<sup>18</sup>. Buna karşılık doktrinde bir görüş, alacaklının takip başlattığı sırada takibe dayanak oluşturan bir ilamın mevcut olduğunu, bu ilam ortadan kalkana kadar takibin haksız olarak nitelendirilemeyeceğini ifade etmektedir<sup>19</sup>. Nitekim Çelik, icranın iadesi kurumunu alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini sağlama amacı taşıyan

<sup>15</sup> “... Borçlu vekili, alacaklı tarafından Kırşehir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 20.01.2015 Tarih ve 2013/216 Esas, 2015/49 Karar sayılı ilamına istinaden Kırşehir İcra Müdürlüğü'nün 2015/1229 Esas sayılı takip dosyası ile müvekkili aleyhine başlatılan icra takibinde, **alacak kalemlerinin brüt olarak istendiğini, yasal kesintilerin yapılmadığını belirterek takibin iptaline karar verilmesini talep etmiştir.** Mahkemece, icra emrinin tebliğinden itibaren 7 günlük şikâyet süresi geçirildiğinden, süre yönünden şikâyetin reddine karar verilmiş hüküm borçlu vekilince temyiz edilmiştir. İlamli icra takibinde, alacak kalemlerinin brüt olarak istendiği ve yasal kesintilerin yapılmadığı yönündeki şikâyet ilama aykırılık niteliğinde olup bu tür şikâyetler kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle süresiz olarak İcra Mahkemesi önüne getirilebilir...” Yargıtay 8. HD, T. 12.11.2015, E. 2015/17339, K. 2015/20274.

<sup>16</sup> KURU, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Ankara 2013, s. 109; PEKCANITEZ, Hakan / SIMİL, Cemil, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 184; MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 2014, s. 301.

<sup>17</sup> İlamli takipte menfaat dengesi iki kurum üzerine inşa edilmiştir. Birincisi derece mahkemesi kararına karşı kanun yoluna müracaatın icrayı durdurucu etkiyi haiz olmaması sonucunda borçlunun teminat yatırmak suretiyle kanun yolu mahkemesinden icranın ertelenmesine ilişkin bir karar alabilmesini düzenleyen tehir-i icra kurumu (İİK m.36); diğeri ise çalışma konumuz olan icranın durması ve iadesi kurumlarıdır (İİK m.40). Bu konuda bkz. ÇİFTÇİ, Pınar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Ankara 2010, s. 342.

<sup>18</sup> ARSLAN, İcranın İadesi, s. 19-20.

<sup>19</sup> YAŞIN Çelik, İcranın İadesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018, s. 18.

bir kurum olarak öngörmektedir. Buna göre ilamlı takibe teknik olarak itiraz imkânı bulunmayan borçlu, takibin ertelenmesini tehir-i icra kurumu üzerinden gerçekleştirebilir (İİK m.36). Ancak borçlu tarafından kanun yolu mahkemesine bu talep yöneltilmemişse ilamın ortadan kalkması üzerine borçlu dava veya takibe müracaat etmeksizin İİK m.40/f.II hükümlerine göre icranın iadesini talep edebilir<sup>20</sup>. Yazar, sistematik yorum yaparak icranın iadesi kurumunu, ilamlı takibin borçlu lehine getirilmiş olan diğer kurumu tehir-i icra ile değerlendirmektedir. Gerçekten de iki kurumun ortak noktası bunların borçlu lehine düzenlemeler içermesidir. Ancak iki kurumun birlikte değerlendirilmesi pekâlâ kendisine icra emri gönderilen borçlunun tehir-i icraya müracaat etmemesi üzerine, haksız takibin sonuçlarına bir ölçüde katlanması gerektiği sonucunun düşünülmesine sebep olabilir. Böyle bir kanaat ise oldukça sakıncalı sonuçlar yaratabilecek niteliktedir. Belirtmek gerekir ki maddi anlamda kesin hüküm zaman itibarıyla geçmişe etkilidir. Buna göre kesin hüküm, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına tabi olmadan ileri sürülebilecek dava açılmasından sonra ortaya çıkan vakıalar da dahil olmak üzere bütün vakıaları sukut ettirir<sup>21</sup>. İlamlı takibin konusunu oluşturan hükmün, kanun yolu mahkemesi tarafından hukuka aykırı olduğu tespit edilir ve bu karar kesinleşirse, alacaklının da takibinde haksız olduğu geçmişe etkili bir şekilde tespit edilecektir. Başka bir ifadeyle, takibin dayanağını oluşturan ilam, muhakemenin dava açıldığı andaki vakıaları kapsamı sebebiyle verildiği andan itibaren hukuka aykırıdır<sup>22</sup>.

Aksi görüş ilamlı takibe karşı sınırlı muhalefet araçlarına sahip olmakla birlikte hiçbir itiraz hakkı bulunmayan borçluyu, kendisinin sorumlu olmadığı bir malvarlığı azalmasına tabi kılmak anlamına gelir ki bu hususun bir hukuk devletinde kabulü de mümkün değildir. Aşağıda da açıklayacağımız üzere icranın iadesinin hukuki niteliği de kurumun eski hâle iade amacıyla sıkı sıkıya bağlıdır.

### **b. İcranın İadesinin Amacı Çerçevesinde Hukuki Niteliğinin Tespiti**

İcranın iadesi kurumunun hukuki niteliği sorunu, bizzat kurumun amacı ve icra işlemlerinin hukuki niteliği ile bağlantılıdır. Daha önce belirtildiği üzere kattığımız görüşe göre kurumun amacı eski hâle iadeyi sağlamaktır. Bu eski hâle iade sonucunun gerçekleşebilmesi ise ancak icra işlemleri ile mümkündür.

İcranın iadesi kapsamında yapılacak icra işlemlerinin eski hâle iade amacıyla bağlantılı olan husus ise icra işlemlerinin hukuki niteliğidir. Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre icra dairesi teknik anlamda bir yargılama yapmadığı için icra işlemleri birer idari

<sup>20</sup> ÇELİK, a.g.e., s. 6-8.

<sup>21</sup> GÜRDOĞAN, Burhan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ankara 1960, s. 81; UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2014, s. 886-888.; ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kâmil /DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 2011, 8. Bası, s. 565.

<sup>22</sup> ÖZKAYA-FERENDECI, Hamide Özden, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, İstanbul 2009, s. 7.

işlem niteliğini haizdir<sup>23</sup>. Gerçekten de icra işlemleri, alacaklının hakkının tesis etmeyi amaçlayan icra prosedürü çerçevesinde, bir adli kurum olmakla birlikte herhangi bir teknik anlamda yargılama yapmayan ve kamu hizmeti yürüten icra dairesi tarafından tesis edilmektedir. Bu durumda icra prosedürü bir yargılama olarak kabul edilemeyeceği için icra işlemlerinin de usuli işlem olarak kabulü mümkün değildir.

Kanaatimizce de icra işlemlerinin idari işlem niteliğinde olduğu konusunda tereddüt etmemek gerekir. Zira idari işlemin ayırıcı ölçütü, işlemin kamu gücü kullanılmak suretiyle ve kamu hizmetini yürütmek amacıyla, ilgilinin rızası aranmaksızın tek yanlı olarak tesis edilmesidir<sup>24</sup>. Başka bir deyişle işlem, idari işleme<sup>25</sup> sahip olmalıdır. Takip hukuku mevzuatından kaynaklanan kamusal yetkiyi kullanarak, alacaklının hakkını sağlamak şeklinde bir kamu hizmeti yürüten icra dairesinin, çoğunlukla ilgilinin rızası aranmadan tesis ettiği işlemlerin de idari işlem niteliğini haiz olduğunun kabulü gerekir.

İcra işlemleri, bir idari işlem olarak kabul edildiğinde ise idari işleme ilişkin bazı prensiplerin icra işlemleri bakımından da cari olup olmadığı tartışma konusu olacaktır. Zira icranın iadesine ilişkin prosedür, sonradan temeli hukuka aykırı olduğu anlaşılan bir takibe istinaden yapılan icra işlemlerinin, yeni icra işlemleri tesis etmek suretiyle “geri alınmasını” konu almaktadır. Ancak işlemin, geçmişe etkili biçimde ortadan kaldırılmasını düzenleyen “geri alma” kurumu idare hukukuna özgü bir idari geçersizlik sebebi olup<sup>26</sup> bunun icra hukuku bakımından da uygulanmasının mümkün olup olmadığı, önemli bir sorun teşkil eder.

<sup>23</sup> BERKİN, s. 34; BİLGE, Umar, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973; s. 42; SEVİĞ, Vasfi Raşit, Doktrin ve İçtihatlar Açısından Türk İcra ve İflâs Kanunu-İcra, C. I, Ankara 1966, s. 35; ARSLAN, Ramazan, İcra ve İflâs Hukukunda İhalelin Feshi, Ankara 1984, s. 122; YILDIRIM M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflâs Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016, s. 5; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 26; KARSLI, Adburrahim, İcra ve İflâs Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 44; ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel, İcra Dairesi Kararı, Bursa 2017, s. 104. Karş. ONAR, Siddık Sami, *İcra Hukukunda Temel Bilgiler*, İstanbul 1968, s. 35; KURU, El Kitabı, s. 83; YILMAZ, Şerh, s. 42; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 54; ÖZEKES, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*, Ankara 2009, s. 135; TANRIVER, Süha, *Konkordato Komiseri*, Ankara 1993, s. 122 ve 130; ARSLAN, Aziz Serkan, *İcra Takip İşlemleri*, Ankara 2018, s. 38-39.

<sup>24</sup> CANDAN, Turgut, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 78; GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt II, 9. Bası, Ankara 2017, s. 278; ERKUT, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara 1990, s. 10; ERKUT, Celal, “L'identification de l'acte administratif selon la recavabilité d'un recours pour excès de pouvoir” İÜHF, C. 54, S. 1-4, Y. 2011, s. 106.

<sup>25</sup> İdari işlev, bir işlemin idari işlem karakterini belirleyen organik ölçütün karşısında yer alan “fonksiyonel ölçütü” ifade eder. Organik ölçüte göre işleme, idari karakteri veren öğelerden biri de işlemin idari bir makam tarafından yapılması zorunluluğudur. Hâlbuki fonksiyonel ölçüte göre işlemin kamu kudreti kullanan bir otorite tarafından ve kamu hizmeti amacıyla tesis edilmesi idari karakteri haiz olabilmesi için yeterlidir. Bu iki nitelik işleme idari işlev niteliği kazandırdığından, işlemin de idari karakterde değerlendirilmesine olanak verir (ERKUT, Kimlik, s. 63). Bu konudaki Danıştay içtihatları için ayrıca bkz. GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 295 vd.

<sup>26</sup> İdari işlemlerin sona ermesi rejiminde sona erme tiyolojileri bulunmaktadır: Yalnızca idare tarafından yapılabilecek işlemin yürürlükten kaldırılması ve işlemin geri alınması işlemleri, yalnızca

İdare hukukuna ilişkin prensiplerin takip hukukunda kıyasen uygulanması sorunu bakımından Umar, icra işlemlerinin birer idari işlem niteliğinde olduğunu ifade etmekte; bununla birlikte idare hukukuna ilişkin prensiplerin icra işlemleri bakımından uygulanmayacağını belirtmektedir<sup>27</sup>. Buna karşılık Taşpınar Ayvaz, icra işlemlerinin geçersizlik rejimi bakımından süresiz şikâyete tabi kamu düzenini ihlali kurumunun, takip hukukunu idare hukukuna yaklaştırdığını belirtmektedir<sup>28</sup>. Esasen yazarın bu ifadeleri, idare hukukundaki geçersizlik sebeplerinden biri olan ve süresiz olarak<sup>29</sup> iptal davasının konusunu oluşturabilecek “yokluk (nullité)” şeklindeki geçersizlik türünün, icra hukuku bakımından da söz konusu olduğunu kabulü anlamına gelmektedir. Bu durumda idari işlemin geçersizlik rejimine ilişkin hükümlerin icra işlemlerine de uygulanabileceği ifade edilebilecektir.

İcranın iadesi kurumunun hukuki niteliğinin layıkıyla tespit edilebilmesi için idare hukukundaki iptal kararı sonrası idarenin gerçekleştirdiği geri alma prosedürüne müracaat etmek gerekmektedir. Zira icranın iadesinin hukuki niteliği de bir idare hukuku kurumu olan geri alma prosedüründen ibarettir. İdari yargılama hukukunda mahkemenin iptal kararıyla birlikte, iptale konu işlemin “hiç yapılmamış sayılması esası” geçerlidir<sup>30</sup>. Böylece iptal edilen hukuki işlemin bütün hukuki sonuçları geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılır<sup>31</sup>. Ne var ki birçok hâlde iptal kararıyla birlikte, kararın etkilerinin de geri alınması sonucu doğrudan ortaya çıkmaz<sup>32</sup>. İptal kararı yalnızca teorik bir etkiye sahip olup iptale konu idari iş-

kazai bir işlem olarak ortaya çıkabilecek yargısal iptal ve bu iki kategoriye girmeyen hükümsüzlük. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. BÜLBÜL, Erdoğan, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, İstanbul 2010, s. 10 vd.

İdare tarafından bir idari işlemin yürürlükten kaldırılmasında sona erme ileriye etkiliyken işlemin geri alınması geçmişe etkili bir hukuki sonuç yaratır. Bu sebeple idare tarafından yapılan “geri alma işlemi” ile yalnızca kazai merci tarafından gerçekleştirilebilecek “yargısal iptal” aynı hukuki sonucu yaratır ve işlemi yapıldığı tarihten itibaren geçersiz kılarlar (TAN, Turgut, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara 1970, s. 11).

<sup>27</sup> UMAR, İcra, s. 42.

<sup>28</sup> TAŞPINAR AYVAZ, Sema, “İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük”, Prof. Dr. Ramazan Aslan’a Armağan, C.II, Ankara 2015, s. 1542.

<sup>29</sup> Yok hükmünde olan bir idari işlemin hukuka aykırılığı ve bu aykırılıkla meydana gelen hukuki sonuçlar öylesine ağırdır ki ilgililer yok hükmündeki idari işleme karşı her zaman iptal davası açabilir (ERKUT, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İHİD, C. 9, S. 1-3, Y. 1988, s. 85).

<sup>30</sup> CHAPUS, René *Droit du contentieux administratif*, 13e édition, Paris 2008, s. 1103.

<sup>31</sup> GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Bası, Bursa 2009, s. 1002.

<sup>32</sup> Gözübüyük bu hususu değinirken idarenin müspet ve menfi kararları arasında bir ayırım yapmaktadır. Yazara göre idarenin müspet kararlarının iptaline ilişkin kararlar çoğu hâlde idare bir işlem tesis etmeksizin kendiliğinden sonuç doğurur. Gerçekten de bir memur hakkında verilen disiplin cezasının iptali kararı gibi kararlarda idarenin yeni bir işlem tesis etmesine gerek yoktur. Bir genel düzenleyici işlemin iptalinde de tereddütsüz olarak aynı kural geçerlidir. Ancak idarenin menfi bir işleminin iptalinde ise idarenin mevcut hukuki durumun iadesi için işlem tesis etme zorunluluğu ortaya çıkar. Zira bu durumda iptal kararına konu olan idari işlem, idarenin ilgilinin talebine ilişkin ret kararıdır (GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Yönetmelik Yargı*, 19. Bası, Ankara 2004, s. 251-252).



lemle ortaya çıkan sonuçların hukuki sebebinin bertarafını sağlar. İptal kararının gerçek anlamda geçmişe etkili sonuç doğurabilmesi için idarenin karara uygun olarak belirli geri alma işlemlerini gerçekleştirmesi gerekir. Bu işlemlerin amacıysa, davacı hukuk süjesinin iptal edilen işlem öncesi hukuki durumunun tesis edilebilmesidir<sup>33</sup>. Ancak bu şekilde davacı hukuk süjesinin iptal kararıyla etkilenen hukuki durumu, iptal kararından önceki hâle iade edilebilir<sup>34</sup>.

Kanaatimizce idari yargılama hukukundaki iptal davaları için geçerli olan bu esaslar, icranın iadesi kurumunun da temelini oluşturmaktadır. Nasıl ki idari yargılama hukukunda idari işlemin iptaliyle birlikte bu işlemin meydana getirdiği hukuki sonuç, dayanaksız kaldığı için iade edilmek zorundaysa<sup>35</sup>; kanun yolu mahkemesi tarafından ilamın hukuka aykırılığı tespit edilip derece mahkemesi tarafından bu tespite uygun yeni bir karar verilmesi durumunda, eski ilama dayalı olarak başlatılan haksız takibin sonuçları da iade edilmelidir. Bu takip, temelini oluşturan ilamın hukuka aykırı olmasından dolayı, baştan itibaren dayanaksızdır. Artık hukuka aykırı takibin sonuçları, işlemleri teknik anlamda birer idari işlem olan icra dairesi tarafından geri alınmalıdır. İşte kanun koyucu bu geri alma prosedürünü İİK m.40/f.II hükmünde açıkça düzenlemektedir. Bu düzenlemenin teorik kaynağıysa idari yargılama hukukundaki iptal davasına ilişkin prensiplerdir<sup>36</sup>. Nitekim icranın iadesinin bir geri alma prosedürü olması, kurumun yukarıda zikredilen amacı eski hale iadeyle doğrudan bağlantılıdır. Şüphesiz icranın iadesinin eski hâle iadeyi sağlama amacıyla bağlantılı olan geri alma prosedürü şeklindeki hukuki niteliği, kurumun hukuki sonuçlarının da bu çerçevede tartışılmasını zorunlu kılmaktadır.

<sup>33</sup> ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 1998. Chapus bu hususu, geçmiş hukuki durumun yeniden inşası olarak kavramsallaştırmaktadır (CHAPUS, s. 1122 vd.).

<sup>34</sup> Bu duruma örnek olarak memurların görevden uzaklaştırılmasına ilişkin idari işlemler verilebilir. Şayet ilgili idari işlem iptal edilirse memurun görev başında geçmediği süre boyunca yararlanmadığı mali haklar idare tarafından iade edileceği gibi hizmet rejimine ilişkin terfi gibi hakları bakımından idare tarafından işlem tesis edilmesi zaruridir. Bu konuda bkz. ULUER, Yıldırım, *İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları*, Ankara 1970, s. 31 vd.; CHAPUS, s. 1123 vd.

<sup>35</sup> GÖZÜBÜYÜK/TAN, s. 573.

<sup>36</sup> 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda idare hukukunda idari işlemin geçersiz sayılmasına ilişkin prensiplerin açıkça düzenlendiği tek hâl icranın iadesi değildir. Öyle ki Kanun'un paraya çevirmeye ilişkin düzenlemelerinde bir icra işlemi olan "ihale" işleminin belirli şartlar altında icra dairesi tarafından geri alınacağı düzenlenmektedir. Buna göre mal kendisine ihale edilen alıcıya satış bedelini ödemesi icra dairesi tarafından taşınır satışı için yedi gün, taşınmaz satışı için on günlük süre verilir ve bu süre sonunda alıcı tarafından satış bedeli ödenmezse ihale icra dairesi tarafından kaldırılır (İİK m.118, m.130 ve m.138). Her ne kadar İİK m.133 hükmünde ihale işleminin "kaldırılacağı" ifade edilmişse de bu ifade teknik anlamda doğru değildir. Zira bu hâlde ihale işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar (ARSLAN, İhale, s. 56). Bu durumda ihale işlemi hiç gerçekleşmemiş olur. Kanun belirli hâllerde idare hukukuna ilişkin bu prensipleri açıkça düzenleme gereği duymuştur. Şüphesiz bu şekildeki düzenlemeler idare hukukuna ilişkin prensiplerin takip hukuku bakımından uygulanması fikrine de pozitif temel teşkil etmektedir.

### 3. İcranın İadesinin Bir Geri Alma Prosedürü Olmasının Sonuçları

#### A. Genel Olarak

İcranın iadesinin hukuki niteliği konusundaki görüş farklılıkları, uygulanacak hükümler konusunda da farklı sonuçlara varılmasına sebep olmaktadır. İcranın iadesi bakımından uygulanacak hükümlerin bu kadar tartışılmasının temelinde 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'ndaki düzenlemelerin kapsamlı olmaması yatmaktadır. Gerçekten Kanun'daki düzenleme takibe dayanak oluşturan ilamın şekli anlamda kesinleşmiş yeni bir kararla hukuka aykırı hâle gelmesiyle icranın iade olunacağına ilişkindir. Bunun dışında doktrinde ve uygulamada tartışılan hususlara ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Kanun'da bunlara ilişkin düzenlemelerin olmaması, kurumun hukuki niteliği üzerinden ilgili sorunlar bakımından uygulanacak prensiplerin veya normların tespitine engel değildir.

İcranın iadesi prosedürüne uygulanacak hükümler bakımından değerlendirilmesi gereken üç sorun mevcuttur. İlk sorun icra dairesinin icranın iadesi için re'sen karar alıp iadeyi sağlayabilme imkânının mevcudiyetidir. Bunun dışında icranın iadesinin tabi olduğu süre de icranın iadesinin hukuki niteliğiyle bağlantılı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Nihayet tartışılması gereken diğer bir noktaysa doktrin ve uygulamada hâlen ihtilafli bulunan, iade alacağı için işletilecek faizin başlayacağı tarihtir.

#### B. İcranın İadesi Kararının İcra Dairesince Re'sen Alınma İmkânı

İcranın iadesi kararının icra dairesi tarafından re'sen alınabilme imkânının mevcut olup olmadığı doktrin ve Yargıtay tarafından üzerinde durulan bir konu olmamıştır. Doktrinde çoğunlukla icranın iadesinin mümkün olduğu hâllerde borçlunun sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı iadeye yönelik dava açıp açamayacağı tartışılmaktadır<sup>37</sup>. Buna karşın Yargıtay, icranın iadesine ilişkin prosedürün ancak borçlunun bu yöndeki talebini icra dairesine ibraz etmekle başlayacağını kabul etmektedir<sup>38</sup>. İcra dairesi tarafından icranın iadesine re'sen karar verilip verilemeyeceği hususunda doktrinde tartışmanın olmamasının sebebi tasarruf ilkesidir. Tasarruf ilkesi, medeni usul hukukunun yanında takip hukukunda da uygulanır<sup>39</sup>. Gerçekten de ilk bakışta icranın iadesi prosedürünün başlayabilmesi

<sup>37</sup> Borçlunun ayrıca sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir iade talebiyle dava açmasında hukuki yararı olmadığı konusunda bkz. KURU, El Kitabı, s. 931; UYAR, İlamlı Takipler, s. 524; TANRIVER, İlamlı İcra, s. 184; MUŞUL, İcra, s. 954; TAŞPINAR AYVAZ, İcranın İadesi, s. 394; AKKAYA, s. 693; ARSLAN, İcranın İadesi, s. 14.

<sup>38</sup> "... Somut uyumsuzlukta; dava konusu para, davacıdan ilama dayalı olarak icra marifetiyle tahsil edildiğine göre bu durumda davacının dava açmasına veya takip yapmasına gerek olmaksızın ilgili icra müdürlüğüne müracaatla icranın eski haline getirilmesini **talep etmesi yeterli ve gerekli olup**, bu nedenle açtığı işbu davada hukuki yararı bulunmamaktadır..." Yargıtay 3. HD, T. 05.12.2019, E. 2019/1264, K. 2019/9753. Aynı yönde bkz. Yargıtay 11.HD, T. 29.4.2019, E. 2018/1704, K. 2019/3217.

<sup>39</sup> YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 4.

için borçlu tarafından ileri sürülen bir talebin varlığı takip hukuku prensiplerine uygun gözükmemektedir. Zira icranın iadesi bir yönüyle hukuki çare niteliğindedir. Hukuki çareler ise ancak ilgilinin talebi üzerine işlerlik kazanır<sup>40</sup>. Öyle ki bu kuralın istisnası niteliğinde olan re'sen harekete geçme ilkesi, çoğunlukla aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda ve istisnai hâllerde uygulanmaktadır<sup>41</sup>.

Yukarıda zikredildiği üzere icranın iadesi, Kanun tarafından açıkça düzenlenmiş bir geri alma prosedürüdür. Bu prosedürün taleple de işlerlik kazanması ve borçluyu haksız takibin sonuçlarından korumaya çalışması, icranın iadesi kurumunun çare karakterine sahip olduğunu gösterir. Ancak icranın iadesi, geri alma prosedürü olmakla, Kanunda icra dairesine tanınmış bir görev ve yetki karakterini taşımaktadır<sup>42</sup>. Bu sebeple icranın iadesi kurumu, yalnızca bir hukuki çare olarak değerlendirilemez.

Bununla bağlantılı olarak icranın iadesi prosedürünün ne şekilde cereyan ettiği nin incelenmesi gerekmektedir. İcranın iadesi, alacaklının ilamlı takip başlattığı aynı dosya üzerinden<sup>43</sup> ve alacaklıya iadeye ilişkin bir muhtıra gönderilmesi suretiyle gerçekleşir<sup>44</sup>. İadenin aynı dosya üzerinden gerçekleşmesiyle esasen lehine iade gerçekleşen kişi, önceki takibin borçlusudur. Başka bir deyişle icranın iadesi prosedürünün başlamasıyla borçlu, takip alacaklısı sıfatını haiz olmaz. Hâlbuki tasarruf prensibi hukuk süjesinin hakkı üzerindeki hâkimiyetinden kaynaklanır<sup>45</sup>. İcranın iadesinin şartları oluştuğu anda ise icra dairesi alacaklıya icra emri değil; iadeye ilişkin bir muhtıra göndermektedir<sup>46</sup>. Burada yalnızca sebepsiz zenginleşmeye benzer şekilde malvarlığı hukuka aykırı surette azalan iade alacaklısının iade talebi söz konusu değildir. Borçlunun malvarlığı cebri icra prosedürü sonucunda azalmakta; iadenin şartlarıysa

<sup>40</sup> MERİÇ, Nedim, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Ankara 2011, s. 91.

<sup>41</sup> TANRIVER, Süha, *Türk Aile Mahkemeleri*, Ankara 2014, s. 71.

<sup>42</sup> "... Aynı Kanunun "İcranın İadesi" başlıklı 40/2. maddesi, "bir ilâm hükmü icra edildikten sonra bölge adliye mahkemesince kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilir ya da Yargıtayca bozulup da aleyhine icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilâmle tahakkuk ederse, ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski hâline iade olunur". hükmünü içermektedir. **Açıktır ki, burada, icra müdürüne kanun tarafından verilmiş, özel bir görev ve daha da önemlisi cebri icra gücünün kullanılması kapsamındaki bir yetki söz konusudur.** İcra Müdürü, dayanağı ve şekli ne olursa olsun, girişilmiş bir icra takibinde, borçludan tahsil edilen paranın, tahsili gerekenden daha fazla olduğunu hesap sonucunda belirlediği durumlarda, cebri icra gücünü kullanarak, fazla tahsilatı borçluya geri verecektir..." Yargıtay HGK, T. 22.6.2011, E. 2011/367 K. 2011/439.

<sup>43</sup> "... İlk'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca; ödenen paranın, **aynı takip dosyasından** istenmesi gerekmekte olup, iadesi gereken para yönünden ayrı bir takip yapılmasında alacaklının hukuki yararı bulunmadığı hususunun re'sen dikkate alınması gerekir..." Yargıtay 12.HD, T. 27.9.2018, E. 2018/3755, K. 2018/8831.

<sup>44</sup> MUŞUL, İcra, s. 953; TAŞPINAR AYVAZ, İade, s. 394.

<sup>45</sup> Nitekim usuli talebin niteliği ve kapsamı itibarıyla maddi talebi de içine alması talep sonucuyla maddi hukuktaki hakkın bağlantısını kuvvetlendirmektedir. Bu yönüyle tasarruf ilkesi de hem usuli talebi hem de maddi talebi kapsamakta ve niteliği gereği maddi hukukla bağlantılı hâle gelmektedir. Bu konuda bkz. MERİÇ, s. 111.

<sup>46</sup> TAŞPINAR AYVAZ, İade, s. 394.

takibin dayanağı olan ilamın açıkça hukuka aykırı olduğunun tespit edildiği anda gerçekleşmektedir. Malvarlığının cebri icra marifetiyle azaltılmasıyla ve iade şartlarının gerçekleşmesiyle birlikte, takip hukuku karakteri taşıyan bir iade hakkı doğmaktadır.

İade hakkı, karakter olarak, kamusal bir hak niteliğindedir. Zira iade hakkı takip hukuku kuralları çerçevesinde, İİK m.40/f.II hükmüne göre doğar<sup>47</sup>. Aynı anda özel hukuk kaynaklı bir iade alacağının doğup doğmayacağı tartışmasını da bu bağlamda değerlendirmek gerekmektedir. İİK m.40/f.II hükmü kapsamında doğan iade hakkının şartlarıyla sebepsiz zenginleşmeden doğan iade alacağının şartları, aynı anda gerçekleşmiş olabilir. Gerçekten de haksız ilamlı takibin bir para alacağına yahut taşınır teslimine hasredildiği durumlarda, borçlu tarafından paranın ödenmesi veya taşınırın teslim edilmesiyle takip borçlusu aynı zamanda sebepsiz zenginleşme kaynaklı bir iade alacağına sahip olur<sup>48</sup>. Ancak bu husus, İİK m.40/f.II çerçevesinde doğan iade hakkı ile sebepsiz zenginleşmeden doğan iade alacağının, birlikte değerlendirilmesine imkân vermez<sup>49</sup>. Zira iade hakkı, takip hukukuna özgü kamusal bir hak karakterindedir. Öyle ki iade hakkının gerçekleştirilebilmesinin çerçevesi medeni usul ve takip hukuku kurallarına göre belirlenir. Burada sebepsiz zenginleşme hükümlerine yer yoktur<sup>50</sup>. Borçlunun malvarlığının önceki ve sonraki

<sup>47</sup> Yargıtay açıkça "iade hakkı" kavramını kullanmamakla beraber bazı kararlarında İİK m.40/f.II hükümlerine göre gerçekleşen iadenin açık bir takip hukuku kurumu olduğunu vurgulamaktadır: "... İİK'nın 40/f-II. maddesinde düzenlenen icranın iadesi prosedürü bir ilama dayanılarak takip borçlusundan alınıp takip alacaklısına ödenen tutarın takip dayanağı ilamın bozulması ve takip konusu alacağın haksızlığının daha sonra kurulup kesinleşen bir hükümlerle saptanması halinde ayrıca hükme hacet kalmaksızın takip alacaklısından icra dairesi marifetiyle ve gereğinde cebri icra yoluyla geri alınıp takip borçlusuna **iadesini temine matuf bir takip hukuku yöntemidir...**" Yargıtay 11. HD., T. 22.11.1990, E. 1989/6774, K. 1990/7483.

<sup>48</sup> Burada sebepsiz zenginleşmenin, zenginleşme, zenginleşmenin geçerli bir sebebe dayanmaması ve fakirleşme koşullarının tümü gerçekleşmektedir. Sebepsiz zenginleşmenin koşulları için bkz. ÖZ, Turgut, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul 1990, s. 22 vd.

<sup>49</sup> KURU, Şerh, s. 2242; UYAR, Bozma, s. 40; Aksi kanaatte bkz. ANTALYA, s. 583; OLGAC, Senai, *İcra-İflâs*, C. I, Ankara 1978, s. 290.

<sup>50</sup> Öz, iadenin Kanunda ayrıca düzenlendiği hâllerde, sebepsiz zenginleşmenin ancak ilgili hükmün kapsamının dışında kalan iade alacağı bakımından uygulanabileceğini belirtmektedir (ÖZ, s. 74-75). İcranın iadesi ise takip hukuku prosedürü içerisinde iadeye ilişkin olarak düzenlenmiş özel bir iade prosedürüdür. Bu hâlde icranın iadesi bakımından da sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ifade eden görüş bir anlığına kabul edildiğinde dahi, buradaki uygulamanın doğrudan değil ancak kıyasen olabileceği düşünülecektir. Ancak Türk Borçlar Kanunu da dahil olmak üzere herhangi bir özel hukuk mevzuatının takip hukuku kurumları bakımından kıyasen uygulanmasının önünde başka bir sorun daha bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nu ve diğer özel hukuk mevzuatının, kıyasen uygulanmasına salık veren düzenleme esasen 4721 sayılı TMK m.5 hükmüdür. Hükme göre Türk Medeni Kanunu'nun ve Türk Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde **özel hukuk ilişkilerine** kıyasen uygulanacaktır. Ancak her ne kadar özel hukuk kaynaklı hakların yerine getirilmesini düzenlese de takibe ilişkin kurumlar kamu hukuku karakterlidir (YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 5). Zira takibin hukukun temelinde zorlayıcı karakter ve tek yanlı karakteri haiz cebri icra işlemleri bulunmaktadır. Bu hâlde sebepsiz zenginleşme de dâhil olmak üzere, Türk Borçlar Kanunu'nun hiçbir hükmü kanaatimizce takip hukuku kurumlarına kıyasen dahi uygulanamaz.

durumu hiçbir şekilde dikkate alınmaksızın takibin hukuka aykırı oluşunun kesin olarak tespit edilmesi, icranın iadesinin tek koşulu olarak ortaya çıkar. Ayrıca belirtmek gerekir ki iade hakkının mevcut olduğu her durumda sebepsiz zenginleşme kaynaklı bir iade alacağı da mevcut değildir. Zira icranın durması ve icranın iadesini düzenleyen İİK m.40 hükmü, bütün ilamlı takip türleri bakımından ortak olarak uygulanır<sup>51</sup>. Örneğin tahliyeyi içeren ilamlar bakımından da şartların oluşmasıyla da İİK m.40/f.II hükmü uygulanacak ve icra iade edilecektir<sup>52</sup>. Hâlbuki bu hâlde sebepsiz zenginleşmenin şartlarının gerçekleştiğinden söz edilemez.

Hukuka aykırı ilama dayanılarak başlatılan takip, bu hukuka aykırılık sonradan anlaşılabilir olsa bile kamu düzenini ihlal eder. Bu husus, ilamla takip arasındaki sıkı bağlantının ve ilamlı takipte, borçlunun itiraz gibi takibi durdurucu etkiye sahip muhalefet imkânlarından yoksun olmasının doğal sonucudur. Nasıl ki ilama aykırı surette düzenlenmiş bir icra emri veya ilama dayanmayan bir ilamlı takip, kamu düzenini ihlal etmekteyse; hiçbir itiraz imkânına sahip olmadığı haksız takip sebebiyle borçlunun malvarlığının azaltılması da kamu düzenini ihlal eder. Böylelikle iade hakkı, hukuka aykırı takiple oluşan kamu düzenine aykırı sonucun geri alınmasını içeren kamusal bir hak olarak tanımlanabilir.

Özetleyecek olursak iade hakkı, sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade alacağının aksine özel hukuk değil; ancak kamu hukuku karakterlidir. Bunun dışında iade hakkı, yalnızca ilamlı takibin borçlusunun hukuka aykırı surette azalan malvarlığının denkleştirilmesini konu almaz. Aynı zamanda ilam ve ilamlı takip arasındaki sıkı bağlantı sebebiyle kamu düzenini ihlal eden sonucun geri alınması temeline de dayanır. İade hakkının karakteri ve konusuysa takip hukukunda da geçerli olan tasarruf ilkesinin mutlak biçimde uygulanmasının önüne geçer. Bu durumda kamu hukuku karakterli olan ve kamu düzenine aykırılığı gidermeyi amaçlayan iade hakkı, icra dairesi tarafından re'sen de gerçekleştirilebilecektir.

### C. İcranın İadesi Talebi ve Kararının Bağlı Olduğu Süre

İcranın iadesi hem bir geri alma prosedürü hem de bir hukuki çare karakterindedir. Böylelikle icranın iadesi, borçlu tarafından da talep edilebileceği gibi icra dairesince de re'sen iade kararı alınabilir. Bu hâlde icranın iadesinin tabi

<sup>51</sup> YILMAZ, Şerh, s. 230.

<sup>52</sup> "... İİK'nin 40/2 maddesindeki düzenleme uyarınca bir ilam hükmü icra edildikten sonra Bölge Adliye Mahkemesince kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilir yada Yargıtay'ca bozulup da aleyhine icra takibi yapılmış olan kimsenin hiç veya o kadar borcu olmadığı kesin bir ilamla tahakkuk ederse ayrıca hükme hacet kalmaksızın icra tamamen veya kısmen eski haline iade olunur. Yukarıda anlatılanların ışığında somut olaya gelince; itirazın kaldırılması ve tahliye istemli uyuşmazlıkta mahkemenin, dairesinin kararın tahliyeye ilişkin kısmının bozulmasından önce mahkemece 17.04.2013 tarihli karar ile kiralananın tahliyesine karar verildiği söz konusu kararın icraya konularak 27.05.2013 tarihinde tahliyenin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. **Ancak tahliye kararının bozulmasıyla İİK'nin 40. Maddesi uyarınca icranın iade edilerek kiralanan kiracı davalıya iade edilebileceğinden...**" Yargıtay 6.HD, T. 19.12.2016, E. 2016/154, K. 2016/7610.

olduğu süre hem borçlunun talebi hem de icra dairesince re'sen alınacak iadeye ilişkin karar bakımından değerlendirilmelidir. Doktrin deyse icranın iadesine talep üzerine karar verilebileceği ifade edildiğinden, icranın iadesine ilişkin süre yalnızca borçlunun buna yönelik talebi için değerlendirilmiştir.

Doktrindeki çoğunluk görüşüne göre icranın iadesi talebinin tabi olduğu süre, hukuki nitelik olarak bir zamanaşımı süresidir<sup>53</sup>. Yargıtay da aynı kanaati taşımaktadır<sup>54</sup>. Doktrindeki temel ayrılık Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin uygulanacak hükümlerine ilişkindir.

İcranın iadesinin hukuki temelini, borçlar hukukunun sebepsiz zenginleşme kurumu üzerinden açıklayan görüşe göre; iade talebi için sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade talebine ilişkin zamanaşımı hükümleri uygulanır (TBK m.82)<sup>55</sup>. İlgili hükümler icranın iadesine ilişkin talep hakkına uygulandığında, borçlunun takip konusu ilamın kesin bir şekilde ortadan kalktığını öğrendiği tarihten iki yıl içinde iade talebinde bulunması gerekecektir (TBK m.82/f.I).

Kanunda iade talebine ilişkin hiçbir hüküm bulunmamasından hareket eden diğer görüşse iade talebi için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanamayacağını; ancak bu hâlde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel zamanaşımı süresi olan on yıllık sürenin, iade talebi bakımından cari olduğunu belirtmektedir (TBK m.146)<sup>56</sup>. Başka bir görüşse Kanun'da icranın iadesi kurumu bakımından herhangi bir düzenleme getirilmemesinin, bir bilinçli kanun boşluğu anlamına geldiğini kabul ederek iade talebinin herhangi bir süreye tabi olmadığını ifade etmektedir<sup>57</sup>.

İcranın iadesi talebi bakımından söz konusu olan sürenin tespit edilebilmesi için öncelikle bu sürenin hukuki niteliği değerlendirilmelidir. Zira ancak bu sürenin hukuki niteliği tespit edildikten sonra iade talebi ve iade kararına ilişkin olarak bir hükmün kıyasen uygulanması gündeme gelebilir. Doktrinde çoğunluk görüşü iade talebi ve kararı bakımından söz konusu sürenin zamanaşımı süresi olduğunu ifade etmekle birlikte uygulanacak zamanaşımı süresinin niteliği tartışmalıdır. Bu hususta sürenin konusu olan talebin ve kararın hukuki niteliğine

<sup>53</sup> SEVİÇ, s. 114; ANTALYA, s. 583; TANRIVER, İlamlı İcra, s. 187; TANRIVER, İcranın İadesi, s. 294; AKKAYA, s. 693; ARSLAN, İcranın İadesi, s. 105; ÇELİK, s. 148; KAÇAK, Nazif, İlamlı İcra, 2. Bası, Ankara 2007, s. 550.

<sup>54</sup> "... Davacı belediye ile davalı şirket icra takibinin borçluları olup aralarında sözleşmeden veya kanundan doğan müteselsil borçluluk durumunun bulunmadığı mahkeme kararıyla sabittir. Adı geçen taraflar arasında müteselsil borçluluk durumu mevcut olmadığından ve davalı belediye icra dosyasına yapmış olduğu ödemeyi **icranın iadesini isteyerek zamanaşımı süresince** her zaman geri alabileceğinden..." Yargıtay 15.HD, T. 3.12.2015, E. 2015/3779, K. 2015/6154.

<sup>55</sup> ANTALYA, s. 583 vd.; SEVİÇ, s. 114; KAÇAK, s. 550.

<sup>56</sup> TANRIVER, İlamlı İcra, s. 187; TANRIVER, İcranın İadesi, s. 294; TAŞPINAR AYVAZ, İade, s. 395; AKKAYA, s. 693; ARSLAN, İcranın İadesi, s. 105; ÇELİK, s. 148.

<sup>57</sup> UYAR, Bozma, s. 40; UYAR, İlamlı Takipler, s. 527.

dikkat edilmelidir. Hangi görüş çerçevesinde değerlendirilirse değerlendirilsin icranın iadesine ilişkin talebin, icra hukukuna ilişkin bir talep olduğu konusunda tereddüt yoktur. Zira borçlu, sebepsiz zenginleşmeden doğan bir iade alacağına istinaden mahkemeden talepte bulunmamaktadır. İade talebi, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerinden doğmakta olup nitelik olarak takip hukukuna ilişkin bir talep karakterini haizdir. Başka bir ifadeyle sürenin konusu bir alacak hakkı değil; aksine takip hukukuna özgü bir taleptir. Hâlbuki zamanaşımı süresinin konusunu sadece alacak hakkı oluşturabilir<sup>58</sup>. Usuli talepler veya takip hukuku karakteri taşıyan talepler için zamanaşımı süresinin işleminin imkânı bulunmamaktadır<sup>59</sup>. Usul hukuku<sup>60</sup> ve takip hukuku<sup>61</sup> bakımından bir hakkı sona erdiren süre, hak düşürücü süreden başka bir karakter taşıyamaz.

Bu hâlde icranın iadesi talebi ve kararının tabî olacağı süre, bu sürenin sonucunda iade hakkının ortadan kalkması sonucu meydana geleceği için, bir hak düşürücü süre niteliğinde olacaktır. Zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hukuki niteliği ise birbirinden tamamen farklıdır<sup>62</sup>. Zamanaşımına ilişkin prensipler

<sup>58</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, C. I, İstanbul 1976, s. 1233; ERDEM, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul 2010, s. 15; WYSS, Jean Albert, "Quelques Problemes de p r emption et de prescription", *JdT* 1973 I 258 (*JdT* 1973), s. 258; ÖZKAYA, Eraslan, * zel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü S reler*, Ankara 2012, s. 186; ERGENEKON, Yılmaz, *Türk Borçlar Hukukunda Müruru Zaman'ın Kat'i*, Ankara 1960, s. 7; TERCİER, Pierre/PİCHON-NAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016, s. 483.

<sup>59</sup> Bu konuda bkz. TOK, Ozan, "Zamanaşımı Def'inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı  er evesinde Sınırlandırılması", *MÜHF-HAD*, İstanbul 2015, C. 21, S. 1, s. 252 vd.

<sup>60</sup> Nitekim usul hukukundaki düzenlenen "kesin süreler" olarak hak düşürücü süre karakterini haizdir. Medeni usul hukukundaki kesin sürelerle ilgili olarak bkz. EJDER, Yılmaz "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda S reler", *Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8,  zel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkililer'e Armağan), Y. 2013, s. 3172 vd.

<sup>61</sup> Takip hukukunda icra ve iflâs daireleri için  ng r lm ş olan süreler hak düşürücü süre karakterinde değildir. Ancak taraflar için getirilmiş olan s relerin büyük bölümü hak düşürücü süre karakterindedir. Örneğin Şikâyet yoluna müracaat, itirazın kaldırılmasını veya iptalini talep etme, haciz ve satış isteme süreleri gibi bütün süreler hak düşürücü karakteri haizdir. Bu konuda bkz. UYAR, Talih, *İcra Hukukunda S reler*, TBB Dergisi, S. 55, Y. 2004, s. 256.

<sup>62</sup> Karş. SEROZAN, RONA, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 424, dn. 21. Yazar, zamanaşımı süresi ile hak düşürücü süre arasında herhangi bir nitelik farkı olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre iki süre arasındaki fark nitelikten ziyade nicelik bakımından ortaya çıkar. Öyle ki zamanaşımı süreleri alacaklının haktan daha fazla istifade etmesi gereken hâlleri içerdiği için hak düşürücü süreye göre daha uzundur. Bunun dışında yalnızca hak düşürücü s relerin kamu düzenini veya kamu yararını koruma amacı taşıdığı kanısı da yanlıştır. Zira zamanaşımı süresi de benzeri amaçları bünyesinde barındırır. Yazar, hak düşürücü sürenin mahkemeye re'sen dikkate alınması ancak zamanaşımı süresinin bir def'i yoluyla ileri sürüldüğü için hâkim tarafından re'sen dikkate alınamamasının, iki kurum arasında önemli bir farka yol açmayacağını belirtmektedir. Zira medeni usul hukukundaki tasarruf ilkesi gereği, davalı hak düşürücü süreden feragat ederek, davacının talebinin mahkeme tarafından görülmesini sağlayabilir (SEROZAN, s. 424-425, dn. 21). Belirtmek gerekir ki taraflar ancak üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hususlar bakımından usulii işlem veya takip işlemi yapabilirler. Özel hukuktaki hak düşürücü s relerden farklı olarak medeni usul hukuku ve takip hukukundaki hak düşürücü süreler, kamu yararı veya kamu düzenini koruma m lahazalarıyla tesis edilmiştir. Örneğin takip hukuku bakımından

hak düşürücü süreler bakımından kıyasen dahi uygulama alanı bulamazlar<sup>63</sup>. Hâl böyleyken bir takip hukuku talebi karakterindeki icranın iadesi talebi ve kararı için, özel hukuk kurumu olan ve alacak haklarını konu alan zamanaşımı süresine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir.

İcranın iadesiyle ilgili Kanunda herhangi bir süre öngörülmediği için iade talebinin süreye tabi olmadığını ifade eden görüşse, alacaklının hukuki durumunun belirsizleşmesine neden olabilir. O hâlde icranın iadesi talebi veya icranın iadesi kararı bakımından bir hak düşürücü sürenin söz konusu olması, gerek alacaklının hukuk alanının belirgin kılınması gerekse de icra organlarının görevlerini layıkıyla yerine getirilmesi bakımından zorunludur.

İcra ve İflâs Kanunu'nun hükümleri değerlendirildiğinde ihalenin feshini düzenleyen İİK m.134/f.VII hükmündeki bir yıllık üst sürenin, borçlunun iade talebi veya icra dairesinin iade kararı bakımından da uygulanması gerektiği düşünülebilir. İlgili hükme göre ihale işlemi, herhâlde ihale tarihinden itibaren bir yıl içinde kesinleşmektedir (İİK m.134/f.VII). Bir yıllık sürenin temelinde ise ihaleye ve takip prosedürüne olan güveni sağlamak yatar<sup>64</sup>. Nitekim bir yıllık süreyi düzenleyen İİK m.134/f.VII hükmünün, takibe olan güveni tesis ederek hukuki istikrarı sağlamak için yaptırım süresiz şikâyet olan kamu düzenine aykırı icra işlemleri bakımından da uygulanması gerektiği ifade edilmektedir<sup>65</sup>. Bu durumda hukuki istikrar ilkesi gereği, kamu düzenine aykırı icra işlemlerine karşı takibin sona ermesinden itibaren en geç bir yıl içinde şikâyet yoluna müracaat edebilecektir<sup>66</sup>. Kanaatimizce aynı gerekçeyle İİK m.134/f.VII hükmünde düzenlenen bir yıllık süre, icranın iadesi talebi ve icranın iadesi kararı için de söz konusu olmalıdır. Zira ilgili hüküm, ihale ile sonuna gelmiş bir takibin, ihalenin feshi yargılamasında yeniden muhakeme edilmesi için nihai süre sınırını belirlemektedir. İcra ve İflâs Kanunu'nun sistematik yorumu yapıldığında sona eren bir takibe ilişkin işlemlerle alakalı olarak yeniden muhakeme ve icra işlemi gerçekleştirilebilmesi için tek süre, İİK m.134/f.VII hükmüyle tesis edilmiştir. İcranın iadesinin şartlarının gerçekleşmesiyle alacaklının başlatmış olduğu ilamlı takip *ipso iure* sona

haciz veya satış isteme süresini geçiren alacaklının bunlara yönelik talebi icra dairesi tarafından reddedilir. Bu durumda borçlu, ilgili taleplere rıza gösterse dahi icra dairesi bu talepleri reddetmek zorundadır. Zira buradaki süreler yalnızca borçlunun hukuki durumundaki muğlaklığı engellemek amacıyla değil; aynı zamanda adli teşkilatın bir parçası olan icra dairesinin, faaliyetlerini layıkıyla yerine getirebilmesi için tesis edilmiştir. Benzer örnekler birçok usul ve takip hukuku kurumu için verilebilir.

<sup>63</sup> VIONNET, Guillaume, *L'Exercice des droits formateurs*, Zürih 2008, s. 297; TUNÇOMAĞ, s. 1235; ERDEM, s. 28.

<sup>64</sup> ARSLAN, *İhale*, s. 171; MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara 2016, s. 447.

<sup>65</sup> BELGESAY, Mustafa Reşit, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 1, İstanbul 1958, s. 61; POSTACIOĞLU, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982, s. 67-68; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 152.

<sup>66</sup> UYAR/UYAR/UYAR, s. 380.



ermekte ve aynı dosya üzerinden iade gerçekleşmektedir. Başka bir deyişle iade, takibin sona erdiğinin kesin bir şekilde tespit edilmesiyle gerçekleşir. O hâlde iade talebi ve iade kararı için söz konusu olacak bir yıllık hak düşürücü süre, icranın iadesinin şartlarının oluştuğu; buna göre ilamlı takibe dayanak oluşturan ilamı ortadan kaldıran yeni ilamın kesinleştiği tarihten başlayacaktır.

## D. İade Alacağı İçin Faizin İşleyeceği Tarih

İade hakkının konusunu belirli bir miktar paranın oluşturduğu durumlarda, iade alacağına ilişkin faizin hangi tarihten itibaren işleyeceği önemli bir sorun olarak ortaya çıkar. Doktrinde konuyla ilgili üç görüş mevcuttur. Yargıtay'ın ise bu konuda istikrarlı içtihatları bulunmamaktadır.

Bir görüşe göre, faiz alacağı yeni yargılamada verilen kararın (ilamın) kesinleşmesiyle birlikte muaccel olur ve bu tarihten itibaren işlemeye başlar<sup>67</sup>. Diğer bir görüşe göre ise İİK m.40/f.II hükmünde icra dairesine faiz hesaplama yetkisi verilmediği için icra dairesinin faiz hesaplama yetkisi bulunduğu şüphelidir<sup>68</sup>. Bu durumda borçlunun kendisi tarafından ödemenin gerçekleştiği veya mahcuz mallarının paraya çevrilerek alacaklıya ödendiği tarihten itibaren meydana gelen zararı için dava açması gerekmektedir<sup>69</sup>.

Doktrinde diğer bir görüşe, faizin icra dairesi tarafından alacaklıya gönderilen muhtıranın tebliğinden itibaren başlayacağını ifade etmektedir<sup>70</sup>. Esasen bu görüş, icranın iadesi kurumu bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasını savunan görüşle de tutarlıdır<sup>71</sup>. Zira bu hâlde takip alacaklısı, yeniden yapılan yargılama sonundan verilen karar kesinleşene kadar sebepsiz zenginleştiği kesinleşmediğinden iyi niyetli zenginleşen konumundadır. Kanuna göre iyi niyetli zenginleşenin temerrüde düşmesi için kendisine ihtar gönderilmesi şarttır (TBK m.117/f.II). Bu hâlde alacaklı ancak kendisine muhtıra gönderildiği tarihten itibaren temerrüt faizi ödemekle yükümlü olacaktır.

Yargıtay önceki kararlarında, faizin yeniden yapılan yargılama sonucunda verilen kararın kesinleşmesiyle başlayacağını ifade etmekteydi<sup>72</sup>. Yüksek Mahke-

<sup>67</sup> YILMAZ, Şerh, s. 233; UYAR, İlamlı Takipler, s. 527.

<sup>68</sup> KURU, Şerh, s. 2246.

<sup>69</sup> KURU, Şerh, s. 2246; MUŞUL, İcra, s. 951; TAŞPINAR AYVAZ, İade, s. 394; AKKAYA, s. 694.

<sup>70</sup> YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 316; ÇELİK, s. 147.

<sup>71</sup> ANTALYA, s. 583; SEVİĞ, s. 114; KAÇAK, s. 550.

<sup>72</sup> "... Olayda davalı ilama dayalı olarak alacağı tahsil etmiş, ilam Yargıtay tarafından bozulmakla bozma uyarınca verilen ikinci kararla alacak yeniden belirlenmiş, **yeni kararın kesinleşmesi üzerine** davacının fazla ödediği saptanmıştır. Bu tarih itibarıyla **davacı alacağı muaccel hâle gelmiştir** (İİK m.40). O nedenle alacağı bu tarih itibarıyla faiz başlatılması gerekirken ödeme tarihinden itibaren faiz yürütülmesi usul ve yasaya uygun görülmemiştir..." Yargıtay 3.HD, T. 14.03.2013, 2364/4881 (YILMAZ, Şerh, s. 234). Aynı yönde eski tarihli bir karar için bkz. Yargıtay 19.HD, T. 31.3.1995, E. 1994/6911, K. 1995/3048.

me, yeni tarihli kararlarında ise iade konusu alacağı, ancak icra dairesi tarafından alacaklıya gönderilen muhtıranın son günü itibariyle faiz işleyeceğini ifade etmektedir<sup>73</sup>. Zira muhtıranın tebliğinden itibaren alacaklının yedi günlük ödeme süresi bulunmaktadır (İİK m.32 kıyasen).

Kanaatimizce, faize ilişkin sorun, icranın iadesinin hukuki niteliğiyle bağlantılıdır. İcranın iadesi, bir geri alma prosedürüdür. Bu kapsamda kurumun amacı, sonradan haksız olduğunu anlaşılan bir takibin bütün hukuki sonuçlarının geri alınmasından ibarettir. Bu sonuçlarından biri de haksız takip sonucu takip borçlusunun maruz kaldığı objektif zarardır. Bu zararın başlangıç tarihi, şüphesiz ki borçlunun parayı ödediği veya mahcuz malvarlığı unsurlarının paraya çevrildiği tarihtir. Zira bu tarihten icranın iadesinin gerçekleşeceği tarihe kadar borçlu ödediği veya malvarlığının paraya çevrilmesiyle oluşan parasını nemalandırma imkânına sahip olabilecektir. Borçlunun bu imkândan yoksun olmasının sebebi ise alacaklının dayanağı hukuka aykırı olan ilama istinaden başlattığı takiptir. Bu durumda riziko alacaklının üzerinde olmalıdır<sup>74</sup>.

İcranın iadesinin hukuki niteliği düşünüldüğünde icra dairesinin faiz hesaplama yetkisine sahip olduğu da kabul edilmelidir<sup>75</sup>. O hâlde icra dairesi, borçlunun takip konusu parayı ödediği veya borçlunun mahcuz mallarının paraya çevrildiği andan itibaren kanuni temerrüt faizini hesaplayacak ve alacaklıya gönderilen muhtıradan ayrıca bu faiz alacağı da yer alacaktır.

<sup>73</sup> "... Mahkemece uyulan bozma ilamına göre, dava tarihi olan 19/04/2011 tarihinde, henüz daha icranın iadesi prosedürü çerçevesinde davalıya çıkartılan 15/04/2009 tarihli geri ödeme muhtırasının tebliğ edilmediği, bu nedenle faiz başlangıcı için gerekli temerrüt olgusunun gerçekleşmediği, her davanın açıldığı tarihteki duruma göre değerlendirilmesi gerektiği, dava tarihi itibariyle henüz daha faiz borcundan ve temerrüt halinden bahsedilemeyeceği, davalının muhtıranın tebliğ edildiği 21/04/2011 tarihinden itibaren, icra dairesine verilen 7 günlük süresi sonuna kadar iadeye konu parayı elinde tutma hakkı mevcut olup, muhtıradaki son gün itibariyle paranın iadesinin gerektiği, **bu tarihten sonra iade edilmesi halinde geç kalan dönem için zararın oluştuğundan ve faiz borcundan söz edilebileceği...**" Yargıtay 11.HD, T. 7.3.2019, E. 2017/2662, K. 2019/1903.

<sup>74</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında borçlunun parayı kullanamamasından (nemalandırmasından) kaynaklanan zarardan, tehir-i icra kurumuna müracaat etmeyen borçlunun sorumlu olduğunu, bu hâlde alacaklının kusuru bulunmadığından borçlunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar için bkz. Yargıtay HGK, T. 22.06.2011, 11-367/439 (Yılmaz, Şerh, s. 235). İcranın iadesinin hukuki niteliği bakımından savunduğumuz görüş çerçevesinde ilgili karara katılma imkânı bulamamaktayız. Esasen yurtda değiştiğimiz icranın iadesinin amacının İİK m.36 hükmünde düzenlenen tehir-i icra kurumuyla birlikte değerlendirilmesinin sakıncalı sonuçlar doğurabileceğine yönelik tespitimizle de uyusmaktadır. Bu yorum, kendisine karşı hukuka aykırı bir ilama dayanılarak takip başlatılan borçluyu bir de takip konusu alacağın tamamı değerinde teminat yatırarak tehir-i icra kurumuna müracaata zorlamaktadır. Böyle bir değerlendirme yalnızca Anayasa'da düzenlenen mülkiyet hakkına değil; aynı zamanda hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Hukuka aykırı takibe maruz kalıp zarara uğrayan borçluyu teminat yatırmak suretiyle zararının katlanmasına sebep olunması; teminat yatırıp tehir-i icra talebinde bulunmadığı hâllerde de meydana gelen zarardan alacaklının sorumlu olmayacağı sonucuna varılması, kabul edilmesi güç bir çözümdür.

<sup>75</sup> Karş. KURU, Şerh, s. 2246.

#### 4. Sonuç

İcranın iadesi, bir takip hukuku kurumudur. Bununla birlikte kurumun hukuki niteliğini tespit etmek amacıyla idare hukukuna müracaat edilmesi zaruridir. Zira icranın iadesinin konusu icra işlemleridir ve icra işlemleri birer idari işlemdir. Tartışmalı olmakla birlikte, icranın iadesinin amacının eski hâle iadeyi sağlamak olduğu kabul edilmelidir. Kurumun hukuki niteliği, eski hâle iadeyi sağlama amacıyla birlikte düşünülmelidir. Bu hâlde icranın iadesinin şartlarının oluşabilmesi için takibe dayanak oluşturan ilamın nihai bir şekilde ortadan kalkması gerekir. Bu durum, idari yargılama hukukundaki iptal davasının hukuki sonucuna benzer sonuçlar doğurur. İdare, işlemin iptal edilmesiyle birlikte iptal edilen idari işlemin hukuki sonuçlarını geri almak zorundadır. Zira meydana gelen sonuçlar iptal kararıyla birlikte hukuki temelini yitirmiş olur. Aynı sonuç takibe dayanak oluşturan ilamın hukuka aykırı olduğunun kesin olarak tespit edilmesiyle de ortaya çıkmalıdır. Takibin dayanıksız olduğu bu durumda icra dairesi, hukuka aykırı takip ile birlikte meydana gelen hukuki sonuçların hepsini geri almalıdır.

İcranın iadesinin şartlarının gerçekleşmesiyle birlikte ortaya çıkan iade hakkının takip hukuku karakteri ve icranın iadesinin amacı düşünüldüğünde, iade kararı icra dairesi tarafından da re'sen alınabilmelidir. Tartışılması gereken başka bir husus takip borçlusunu tarafından gerçekleştirilecek iade talebinin veya icra dairesince alınacak iade kararının tabi olduğu süredir. Doktrinde çoğunlukla 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği görüşü ileri sürülse de iade talebinin takip hukukuna ilişkin bir talep oluşu, zamanaşımı kurumuna müracaatı kesin bir şekilde dışlar. Bizim önerimiz, İİK m.134/f.VII hükmünde düzenlenen bir yıllık hak düşürücü sürenin, iade talebi ve kararı bakımından da uygulanmasıdır. İade alacağına yönelik ihtilafli başka bir konuya iade alacağı için işleyecek faizin başlangıç tarihidir. İcranın iadesinin bir geri alma prosedürü olduğu düşünüldüğünde, icranın iadesiyle borçlunun uğradığı objektif zararın tümü karşılanmalıdır. Bu sebeple kanuni temerrüt faiz de borçlunun parayı ödediği veya mahcuz mallarının paraya çevrildiği tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır.

## Kaynakça

- AKKAYA, Tolga, “5236 ve 5311 Sayılı Kanunlarla Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Yeni Kanun Yolu Sistemine Göre İlâmlı İcrada İcranın İadesi”, MİHDER, C. 4, S. 11, Y. 2008, s. 677-698.
- ALANGOYA, Yavuz/YILDIRIM, M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2011.
- ANTALYA, O. Gökhan, “İcranın İadesi”, Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 4, Y. 1993, s. 579-585.
- ARSLAN, Aziz Serkan, *İcra Takip İşlemleri*, Ankara 2018.
- ARSLAN, Ramazan, *İcra ve İflâs Hukukunda İhalenin Feshi*, Ankara 1984 (İhale).
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2019.
- ARSLAN, Tuğba, *İcra ve İflâs Hukukunda İcranın İadesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır 2006 (İcranın İadesi).
- BELGESAY, Mustafa Reşit, *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, C. 1, İstanbul 1955.
- BERKİN, Necmeddin M., *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, İstanbul 1980.
- BÜLBÜL, Erdoğan, *İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması*, İstanbul 2010.
- CANDAN, Turgut, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 6. Bası, İstanbul 2015.
- CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 13e édition, Paris 2008.
- ÇELİK, Yasin, *İcranın İadesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2018.
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel, *İcra Dairesi Kararı*, Bursa 2017.
- ÇİFTÇİ, Pınar, *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Ankara 2010.
- ERDEM, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul 2010.
- ERGENEKON, Yılmaz, *Türk Borçlar Hukukunda Müruru Zaman'ın Kat'i*, Ankara 1960.
- ERKUT, Celal, “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, İHİD, C. 9, S. 1-3, Y. 1988, s. 69-91.
- ERKUT, Celal, “L'Identification de l'acte administratif selon la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir” İÜHF, İstanbul 2011, C. 54, S. 1-4, s. 101-137.
- ERKUT, Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Ankara 1990 (Kimlik).
- GÖZLER, Kemal, *İdare Hukuku*, C. I, 2. Bası, Bursa 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Yönetmelik Yargısı*, 19. Bası, Ankara 2004.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt II, 9. Bası, Ankara 2017.
- GÜRDOĞAN, Burhan, *Medeni Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı*, Ankara 1960.
- KAÇAK, Nazif, *İlâmlı İcra*, 2. Bası, Ankara 2007.
- KARSLI, Adburrahim, *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 2014.
- KURU, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Ankara 2013 (El Kitabı).
- KURU, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. III, 3. Bası, Ankara 1993 (Şerh).
- MERİÇ, Nedim, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Ankara 2011.

- MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukuku*, C. II, 5. Bası, Ankara 2013 (İcra).
- MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi*, Ankara 2016 (İhale).
- MUŞUL, Timuçin, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, Ankara 2014 (Şikâyet).
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2018.
- OLGAÇ, Senai, *İcra-İflâs*, C. I, Ankara 1978.
- ONAR, Sıddık Sami, *İcra Hukukunda Temel Bilgiler*, İstanbul 1968.
- ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. III, 3. Bası, İstanbul 1966.
- ÖZ, Turgut, *Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme*, İstanbul 1990.
- ÖZEKES, Muhammet, *İcra Hukukunda Temel Hak ve İlkeler*, Ankara 2009.
- ÖZKAYA, Eraslan, *Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Ankara 2012.
- ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden, *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, İstanbul 2009.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammed, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, İstanbul 2019.
- PEKCANITEZ, Hakan/SİMİL, Cemil, *İcra ve İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Bası, İstanbul 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., “Nakızdan Sonra Mahcuz Maaşta Tevkifat”, İÜHF, C. 18, S. 3-4, Y. 1954, s. 1028-1033.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul 1982.
- SEROZAN, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, 2. Bası, İstanbul 2007.
- SEVİĞ, Vasfi Raşit, *Doktrin ve İçtihatlar Açısından Türk İcra ve İflas Kanunu-İcra*, C. I, Ankara 1966.
- TAN, Turgut, *İdari İşlemin Geri Alınması*, Ankara 1970.
- TANRIVER, Süha, “İcranın İadesi (İİK m.40)”, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 279-293 (İcranın İadesi).
- TANRIVER, Süha, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996 (İlamlı İcra).
- TANRIVER, Süha, *Konkordato Komiseri*, Ankara 1993.
- TANRIVER, Süha, *Türk Aile Mahkemeleri*, Ankara 2014.
- TAŞPINAR, Ayvaz Sema, “İcra İflâs Hukukunda Hükümsüz İşlemler ve Hükümsüzlük”, Prof. Dr. Ramazan Aslan’a Armağan, C. II, Ankara 2015, s. 1537-1550 (İşlemler).
- TAŞPINAR, Ayvaz Sema, “İcranın İadesi”, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-XIV, İlamlı İcra, Ankara 2018 (İade).
- TERCİER, Pierre/PİCHONNAZ, Pascal/DEVELİOĞLU, H. Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2016.
- TOK, Ozan. “Zamanaşımı Def’inin İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı Çerçevesinde Sınırlandırılması”, MÜHF-HAD, İstanbul, C. 21, S. 1, Y. 2015, s. 239-260.
- UMAR, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara 2014.
- UMAR, Bilge, *İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir 1973 (İcra).

- UYAR, Talih, “Takip Konusu İlamın Yargıtay’ca Bozulması Üzerine İcra Dairesince Yapılacak İşlem (İcranın Durdurulması-İcranın İadesi)”, ABD, S. 1, Y. 1981, s. 33-40 (Bozma).
- UYAR, Talih, *İcra Hukukunda İlamlı Takipler*, 2. Bası, Manisa 1991 (İlamlı Takipler).
- UYAR, Talih, İcra Hukukunda Süreler, TBB Dergisi, S. 55, Y. 2004, s. 239-260.
- UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt, *İcra Hukukunda Şikâyet*, Ankara 2018.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul 2004.
- VIONNET, Guillaume, *L’Exercice des droits formateurs*, Zürih 2008.
- WYSS, Jean Albert, “Quelques problèmes de péréemption et de prescription”, JdT 1973 I 258 (JdT 1973), s. 1-10.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2016.
- YILMAZ, Ejder, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Süreler”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir, C. 8, Özel Sayı (Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan), Y. 2013, s. 3167-3190.
- YILMAZ, Ejder, *İcra ve İflâs Hukuku Şerhi*, Ankara 2016 (Şerh).