



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

Cilt: 9 | Sayı: 2  
Aralık 2021

**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 | Aralık 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 AŐIK (*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 CANİKLIÖĐLU (*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 ALTINDAL  
Arş. Gör. Rümeysa DEMİR  
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 Kurulu'nun 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 Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversite'ye 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.

## Yazım Kuralları<sup>(\*)</sup>

### I. Makale Gönderim Şekli

1. Yazılar, hukukdergisi@sakarya.edu.tr adresi kanalıyla biri isimsiz olmak üzere 2 nüsha halinde gönderilmelidir.

### II. Gönderilecek Makalelerde Bulunması Gereken Hususlar

1. Dergiye basılmak üzere gönderilen bilimsel çalışmalar, kamu hukuku, özel hukuk ve mali hukuk alanlarına ilişkin bulunmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makale başlığı sayfa ortalanarak Sadece İlk Harfi Büyük olacak şekilde, Türkçe ve İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır.
3. Dergiye gönderilecek makalelerde Sadece İlk Harfi Büyük olacak şekilde, Türkçe ve İngilizce olarak “Öz” ile “Anahtar Kelimeler” yer almalı ve anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin de yine Sadece İlk Harfleri Büyük olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır.
4. Metin içerisinde içeri doğru girintili paragraflara yer verilmemeli, tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.
5. Dergiye gönderilecek makalelerde, ilk sayfada makale başlığının altında yazarın yalnızca ismine yer verilmeli, ismin yanında (\*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü ile yazarın kurumsal e-posta adresi ve ORCID numarasına yer verilmelidir.
6. Yazıların gövde metni Times New Roman karakteri 12 punto; dipnotlar sayfanın altında gösterilecek biçimde, Times New Roman karakteri 10 punto olacak şekilde kaleme alınmalıdır. Yazılarda dilbilgisi kurallarına uyulmalıdır.
7. Yazılarda kullanılacak başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde oluşturulmalıdır.

#### I. BİRİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM

#### A. İKİNCİ DERECEDE ALT BÖLÜM (A, B)

#### 1. Üçüncü Derecede Alt Bölüm (1, 2)

#### a. Dördüncü Derecede Alt Bölüm (a, b)

#### aa. Beşinci Derecede Alt Bölüm (aa, bb)

#### aaa. Altıncı Derecede Alt Bölüm (aaa, bbb)

#### aaaa. Yedinci Derecede Alt Bölüm (aaaa, bbbb)

8. Dipnotlar, ilgili sayfanın sonuna sıralı numaralar hâlinde eklenmelidir. Dipnotlar 10 punto kullanılarak, 1 satır aralıklı olarak ve iki yana yaslanmış şekilde yazılmalıdır.
9. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların, yazarların soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır. Kaynakçada öncelikle yazarın soyadına daha sonra adının ilk harfine yer verilir. Ayrıca makalelerin sayfa aralığı gösterilir.

<sup>(\*)</sup> Dergi “Yazım Kuralları” 2021/2 sayısından itibaren geçerli olacaktır.

### III. Hakem İncelemesi ve Makalenin Yayımına İlişkin İlkeler

1. Yayın Komisyonu'nca ilk değerlendirmesi yapılan yazıların, yayın ilkelerine uygun hazırlanmadığının tespit edilmesi halinde, bu yazılar yazarına iade edilir.
2. Yayın Komisyonu'nun ilk değerlendirmesinden geçen yazılar, makalenin konusuna göre alanında uzman iki hakemin değerlendirmesine sunulur ve iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın yayınlanmaz.
3. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde, eser kural olarak bir sonraki sayıda yayımlanmak üzere üçüncü bir hakeme gönderilir. Üçüncü hakemin görüşünün olumlu olması halinde eser yayıma kabul edilir.
4. Hakem incelemesine göre yayımlanması uygun bulunmayan yazılar iade edilir. Bu konuda nihai takdir Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Kurulu'na aittir.

### IV. Telif Hakları ve Sorumluluk

1. Dergide yayımlanan yazıların telif hakları yazarı veya yazarları tarafından karşılıksız olarak Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne devredilir.
2. Dergide yayımlanan yazılardaki görüşlerle, bunlara dair oluşacak sorumluluk yazarına veya yazarlarına aittir.
3. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atanmasından önce eserin yazarından ve/veya yayım hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izni belgesini yayım kuruluna iletmek zorundadır.
4. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu haliyle basılabileceği kabul olunur.

## Yayın Politikası

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'ne erişim için herhangi bir ücret talep edilmemektedir. Derginin tüm giderleri Sakarya Üniversitesi tarafından karşılanmaktadır. Dergide makale yayımı ve makale süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için işleme ücreti ya da gönderim ücreti alınmaz.

Yayın Kurulunca ön değerlendirmesi yapılan ve intihal taramasından geçen yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme incelenmek üzere gönderilir. Yazarlara yazımın 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.





## İÇİNDEKİLER

### ÖZEL HUKUK

#### **İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Devlet Tarafından Desteklenmesi**

*Government Subvention of Occupational Health and Safety Services*

Dr. Dr. Öğr. Üyesi Ümit ORHAN ..... 149

#### **Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Bireysel Sorumluluğun Belirlenmesi**

*The Determination of Individual Liability in Accordance with the Differentiated Solidarity Principle*

Arş. Gör. Firdevs ARSLAN ..... 165

#### **Haksız Rekabet ile Rekabet Hukuku Arasındaki İlişkinin Fiyat Tarifeleri Kapsamında Değerlendirilmesi**

*Evaluation of the Relationship between Unfair Competition and Competition Law in the Scope of Price Tariffs*

Arş. Gör. Pınar UZUN-ŞENOL ..... 197

#### **Yargıtay Kararları Kapsamında Kötüniyet Tazminatına Genel Bir Bakış**

*An Overview of Malice Compensation within the Scope of Court of Cassation Decisions*

Av. Burak DINKIRCI ..... 219

### KAMU HUKUKU

#### **Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Mali Sorumluluğu**

*Due to Health Services and Employment of Health Personnel, Financial Management of the Administration Responsibility*

Doç. Dr. Atıla ERKAL ..... 235

#### **Uluslararası Hukukta Uluslararası Teamül Kurallarının Antlaşmalar ile İlişkisi**

*The Relationship of Rules of International Customary Law with Treaties in International Law*

Arş. Gör. Betül GÜLTEKİN ALBAYRAK - Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ALBAYRAK ..... 273

#### **Anayasa Mahkemesi'nin Vergi ve Matrah Artırımına İlişkin Kararının Ölçülülük İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi**

*Evaluation of the Constitutional Court's Decision on Tax and Tax Base Increase in Terms of the Principle of Proportionality*

Arş. Gör. Sinan Can AVCI ..... 293

#### **Terör Örgütü Üyeliği Sebebiyle Vatandaşlıktan Çıkarmanın Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi**

*Evaluation of Deprivation of Nationality Due to Membership of a Terrorist Organization in Terms of International Law*

Arş. Gör. Yeşim YILDIZ ..... 311



# ÖZEL HUKUK

---



# İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Devlet Tarafından Desteklenmesi<sup>(\*)</sup>

## *Government Subvention of Occupational Health and Safety Services*

Dr. Dr. Öğr. Üyesi Ümit ORHAN<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

İş sağlığı ve güvenliği önlemleri sayesinde iş ilişkisinin paydaşları, gerek bedensel gerekse maddi açıdan meydana gelebilecek zararlarla karşılaşmaktan ve bunların doğuracağı öngörülemez masraftan kurtulmaktadır. Ancak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin tam olarak alınabilmesi, bu amaç için belirli bir düzeyde ekonomik gidere katlanmayı da zorunlu kılmaktadır. İş sağlığı ve güvenliğine yönelik giderlerin özellikle küçük ölçekli işyerleri açısından oluşturabileceği ekonomik sıkıntıların giderilebilmesi amacıyla, devlet tarafından da işverenlere maddi destek sağlanmaktadır.

İş sağlığı ve güvenliğine yönelik temel düzenlemeler, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yer almış, yine konuyla ilgili Yönetmelik ve Tebliğler de yayımlanmıştır.

Çalışmamızda öncelikle devlet desteğinin şartları ele alınacak, ardından sırasıyla destek bedellerinin tespiti, desteğe başvuru, desteğin ödenmesi, desteğin kesilmesi, destek konusunda yapılan denetim ve mevzuata aykırılık durumunda uygulanan yaptırım konuları incelenecektir.

### Anahtar Kelimeler

İş Sağlığı ve Güvenliği, Devlet Desteği, Parasal Destek, Destek Başvurusu, Tehlike Sınıfı.

### Abstract

By means of the occupational health and safety measures, the parties of the labour relationship are saved from both material and physical damages that may occur and the unforeseen costs of these. However, taking full occupational health and safety measures necessitates incurring a certain level of economic expense for this purpose. The government also provides financial subvention to employers in order to eliminate the economic problems that may be caused by the expenses for occupational health and safety, especially for small-scale workplaces.

The basic regulations regarding occupational health and safety are included in the Occupational Health and Safety Code No. 6331 and the relevant by-laws and communiqués have also been promulgated.

In our study, first of all, the conditions of the government subvention will be discussed, then the determination of subvention costs, recourse to subvention, payment of subvention, discontinuation of subvention, inspection of infringements about subvention and sanctions applied in case of violation of the legislation will be examined respectively.

### Keywords

Occupational Health and Safety, Government Subvention, Financial Subvention, Subvention Application, Danger Class.

<sup>(\*)</sup> [Makale geliş tarihi](#): 12.11.2021 - [Makale kabul tarihi](#): 29.11.2021.

<sup>(\*\*)</sup> Marmara Üniversitesi.

[E-posta](mailto:umit.orhan@marmara.edu.tr): umit.orhan@marmara.edu.tr.

[Orcid No](https://orcid.org/0000-0001-7981-782X): <https://orcid.org/0000-0001-7981-782X>.

## Giriş

İş sağlığı ve güvenliği (*kıs. İSG*) kavramı, “*işçinin sağlık ve güvenliğinin işyerinde, gördüğü iş nedeniyle ya da çalışma ortamı ve çevresinin koşulları nedeniyle ortaya çıkabilecek tehlikelere karşı korunmasını*” ifade eder.<sup>1</sup> Kavram, tehlikelerin önlenmesinin yanı sıra risklerin önceden tespiti, değerlendirilmesi ve bunları tamamen kaldırmak veya zararlarını asgariye indirmek için yapılacak çalışmaları da içerir.<sup>2</sup> Her ne kadar İSG önlemleri sayesinde işveren, birçok sorunla karşılaşmaktan ve bunların doğuracağı öngörülemez masraflardan kurtulmakta ise de, iş sağlığı ve güvenliği kavramı da başlı başına bir gider kalemi olmaktadır.<sup>3</sup> Bu gider kalemi belirli bir emek ve paranın sarfına dayanmaktadır. Küçük ölçekli işyerlerinin sermaye yapılarındaki yetersizlikler ve maddi gücün düşüklüğü nedeniyle hizmetin alımında sıkıntılar yaşanabileceği ihtiyacını gören devlet, küçük işyerlerinde İSG hizmetlerinin sağlanabilmesi için teşvik edici politikalar izleme yolunu seçmiş ve maddi destek uygulamasını düzenlemiştir.<sup>4</sup>

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı’nda, destek uygulamasının gerekçesi, “*uzun dönemde İSG hizmetlerinin yerleşmiş olması ve işyerlerinde güvenlik kültürünün oluşmasıyla iş kazası ve meslek hastalıklarından kaynaklanan maliyetlerin azalacağı, buna karşın ilk uygulama döneminde iş kazası ve meslek hastalıkları bakımından kısa vadeli sigorta kolu prim gelirleri hesabında hissedilebilir bir harcamaya sebep olabilecek olması*” şeklinde açıklanmıştır.

<sup>1</sup> KILKIŞ İlknur, İş Sağlığı ve Güvenliği, 2. B, Bursa 2016, s. 4-5; KILIÇ Leyla, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini sağlama Yükümlülüğü ve Sorumluluğu, Ankara, 2006, s. 20; ARICI Kadir, İş Sağlığı ve Güvenliği Dersleri, Ankara, 1999, s. 51, LAÇİNER Vedat, Teknik ve Tıbbi İş Güvenliğinin Hukuksal Boyutu, İstanbul, 2013’den aktaran SÜMER Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 6.

<sup>2</sup> ÖZDEMİR Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 5.

<sup>3</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Fayda-Maliyet Analizi Proje Raporu’na göre “*Günümüz rekabet koşulları göz önüne alındığında işletmelerin süreklilik ve karlılık gibi unsurlardan dolayı maliyetlerini minimize etme eğilimi göstermektedirler ve iş sağlığı ve güvenliği ile beraber bu konuda alınan önlemlerin maliyeti de toplam maliyet içerisinde belirli bir yer tutmaktadır. Ancak İSG yatırımları her ne kadar maliyetleri artıran bir unsur gibi görünse de, bu önlemlerin alınmadığı durumlarda meydana gelebilecek beklenmedik olayların maddi kayıpları çoğunlukla yatırımların maliyetinden daha fazla olmaktadır. 2010 yılında; Uluslararası Sosyal Güvenlik Birliği (ISSA), Alman Sosyal Kaza Sigortası (DGUV) ve ISSA Enerji, Tekstil, Elektrik ve Medya Sektörleri Bölümü (BG ETEM) tarafından ortak yürütülen ve Türkiye’nin de dâhil olduğu bu projeden de görüldüğü üzere ulusal çapta iş sağlığı ve güvenliği faydaları maliyetlerin yaklaşık 2 katı oranındadır ve iş sağlığı ve güvenliğine yapılacak yatırımlarla bu oranın yükseleceği muhakkaktır.*”

<https://www.csgb.gov.tr/medias/4583/projeraporu02.pdf> (Erişim: 21.09.2021)

<sup>4</sup> ENGİN Tuğba, 6331 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Dan: İlknur Kılıç), Bursa, 2014, s. 64.

Bu düzenlemeyle 89/391 EEC sayılı Direktifin<sup>5</sup> giriş kısmında da üzerinde durulan küçük ölçekli işletmelerin gelişimlerinin devam edebilmesi amaçlanmıştır.<sup>6</sup>

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na (kıs. 6331 sayılı Kanun veya İSG Kanunu) göre belirlenen şartları taşıyan işverenlerin devletin bu konuda sağladığı destekten istifade edebilmelerine olanak sağlanmıştır (m.7). Konu hakkında evvela İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi Hakkında Yönetmelik<sup>7</sup> (kıs. Yönetmelik), ardından İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi Hakkında Tebliğ<sup>8</sup> (kıs. Tebliğ) çıkarılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle söz konusu devlet desteğine hak kazanmanın şartları ele alınacak, ardından sırasıyla destek bedellerinin tespiti, desteğe başvuru, desteğin ödenmesi, kesilmesi, denetim ve yaptırım konuları incelenecektir.

## I. Destek Sağlanmasının Şartları

### A. Kapsam Şartı

İşverenin, İSG hizmetlerinde desteklenmesi için ilk şart, doğal olarak faaliyetin veya kişilerin 6331 sayılı Kanun kapsamında olmasıdır. 6331 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinin ilk fıkrasına göre İSG Kanunu, "kamu ve özel sektöre ait bütün

<sup>5</sup> İşde Çalışanların Sağlık ve Güvenliklerini İyileştirmeye Yönelik Tedbirler Alınmasına İlişkin 12 Haziran 1989 Tarih ve 89/391/Eec Sayılı Konsey Direktifi. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:01989L0391-20081211&from=EN>, E.T.: 20.09.2021). Bu Direktifin amacı, işte işçilerin sağlık ve güvenliklerinin iyileştirilmesi için önlemler almaktır. Bu nedenle; mesleki tehlikelerin önlenmesi, sağlık ve güvenliğin korunması, kaza ve tehlike faktörleri, bilgilendirme, danışma, yönetime katılma, işçi ve temsilcilerinin eğitimi konusunda genel prensipleri içerir (m.1).

Bkz. BALOĞLU Cem, Avrupa Birliği'nde İş Sağlığı ve Güvenliği Politikaları, Kamu İş; C: 14, S: 2/2015, s. 110: *Avrupa Komisyonu tarafından, 21 Şubat 2007 tarihinde yayımlanan "İşte Kalite ve Verimliliğin Geliştirilmesi: Topluluğun 2007-2012 İSG Stratejisi" başlıklı Eylem Programı'nda, iş kazası oranlarının %25 oranında azaltılması ana hedef olarak belirlenmiştir. Bu amaca ulaşabilmek için ise; -Birlik mevzuatının uygulanmasını sağlamak, -Küçük ve orta ölçekli işletmeleri İSG alanındaki mevzuata uyum sağlamaları için güçlü bir şekilde desteklemek, -Yasal direktifleri işyerinde değişen koşullara uyarlamak ve daha basit ve anlaşılır hale getirmek, -Ulusal politikaların gelişimini desteklemek, -Yeni risklerin tanımlanmasında ve değerlendirilmesinde kullanılan yöntemlere son şeklini vermek, -Ulusal düzeyde İSG faaliyetlerine destek vermek, başlıca araçlar olarak belirlenmiştir. Komisyon tarafından 2004 yılında, 89/391 EEC sayılı Çerçeve Direktif ve buna dayalı olarak çıkarılan Direktiflerin uygulamadaki başarısının araştırılmasına yönelik yapılan araştırma sonucunda, bu Direktiflerin özellikle İSG'nin ulusal düzeyde korunmasına önemli bir katkı yaptığı, ancak İSG alanında mevcut Birlik düzenlemelerinin, özellikle risk altında bulunan sektörler (küçük ve orta büyüklükteki işletmeler ve kamu sektörü gibi) ile iş kazalarına daha yatkın olabileceği düşünülenler (genç, esnek zamanlı ve daha az kalifiye çalışanlar) yönünden önemli eksiklikleri olduğu ifade edilmiştir.*

<sup>6</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısı ile Erzincan Milletvekili Muharrem Işık'ın; Meslek Hastalıkları ve İşçi Sağlığı Kanun Teklifi ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporları, s. 7.

<sup>7</sup> <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss277.pdf>, E.T.: 15.09.2021).

<sup>8</sup> RG, 24.12.2013, 28861.

<sup>8</sup> RG, 03.05.2014, 28989.

işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır” (m.2/1). Ancak yine İSG Kanunu tarafından bazı faaliyetler ve kişiler kapsam dışına alınmıştır. Bunlar sırasıyla; “a) Fabrika, bakım merkezi, dikimevi ve benzeri işyerlerindeki hariç Türk Silahlı Kuvvetleri, genel kolluk kuvvetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı’nın faaliyetleri. b) Afet ve acil durum birimlerinin müdahale faaliyetleri, c) Ev hizmetleri, ç) Çalışan istihdam etmeksizin kendi nam ve hesabına mal ve hizmet üretimi yapanlar ve d) Hükümlü ve tutuklulara yönelik infaz hizmetleri sırasında, iyileştirme kapsamında yapılan iş yurdu, eğitim, güvenlik ve meslek edindirme” faaliyetleridir (m.2/2). Bu fıkra da sayılanlar aşağıda sıralayacağımız şartları taşıyalar da devlet desteğinden faydalanamazlar. Ayrıca kamu kurum ve kuruluşlarının da bu destekten hariç tutulduğu, destekle ilgili İSG Kanunu’nun m.7/1-a bendinde belirtilmiştir. Bunun için ilgili kamu işyerinin bağımsız bir kamu tüzel kişiliğine sahip olması (örneğin üniversiteler, SGK, İş Kurumu gibi) veya tüzel kişiliğinin bulunmaması (Bakanlıklar, il müdürlükleri vs. gibi) arasında fark yoktur.<sup>9</sup>

## B. Sosyal Güvenlik Kurumu’na Tescil

Bunun dışında destekten yararlanmak için diğer bir şart, işyerinin Sosyal Güvenlik Kurumu’na (kııs. SGK) tescil edilmiş olmasıdır. Yönetmelik’e göre, destekten yararlanacak işyerlerinin tespitinde esas alınacak belgeler, SGK tarafından tescil edilmiş işyeri kayıtlarıdır (Yön. m.4/1). Kapsama giren işverenlerce destekten yararlanılabilmesi için koşulan diğer bir şart, aylık prim ve hizmet belgelerinin yasal süresi içinde SGK’ya verilmesidir (Yön. m.8/1).

## C. Tehlike Sınıfı

Destekten faydalanma, görülen işin belirli bir tehlike sınıfına mahsus olmasına bağlanmıştır. 6331 sayılı Kanun’da, “çok tehlikeli” ve “tehlikeli” sınıfta yer alan işyerlerinin destekten faydalanabileceği hüküm altına almıştır.<sup>10</sup>

Görüldüğü üzere kapsam, çok tehlikeli ve tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri ile sınırlandırılmıştır. Ancak yine de bir istisna hükmü olarak Cumhurbaşkanı’na, ondan az çalışanı bulunanlardan az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin de faydalanmasına karar verebilme yetkisi tanınmıştır (m.7/1-a). Akyığıt’e göre Cumhurbaşkanı, başka ek koşul aranmadan ve diğerleriyle aynı oranda yararlanmayı öngörebileceği gibi, belki kimi koşullar aramak ve/veya yararlanmanın diğerle-

<sup>9</sup> AKYIĞIT Ercan, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, Y: 8, S: 29, s. 45.

<sup>10</sup> 6331 sayılı Kanun’un 9’uncu maddesi uyarınca, işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği açısından yer aldığı tehlike sınıfları, İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin İşyeri Tehlike Sınıfları Tebliği’nde (RG, 26.12.2012, 28509) Ek-1’de yer alan İşyeri Tehlike Sınıfları Listesi’nde belirtilmiştir.



riyle tam değil de onlara göre belli bir oranda gerçekleşeceği yönünde de kabul içinde olabilir.<sup>11</sup> Yine yazara göre, Cumhurbaşkanı'nın 10'dan az çalışanı olanları dışlayıp; ancak 50'den veya 20'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfa giren işyerlerinde destek sağlanacağına karar verme yetkisi yoktur. Akyiğit tarafından belirtilen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, İSG Kanunu'nun tanıdığı yetki; yalnızca az tehlikeli sınıfa giren işyerleri içerisinde olmak üzere Cumhurbaşkanı tarafından seçilen işyerlerine bu imkânı tanımak tarzında ele alınmamalıdır. Bu yetki, 10'dan az çalışanı bulunan işyerlerinde kullanılabilir.

#### D. Çalışan Sayısı

6331 sayılı Kanun ile kamu kurum ve kuruluşları hariç ondan az çalışanı bulunan işyerlerinin destekten faydalanabileceği hüküm altına alınmıştır (m.7/1-a). Kanun'da işverenin çalıştırdığı işçi sayısına yer verilmekle yetinilmiştir. Yönetmelikte ise konuyla ilgili detaylara yer verilmiştir ve çalışan sayısının ondan az olup olmadığının tespitine ilişkin bazı kıstaslar getirilmiştir. Buna göre;

**İşverenin toplam çalışan sayısı:** “Aynı işverenin Türkiye genelinde birden fazla tescilli işyerinin bulunması halinde, aynı işveren tarafından 5510 sayılı Kanun'un<sup>12</sup> m.4/1-(a) bendi kapsamında Türkiye genelinde tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalıştırılan toplam sigortalı sayısı esas alınır” (Yön. m.4/2-a). Söz konusu işyerinde tehlikeli işlerde çalışmayan örneğin ofis işi yapan kişiler de bu sayıya dâhil edilecektir. Çünkü çalışan sayısında kıstas olarak işyeri alınmıştır.

Bu hususta diğer bir konu, işveren vekillerinin sayıya dâhil edilip edilmeyeceği meselesidir. 6331 sayılı Kanun'a göre “işveren adına hareket eden, işin ve işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, bu Kanun'un uygulanması bakımından işveren sayılır” (m.3/2). İSG Kanunu'nun işveren vekillerinin görev ve yetkileri ve işyerindeki konumlarına hiç bakılmadan, tüm işveren vekillerini işveren sayan bu ifadesine bağlı kalınırsa; işveren sayılan kişi çalışan sayılamayacağına göre, hiçbir işveren vekili çalışan konumuna sahip olamayacaktır.<sup>13</sup>

İSG Kanunu'nun destekten faydalanabilecek işyerlerinin taşınması gereken şartların Yönetmelik ile düzenleneceği hükmü (m.7/2) ve Yönetmelik'te yer alan, “destekten yararlanacak işyerlerinin tespiti” başlıklı maddedeki “çalıştırılan toplam sigortalı sayısı esas alınır” ifadesi (Yön. m.4/2-a) birlikte değerlendirildiğinde işveren vekillerinin bu sayıya dâhil edileceği anlaşılmaktadır.

**Alt işveren işçileri:** İşverenden iş alan alt işverenler tarafından istihdam edilen sigortalılar toplam çalışan sayısına dâhil edilmiştir (Yön. m.4/2-b).

<sup>11</sup> AKYIĞIT, s. 46. Yazarın makalesinde Cumhurbaşkanı yerine Bakanlar Kurulu geçmektedir. Makale 2013 tarihlidir ve o tarihte ilgili fıkrada yetki sahibi olarak Bakanlar Kurulu görülmektedir.

<sup>12</sup> 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu (RG, 16.06.2006, 26200).

<sup>13</sup> AKYIĞIT, s. 47.

**Aktif çalışmayan işçiler:** İşyerinde farklı sebeplerle ay içinde çalışması olmayan ve ücreti ödenmeyen sigortalılar toplam çalışan sayısına dahil edilmiştir. (Yön. m.4/2-c).

“Her bir ayda Kuruma verilmiş asıl ve ek nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalı sayısından, iptal nitelikteki aylık prim ve hizmet belgelerinde kayıtlı sigortalı sayısı düşülür” (Yön. m.4/2-ç).

**İşe giren çıkan işçiler:** “Ay içinde işe giren veya işten çıkan sigortalılar da sigortalı sayısına dâhil edilir” (Yön. m.4/2-d). Ay içinde işe giren sigortalının sayıya dâhil edilmesi olağandır ama işten çıkan sigortalının sayıya dâhil edilmesini isabetli bulmamaktayız. İşten çıkan sigortalının çalışan sayısına eklenmesi isabetli değilse de düzenlemenin, işyerinde çalışan azami dokuz çalışan sayısını işe girdi - çıktılarla dengelemek isteyen işverenlerin hukuka aykırı hareket etmemesi için yapıldığı kanaatindeyiz.

**Çırac ve öğrenciler:** Yönetmelikte, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu’nda<sup>14</sup> belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrencilerin çalışan sayısının tespitinde dikkate alınmayacağı belirtilmiştir (m.4/2-e). Çırac ve stajyerlerin çalışan sayısından istisna tutulması, 6331 sayılı Kanun’un konuyu düzenleyen m.7’sinde yer almayan ancak Yönetmelik ile düzenlenen bir hükümdür. Hâlbuki 6331 sayılı Kanun’un m.2’sine göre “Kanun... çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlara faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır”. Kanunla düzenlenmemiş bir grubun Yönetmelik ile kapsam dışı bırakılması kanaatimizce isabetli olmamıştır.

**Kısmi süreli İSG profesyonelleri:** Yönetmelik’te yer almamasına rağmen, “işyeri dışından hizmet alınan kısmi süreli İSG profesyonelleri” de Tebliğ’in m.4/5-b bendi ile toplam çalışan sayısının dışında bırakılmıştır. Bu hükme Tebliğ yerine Yönetmelik’te yer verilmiş olması daha isabetli olurdu.

## E. İSG - KATİP’e Kayıt

İSG hizmetlerinin takibi, kontrolü ve izlenmesi amacıyla Bakanlık tarafından (İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü’nce) İSG-KATİP<sup>15</sup> adıyla ülkemizdeki bütün işyerlerini kapsayacak şekilde “İş Sağlığı ve Güvenliği-Kayıt Takip ve İzlenme Programı” hizmete girmiş ve söz konusu programın Bakanlığın İş Teftiş Kurulu Başkanlığı ile eş zamanlı bilgi paylaşımı yapması sağlanmıştır. İSG Kanunu’nda belirtilen idari para cezalarıyla karşı karşıya kalınmaması için bu yükümlülükler dair çalışmaların tamamlanması ve iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi ve diğer sağlık personelinin görevlendirilmesi yükümlüğünün İSG-KATİP üzerinden yapılması gerekmektedir.

<sup>14</sup> RG, 19.06.1986, 19139.

<sup>15</sup> Bkz. <https://isgkatip.ailevecalisma.gov.tr/Logout.aspx> (E.T.: 13.09.2021)

İSG hizmetlerini kendi üstlenen işverenin bu destekten faydalanıp faydalanamayacağı üzerinde de durulmalıdır. Yönetmelik'e göre, Yönetmelik kapsamındaki işyerlerinin, İSG ile ilgili destek hizmetlerini İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği<sup>16</sup> uyarınca hizmet sunucusundan alacakları belirtilmiştir (Yön. m.7). Hizmet sunucusu, Yönetmelik'te "*iş sağlığı ve güvenliği hizmeti vermek üzere Genel Müdürlükçe yetkilendirilmiş kişi, kurum veya kuruluşlar*" olarak tanımlanmıştır (Yön. m.3/1-b). Bu minvalde, "*işyerinin, İSG-KATİP'e kayıtlı onaylanmış ve devam eden iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin verilmesine ilişkin, hizmet sunucusu ile yapılmış bir sözleşmesinin olması*" şart koşulmuştur (Yön. m.4/3). Bu hükümler değerlendirildiğinde, işverenin bizzat kendisinin veya işçisinin işyeri hekimi veya/ve iş güvenliği uzmanı yahut diğer sağlık personeli olarak görevlendirildiği hallerde, bunun için destek sağlanmayacaktır.

#### F. Destekten Yasaklanmamış Olma

İşverenin 6331 sayılı Kanun'un m.7/1-ç bendi ve Yönetmelik'in 9'uncu maddesi kapsamındaki idari yaptırım cezasını almamış olması da gerekmektedir. Sonuçta böyle bir yaptırım alan işverenin destek başvurusu reddedilecektir.

## II. Destek Bedellerinin Tespiti

Destek; işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri için yapacakları giderleri (parasal çıktıyı) karşılamaya yönelik yapılan maddi bir katkıdır.<sup>17</sup> Yönetmelik'e göre destek bedelleri işletme kıstas alınarak değil, işyeri kıstas alınarak tespit edilmektedir. Buna göre, "*ondan az çalışanı bulunan işverenlere sağlanacak iş sağlığı ve güvenliği hizmet bedelleri işyerinin tehlike sınıfı ve Kurum'a bildirilen sigortalı sayısı ile sigortalıların çalıştıkları gün sayısı esas alınarak her bir işyeri için ayrı ayrı tespit edilir*" (m.5/1).

İşyerleri için sağlanacak iş sağlığı ve güvenliği hizmet bedelinin sigortalı başına günlük miktarı şu şekilde belirlenmiştir (Yön. m.5/2).

**Tablo 1:** Destek oranları.

Tehlike sınıfı	Destek oranı
Tehlikeli	16 yaşından büyük sigortalılar için belirlenen prime esas kazanç alt sınırının günlük tutarının <b>%1,4'ü</b>
Çok Tehlikeli	16 yaşından büyük sigortalılar için belirlenen prime esas kazanç alt sınırının günlük tutarının <b>%1,6'sı</b>

<sup>16</sup> RG, 29.12.2012, 28512.

<sup>17</sup> AKYİĞİT, s. 50.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanun'u (kıs. 5510 sayılı Kanun) gereğince "alınacak prim ve verilecek ödeneklerin hesabına esas tutulan günlük kazancın alt sınırı, sigortalıların yaşlarına uygun<sup>18</sup> asgari ücretin otuzda biridir" (m.82/1).

Yönetmelik'te belirtilen %1,4 ve %1,6 oranlarının aylık prim ve hizmet belgesi ile bildirilen prim ödeme gün sayısı ile çarpılması suretiyle tespit edilen tutar, sağlanacak iş sağlığı ve güvenliği hizmet bedelinin tutarıdır (Yön. m.5/3). Bunu güncel rakamları içeren bir örnekle paylaşmak isabetli olacaktır:

4857 Sayılı İş Kanunu'nun 39'uncu maddesine istinaden Asgari Ücret Tespit Komisyonu, 2021 yılı için uygulanacak olan asgari ücreti yayımlamıştır.<sup>19</sup> SGK'nın 2021/1 sayılı Genelgesi'ne<sup>20</sup> göre, 5510 sayılı Kanun'un m.4/1-(a) bendine tabi sigortalıların sigorta primi ve işsizlik sigortası primlerine esas günlük ve aylık kazançlarının alt ve üst sınırları özel sektörde, 01.01.2021 ile 31.12.2021 tarihleri arasında sigorta primine esas;

- Günlük kazanç alt sınırı: 119,25 TL (Aylık kazanç alt sınırı: 3.577,50 TL) ve
- Günlük kazanç üst sınırı: 894,38 TL (Aylık kazanç üst sınırı: 26.831,40 TL) olarak belirlenmiştir.

Dolayısıyla destek miktarları şu şekilde olacaktır:

**Tablo 2:** Prime esas kazanç alt sınırlarına göre iş sağlığı ve güvenliği hizmetleri için devlet desteği hesaplaması.

Tehlikeli	Çok Tehlikeli
$(119,25 * 1,4) / 100 = 1,6695$	$(119,25 * 1,6) / 100 = 1,908$
$1,6695 * 30 = 50,085 \text{ TL}$	$1,908 * 30 = 57,24 \text{ TL}$

Yaptığımız hesaplamaya göre "tehlikeli" sınıfta bir işçi için yapılacak destek ödemesi 50,085 TL, "çok tehlikeli" sınıf için 57,24 TL olacaktır. Dolayısıyla bir işyerinin destek için alabileceği en yüksek rakam ise, en fazla 9 işçiye göre aylık; tehlikeli sınıfta 450,765 TL, çok tehlikeli sınıfta ise 515,16 TL olacaktır.

Konuya Ortak Sağlık ve Güvenlik Birimleri (kıs. OSGB) (OSGB'ler) yönünden de değinmek gerekmektedir. OSGB'ler iş sağlığı ve güvenliği hizmet bedellerini piyasada serbestçe belirleyebilmektedirler. OSGB hizmeti fiyat listesi her bölge için değişmekle birlikte, konuyu somut verilerle pekiştirmek adına, İstanbul Tabip Odası'nın yayınladığı fiyatlara göre 2021 Yılı İşyeri Hekimliği Asgari Sözleşme Ücretleri, işyerinin risk kategorisi ve çalıştırılan işçi sayısına göre

<sup>18</sup> 2015 yılı asgari ücretiyle birlikte 16 yaşından küçükler için ayrı asgari ücret belirlenmesi uygulamasına son verilmiştir.

<sup>19</sup> RG, 30.12.2020, 31350.

<sup>20</sup> Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Sigorta Primleri Genel Müdürlüğü, 06.01.2021, <https://kms.kay-sis.gov.tr/Home/Kurum/22620739>, (E.T.: 26.09.2021).

“az tehlikeli” işyerleri için işçi başına net ücret 94.99 TL, “tehlikeli” işyerleri için 97.88 TL, “çok tehlikeli” işyerleri için ise 100.72 TL olarak belirlenmiştir.<sup>21</sup>

Bu minvalde sadece işyeri hekimi için tehlikeli sınıfta işçi başına net ücret 94.99 TL, 9 işçi için 854,91 TL, çok tehlikeli sınıfta, 100,72 TL, 9 işçi için 906,48 TL’dir. Aslında söylenebilir ki sadece işyeri hekimi için masraf hesaplandığında destek miktarı bunların yaklaşık yarısını karşılamaktadır. Bu rakamlara iş sağlığı ve güvenliği uzmanı için ödenecek ücretin katılmadığı da unutulmamalıdır.

### III. Desteğe Başvuru ve Desteğin Ödenmesi

İşverenler, İSG desteğinden yararlanmak için Tebliğ’deki Ek-1 başvuru formunu kullanırlar. Müracaat yeri ise işyerlerinin tescil edildiği ünitelerdir (Sosyal Güvenlik İl Müdürlükleri / Sosyal Güvenlik Merkezleri). Müracaat, aynı işverenin Türkiye genelinde birden fazla tescilli işyerinin bulunması halinde işverenin merkez işyerinin tescilli olduğu ünitelere yapılır. Bu halde tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri başvuru formunda ayrı ayrı belirtilmelidir (Tebliğ m.4/1).<sup>22</sup> Üniteler, işverenin iş sağlığı ve güvenliği desteği kapsamına girip girmediğini belirlemek için işverenin başvurusunda belirttiği işyerlerinin dışında, Türkiye genelinde aynı işverene ait diğer işyerleri de tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için ayrı ayrı tespit eder. Üniteler tarafından yapılan sorgulama sonucunda tespit edilen işyerlerinden bildirilen sigortalı sayısı da dikkate alınır (Tebliğ m.4/3).

Kanun’a göre İSG hizmetlerinin desteklenmesi için yapılacak giderler SGK tarafından finanse edilecektir. SGK, iş kazası ve meslek hastalığı bakımından kısa vadeli sigorta kolları için toplanan primlerden kaynak aktararak bunu yapacaktır (m.7/1-b). Kurumun finansörlüğü öğretilmiş ve eleştirilmiştir. SGK’nın gelir kaynaklarına ve kaynakların kullanımına ilişkin olanlar dışında, sistemde siyasal tercihlere göre yapılan değişikliklerin getirdiği ek mali yüklerin sonuçları kurumların aktüeryal dengesi dikkate alınmadan yapılan yasal ve yönetsel düzenlemeler, uzun dönemde sosyal güvenlik kuruluşlarının finansal dengesini olumsuz yönde etkilemektedir.<sup>23</sup> Bir yandan böylesine büyük bir kesime nasıl hizmet sunulacağı akla gelirken, diğer yandan sigorta yardımları için toplanan primlerin amaç dolanarak kullanılmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir.<sup>24</sup> Bu konudaki görüşlere

<sup>21</sup> [https://www.istabip.org.tr/site\\_icerik/2020/aramak/iyh\\_2021\\_sozlesme\\_ucretleri.pdf](https://www.istabip.org.tr/site_icerik/2020/aramak/iyh_2021_sozlesme_ucretleri.pdf).

<sup>22</sup> “Destek ödemelerine ilişkin başvurular; a) Ocak, şubat ve mart ayları için nisan ayının, b) Nisan, mayıs ve haziran ayları için temmuz ayının, c) Temmuz, ağustos ve eylül ayları için ekim ayının, ç) Ekim, kasım ve aralık ayları için izleyen yılın ocak ayının sonuna kadar yapılır” (Teb. m.4/4).

<sup>23</sup> KORKUSUZ Refik / UĞUR Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin Basım - Yayın, 5. Baskı, Bursa, 2016, s. 92.

<sup>24</sup> AYDIN Ufuk, İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarısı Üzerine, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2012, S: 26, s. 15; Ayrıca bkz. BULUT Mehmet, Türkiye’de Sosyal Güvenliğin Finansmanında Devlet Katkısı Uygulaması ve İstatistiksel Görünüm, Sayıştay Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 115, s. 91-92: “Türkiye’de son yıllardaki emeklilere bayram ikramiyesi ödemesi, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin desteklenmesi uygula-

biz de katılıyoruz. Ayrıca 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun<sup>25</sup> 37'nci maddesinde yer alan “*Sosyal güvenlik kanunları dışında Kurum giderlerini artıracak yasal düzenlemelerin Kuruma getireceği malî yükün merkezi yönetim bütçesinden karşılanması zorunludur*” hükmü de gözden kaçırılmamalıdır.<sup>26</sup>

İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü, sözleşme yapan ve ödeme kapsamında olan işyerlerinin Yönetmelik'te belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde tespit edilmesini sağlamak amacıyla SGK'ya İSG-KATİP'e erişim yetkisi sağlamaktadır. SGK, kapsama giren işverenlere sağlanan hizmetin bedelini, üçer aylık dönemler halinde hesaplar.<sup>27</sup> Dönem sonundaki tutarları takip eden ikinci ayın sonunda işverene öder (Yön. m.6/2).<sup>28</sup>

Yönetmelik ile işverenin SGK'ya yasal süresi içerisinde ödenmemiş prim ve prime ilişkin borcunun bulunması halinde, destek tutarlarının bu borca mahsup edileceği hüküm altına alınmıştır (Yön. m.6). Bu sayede ödenmemiş primlerin mahsup yoluyla ödeneceği öngörülmüştür. İlk anda mahsuplaşma yerine prim borcu olan işyerlerini destek kapsamı dışında tutmanın daha isabetli olabileceği düşünülebilir. Fakat birikmiş prim borcu olan işverenlerin, sadece destekten yararlanabilme güdüsüyle de bu borcu ödemeyecekleri düşünüldüğünde mahsup yönteminin daha isabetli olduğunu düşünüyoruz.

Kapsama giren işverenlerce destekten yararlanmak için başvuru yapılır. Yapılacak başvuru ve ödeme ile ilgili uygulamaya ilişkin diğer hususlar Bakanlık'ın uygun görüşü doğrultusunda SGK tarafından belirlenir (Yön. m.6/4).

*masının SGK bütçesinden karşılanması gibi uygulamalar sosyal güvenlik harcamaları ve dolayısıyla açıklar üzerinde etkili olmaktadır.”; KILKIŞ İlnur, İş Sağlığı ve Güvenliği'nde Yeni Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) “İŞ, GÜÇ” Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Ocak 2013, C: 15, S: 1, s. 35: “Öncelikle devlet desteğinin hazineden sağlanması daha doğru olacaktır. Anayasanın 49. maddesinde “Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.” hükmü gereğince devlet görevini kendi kaynakları ile yerine getirmelidir. Bunun yanı sıra tüm işverenlerden ve çalışanlardan sağlanan kaynağın sadece belli bir kesim için kullanılmasının, Anayasanın 10. maddesindeki “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” eşitlik ilkesine de uygun olmadığı düşünülmektedir”*

<sup>25</sup> RG, 20.05.2006, 26173.

<sup>26</sup> Bkz. ALPER Yusuf, Sosyal Sigortalar Hukuku, Dora Basım - Yayın, 11. Baskı, Bursa, 2020, s. 55-56.

<sup>27</sup> Yönetmelik'in taslak aşamasında altı aylık olarak belirlenen hesaplama dönemi, daha sonra üçer aylık hesaplama dönemi olarak belirlenmiştir. Bkz. YORGUN Sayım, İşverenlere Devlet Desteği Yürürlüğe Girdi, <https://sgkrehberi.com/haber/30575/> (E.T.: 29.09.2021).

<sup>28</sup> Tebliğ m.6/1: “a) Birinci dönem destek ödemeleri ocak, şubat ve mart ayları için mayıs ayının sonunda, b) İkinci dönem destek ödemeleri nisan, mayıs ve haziran ayları için ağustos ayının sonunda, c) Üçüncü dönem destek ödemeleri temmuz, ağustos ve eylül ayları için kasım ayının sonunda, ç) Dördüncü dönem destek ödemeleri ekim, kasım ve aralık ayları için izleyen yılın şubat ayının sonunda, gerçekleştirilir.”



Başvurunun reddi halinde nasıl bir yol izleneceği hususuna Yönetmelik'te ve Tebliğ'de yer verilmemiştir. Kanun'a göre ise uygulamaya ilişkin olarak ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye, uygulamayı yönlendirmeye ve doğabilecek sorunları çözmeye Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (kıs. ÇSGB) yetkili kılınmıştır (m.7/1-d). Başvurusu SGK'nın yetkili birimince reddedilen işverenin, bu karara karşı idari yönden ÇSGB'ye itirazının ve konuyu onun incelemesine götürmesinin, işveren için mutlaka izlenmesi gereken bir yol mu, yoksa doğrudan yargıya başvurmayı engellemeyen bir alternatiften mi ibaret bulunduğu da belli değildir.<sup>29</sup> Kanaatimizce ÇSGB'nin işlevi, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunlara yönelik tebliğ, genelge, vb. düzenleme yapmaya yöneliktir. Buradan anlaşılan, İSG desteği konusunda düzenleme yetkisi; SGK'da, Sağlık Bakanlığı'nda, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nda veya Hazine ve Maliye Bakanlığı'nda vb. kuruluştaki değil, bizzat ÇSGB'dedir.<sup>30</sup> Bakanlığın, idari uyuşmazlığın çözümünde mahkeme öncesi mecburi bir basamak olacağına yönelik Yönetmelik veya Tebliğde hüküm bulunmaması da buna işaret etmektedir.

Başvurunun reddi noktasında, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'yla<sup>31</sup> (kıs. İMK) getirilen SGK'ya başvuru zorunluluğu hususuna da değinmek gerekir. İMK'ye göre, "5510 sayılı Kanun ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce SGK'ya başvurulması zorunludur" (İMK m.4/1). Ret kararını veren SGK ünitesi olsa da, çalışmamızın konusunu oluşturan iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin devlet tarafından desteklenmesi, 5510 sayılı Kanun'dan değil, 6331 sayılı Kanun'dan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla başvurusu reddedilen işverenin, İMK m.4 gereği SGK'ya başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Başvurusu reddedilen işveren, yine de 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu m.11'deki üst makamlara başvurma hakkını da kullanabilir.<sup>32</sup> İlgili maddenin amacı; bir yönden, hukuka bağlı idare anlayışına uygun davranmak durumunda olan idareye, yapmış olduğu hukuka aykırı idarî işlemini, dava yoluna gidilmesine gerek bırakmaksızın, düzeltme olanağı tanımak; diğer yönden de,

<sup>29</sup> AKYİĞİT, s. 51.

<sup>30</sup> Burada Sağlık Bakanlığı'nı ve Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nı zikretmemizin sebebi de Kanun'un "Etkinlik ve sürekliliğin sağlanması amacıyla; Bakanlık tarafından Sağlık Bakanlığı, Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı ve ilgili meslek kuruluşlarıyla iş birliği yapılabilir" ifadesidir (m.7/3).

<sup>31</sup> RG, 25.10.2017, 30221.

<sup>32</sup> Madde 11 - "1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Otuz gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır."

idare edilenlerin, uzun ve masraflı yargı başvurusu yerine, daha kısa ve masrafsız olan idarî başvurusu ile hedeflerine ulaşabilmelerini sağlamaktır.<sup>33</sup> İşte burada, SGK Ünitesi kararına karşı başvurulacak makam kanaatimizce SGK'dır. Şayet böyle bir başvuru mevcut ise dava açma süresi duracaktır. Ancak bu başvuru zorunlu bir başvuru değildir.<sup>34</sup> İşveren dilerse doğrudan mahkemeye de başvurabilir.

Başvurunun reddi durumunda uyuşmazlıkta, görevli mahkeme İMK'nın, "İş Mahkemeleri, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun taraf olduğu iş ve sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin dava ve işlere bakar (m.5/1-b)" hükmü gereği iş mahkemesidir. 6331 sayılı Kanun, iş ve sosyal güvenlik mevzuatı ve ilgili maddenin kapsamı içinde değerlendirilmelidir. SGK'nın, 5510 sayılı Kanun'dan farklı bir kanuni düzenleme ile başkaca işler için görevlendirilme durumu sadece İSG desteklerine özgü bir durum değildir. Yargıtay, yerel (iş) mahkemenin 3417 sayılı Kanun'un<sup>35</sup> m. 7'sine<sup>36</sup> göre tasarruf teşvik kesintilerinin tahsil görevinin Sosyal Sigortalar Kurumu'na verildiğinden bahisle görevsizlik kararı verdiği bir uyuşmazlıkta, "Emeklilik nedeniyle iş yerinden ayrılan işçinin, tasarrufu teşvik alacağı davasında, kesintilerin tahsili görevinin Sosyal Sigortalar Kurumu olduğundan bahisle görevsizlik kararı verilmemeli, İş Mahkemesinde davaya devam edilerek işin esası incelenip hesaplama yapılarak sonuca göre hüküm verilmelidir." şeklinde karar vermiştir.<sup>37</sup> Söz konusu karar-

<sup>33</sup> DENİZ Yusuf, BOZ Selman Sacit, GÜRKAN Mehmet Fatih, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan İdari Başvurular, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 2, Yıl 2013, s. 33.

<sup>34</sup> Danıştay 9. Daire, 16.02.2012, E. 2009/4653, K. 2012/764: "... 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. maddesinde yer alan üst makamlara başvuru yolu zorunlu değil ihtiyari bir başvuru yoludur. İlgililer dava açma süresi içinde doğrudan dava açabilecekleri gibi dava açmadan önce, tesis edilen işlemin kaldırılmasını, geri alınmasını değiştirilmesini veya yeni bir işlem yapılmasını üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan isteyebilirler. Öngörülen bu usulün ihtiyari bir usul olması nedeniyle de ilgililer bu yola başvursalar dahi, dava açma süresi içinde olmak şartıyla, idari dava da açabilirler. Zira getirilen bu düzenlemeyle ilgililere bir yükümlülük değil, bir hak tanınmaktadır. Hal böyle olunca, 11. madde kapsamında bir başvuru da bulunulmuş olması ve bu başvurunun henüz sonuçlanmamış olması ilgililer tarafından idari dava açma süresi içinde dava açılmasını engellemez. Bu husus gözetilmelidir."

<sup>35</sup> Çalışanların Tasarrufa Teşvik Edilmesi ve Bu Tasarrufların Değerlendirilmesine Dair Kanun (RG, 18.3.1988, Sayı: 19758).

<sup>36</sup> Madde 7. - "İşverenlerin, ücretlerden yapacakları tasarruf kesintileri ile sağlayacakları işveren katkılarını 4'üncü maddede belirtilen süreler içinde ilgililerin banka hesaplarına yatırmamaları halinde, yatırılması gereken miktarlar resen veya ilgililerin başvurusu halinde Sosyal Sigortalar Kurumunca 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun primlerin tahsiline ilişkin hükümleri dairesinde tahsil olunarak alınacak gecikme zammı ile birlikte ilgili banka hesabına yatırılır. Tasarruf tutarlarını süresi içinde ve tam olarak ödemeyen Bağ-Kur sigortalılarının ödemeleri gereken tutarlar 1479 sayılı Kanun'un primlerin tahsiline ilişkin hükümleri çerçevesinde Bağ-Kur tarafından tahsil olunarak ilgili banka hesabına yatırılır."

<sup>37</sup> Yargıtay 9. HD, 20.09.1999, E. 1999/14541, K. 1999/14001 (Yargıtay Kararları Dergisi C: 27, S: 4, s. 522-523'den nakleden BOZKURT Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2018, s. 219-220).



da da uyumsuzluk sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanmamaktadır ancak iş mahkemesinin görevli olduğuna karar verilmiştir.

Desteğin süresi ve desteğin hangi hallerde kesileceği hususunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Süre olarak Kanun'da destek için aranan ve yukarıda saydığımız koşulların varlığının devamı süresince desteğin devam edeceği, koşulların kaybolması durumunda da desteğin kesileceği açıktır.

#### IV. Denetim ve Yaptırım

Sağlanan destekle ilgili olarak gerektiğinde ÇSGB ve SGK denetim elemanları tarafından denetim yapılacağı Yönetmelik'te belirtilmiştir (Yön. m.10).

*"6331 sayılı Kanun ve diğer mevzuat gereğince yapılan kontrol ve denetimlerde; istihdam ettiği kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunmadığı tespit edilen işverenlerden, tespit tarihine kadar yapılan ödemeler yasal faizi ile birlikte SGK tarafından tahsil edilir ve bu durumdaki işverenler, sağlanan destekten üç yıl süreyle faydalanamaz"* (6331 sayılı Kanun m.7/1-ç).<sup>38</sup> İstihdam ettiği kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunmadığı tespit edilen birden fazla işyeri olan işverenlerin tüm işyerleri için destek kesilir mi? Bu husus Yönetmelik'te açıklanmıştır. Buna göre *"birden fazla işyeri bulunan işverenlere ait işyerlerinde kayıt dışı çalışmanı bulunduğu tespit edildiğinde, gerek tespitin yapıldığı işyeri için, gerekse diğer işyerleri için kayıt dışı çalışmanın işe başladığı aydan itibaren yapılan ödemeler Kurum'ca yasal faizi ile birlikte geri alınır ve söz konusu işverenler tespitin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanılarak sağlanan destekten üç yıl boyunca yararlanamaz"* (Yön. m.9/2). Desteklerle birlikte, kayıt dışılığı önleme amaçlanmıştır.<sup>39</sup> Ancak işverenlerin, söz konusu destekten yararlanmaları için dokuzdan fazla işçi çalıştırmama ya da ilave işçileri kayıt dışı çalıştırma eğiliminin oluşacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.<sup>40</sup> Ayrıca ihlale karşılık olarak doğrudan üç yıllık bir yaptırım süresi yerine, ihlalin tekrerrüne göre, kademeli olarak artan yaptırım süresinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

<sup>38</sup> Aynı husus Yönetmelik'te şu şekilde açıklanmıştır: *"SGK'nın denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurlarınca yapılan tespitler veya diğer kamu idarelerinin denetim elemanlarınca kendi mevzuatları gereğince yapacakları soruşturma, denetim ve incelemeler neticesinde ya da bankalar, döner sermayeli kuruluşlar, kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlardan alınan bilgi ve belgelerden veya mahkeme ilamına istinaden çalıştırdıkları sigortalıları Kuruma bildirmedikleri tespit edilen işverenler, tespitin yapıldığı ayı takip eden aydan başlanılarak sağlanan destekten üç yıl süreyle faydalanamaz ve kayıt dışı çalışmanın işe başladığı aydan itibaren yapılan ödemeler Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yasal faizi ile birlikte geri alınır"* (Yön. m.9/1)

<sup>39</sup> ERTÜRK Şükran, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2012, S: 27, s. 18.

<sup>40</sup> KORKMAZ Adem / AVSALLI Hüseyin, Çalışma Hayatında Yeni Bir Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Ağustos 2012, Sayı: 26, s. 157.

Örneğin yedi işçisi bulunan işverenin, bir işçisini SGK'ya bildirmedeği ortaya çıktığında, söz konusu işçinin kuruma bildirilmemiş olmasının başvuru koşullarını etkilemeyeceği, bildirilmiş olsaydı bile dokuz sayısının aşılmayacağı şeklinde bir savunma yapılabilecek midir? Kanun'un lafzından böyle bir sonuca varılamayacağı anlaşılmaktadır. Zira Kanun'da, yaptırım için istihdam edilen kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunulmaması yeterli görülmuş, bu durumun destek alma koşullarına etkisinden bahsedilmemiştir.

Söz konusu yaptırıma karşı itiraza yönelik Kanun'da, Yönetmelik'te ve Tebliğ'de herhangi özel bir usulden bahsedilmemiştir. Görevli mahkeme İMK'nın, m.5/1-b hükmü gereği İş Mahkemeleridir.<sup>41</sup>

## Sonuç

Çalışmamızda devletin İSG desteğinin şartları, destek bedellerinin tespiti, desteğe başvuru, desteğin ödenmesi ve kesilmesi, denetim ve yaptırım konuları değerlendirilmiştir. Çalışmamızda özetle şu özgün kanaatlere varılmıştır:

- Devletin, küçük ölçekli işyerlerinde İSG hizmetlerinin sağlanabilmesi için teşvik edici politikalar izlemesi ve maddi destek uygulaması isabetlidir. Kanun'da belirtilen şartları yerine getiren işverenler, devletin bu konuda sağladığı destekten faydalanabilmektedir.
- 6331 sayılı Kanun tarafından Cumhurbaşkanı'na, ondan az çalışanı bulunanlardan az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinin de faydalanmasına karar verebilme yetkisi, yalnızca az tehlikeli sınıfa giren işyerlerinin tümünden dilediğine bu imkânı tanımak tarzında değil, 10'dan az sayıda çalışanı bulunan işyerlerinde kullanılabilir bir yetkidir.
- İşten çıkan sigortalının çalışan sayısına eklenmesi isabetli değildir.
- Desteğin hesabında kıstas alınacak işçi sayısında aday çırak, çırak ve işletmelerde mesleki eğitim gören öğrenciler çalışan sayısının tespitinde dikkate alınmamaktadır. Ancak söz konusu düzenlemenin Kanun'a değil Yönetmelik'e dayanması eleştiriye açıktır.
- Kanun'a göre ise uygulamaya ilişkin olarak ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye, uygulamayı yönlendirmeye ve doğabilecek sorunları çözmeye ÇSGB yetkili kılınmıştır (m.7/1-d). ÇSGB'nin işlevi, uygulamada ortaya çı-

<sup>41</sup> 6331 sayılı Kanun'un m.26/2 fıkrasına göre Sosyal Güvenlik Kurumu'nca verilen idari para cezalarının tebliğ, itiraz ve tahsilinde 5510 sayılı Kanun'un 102'nci maddesi hükümleri uygulanacaktır. 5510 sayılı Kanun'un m.102/4'üncü fıkrasına göre ise "İdari para cezaları ilgili tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler". Ancak altını çizmek gerekir ki burada bahsettiğimiz bir para cezası değildir.

kabilecek sorunlara yönelik tebliğ, genelge, vb. düzenleme yapmaya yöneliktir.

- Destek başvurusunun reddi noktasında işveren, dilerse SGK'ya itiraz edebilir. Bu itiraz zorunlu değildir. Başvuruya karşı görevli mahkeme ise iş mahkemeleridir.
- 6331 sayılı Kanun ve diğer mevzuat gereğince yapılan kontrol ve denetimler sonucunda istihdam ettiği kişilerin sigortalılık bildiriminde bulunmadığı tespit edilen işverenler sağlanan destekten üç yıl süreyle faydalanamamaktadır. Üç yıllık bir yaptırım süresi yerine, ihlalin tekerrürüne göre kademeli olarak artan yaptırım süresi daha isabetli olacaktır.
- Söz konusu yaptırıma karşı itiraza yönelik Kanun'da, Yönetmelik'te ve Tebliğ'de herhangi bir özel usulden bahsedilmemiştir. Kanaatimize göre görevli mahkeme iş mahkemesidir.

**Kaynakça**

- AKYİĞİT Ercan, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinde Devlet Desteği, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2013, Y: 8, S: 29, s. 40-60.
- ALPER Yusuf, Sosyal Sigortalar Hukuku, Dora Basım - Yayın, 11. Baskı, Bursa, 2020.
- BALOĞLU Cem, Avrupa Birliği'nde İş Sağlığı ve Güvenliği Politikaları, Kamu İş; C: 14, S: 2/2015, s. 97-110.
- BOZKURT Argun, İş Yargılaması Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, 2018.
- BULUT Mehmet, Türkiye'de Sosyal Güvenliğin Finansmanında Devlet Katkısı Uygulaması ve İstatistiksel Görünüm, Sayıştay Dergisi, Cilt: 30, Sayı: 115, s. 83-108.
- DENİZ Yusuf, BOZ Selman Sacit, GÜRKAN Mehmet Fatih, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. Maddesine Göre Yapılan İdari Başvurular, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 2, Yıl 2013, s. 31-62.
- ENGİN Tuğba, 6331 Sayılı Kanun Çerçevesinde İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetlerinin Desteklenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Dan: İlknur Kılık), Bursa, 2014.
- ERTÜRK Şükran, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda İşverene Getirilen Yükümlülükler, Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2012, S: 27, s. 13-24.
- KILKIŞ İlknur, İş Sağlığı ve Güvenliği'nde Yeni Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu (İSGK) "İŞ, GÜÇ" Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi, Ocak 2013, C: 15, S: 1, s. 19-42.
- KORKMAZ Adem / AVSALLI Hüseyin, Çalışma Hayatında Yeni Bir Dönem: 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Yasası, SDÜ Fen Edebiyat Fakültesi Ağustos 2012, Sayı: 26, s. 153-167.
- KORKUSUZ Refik / UĞUR Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, Ekin Basım - Yayın, 5. Baskı, Bursa, 2016.
- ÖZDEMİR Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku Dersleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- SÜMER Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- UFUK AYDIN, İş Sağlığı ve Güvenliği Tasarısı Üzerine, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2012, S: 26, s. 10-18.
- YORGUN Sayım, İşverenlere Devlet Desteği Yürürlüğe Girdi, <https://sgkrehberi.com/haber/30575/> (ET: 29.09.2021).

# Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Bireysel Sorumluluğun Belirlenmesi<sup>(\*)</sup>

## *The Determination of Individual Liability in Accordance with the Differentiated Solidarity Principle*

Arş. Gör. Firdevs ARSLAN<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 6762 sayılı Ticaret Kanununun hukuki sorumluluk uygulamasındaki mutlak teselsül anlayışını terk ederek farklılaştırılmış teselsül ilkesinin kabul etmiştir. Yeni olan bu ilke ile birlikte sorumlu olunan miktarda her bir borçlu bakımından kusur oranı ve Türk Borçlar Kanunu m.51 ve m.52 dikkate alınarak, farklılaşmaya gitmek ve ayrı ayrı bireysel sorumluluk tavanları belirlemek mümkün hale gelmiştir. Bu çalışmada bireysel sorumluluğu belirleyen faktörler üzerine odaklanılarak farklılaştırılmış teselsül ilkesi ele alınmaktadır. Bu ilkeye göre, aynı zarardan sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin her biri, kendi şahsında doğmuş olan bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide de ileri sürerek, sadece zararın kendilerine isnat edilecek tutarıyla sorumlu olacaklardır. Şöyle ki, borçlu başkalarıyla birlikte zararın tamamından sorumlu olmayacak, tek başına zararın ne kadarından sorumlu olacak idiyse o kadarından sorumlu olmaya devam edecektir.

### Anahtar Kelimeler

Farklılaştırılmış Teselsül, Müteselsil Sorumluluk, Bireysel Sorumluluk, Bireysel Sorumluluk Tavanı, Dış ve İç İlişki.

### Abstract

The new Turkish Commercial Code no. 6102 adopted the differentiated solidarity principle by quitting the absolute liability principle, which was accepted and brought by the former Commercial Code no. 6762. With this new principle it is possible to differentiate the total amount in charge by considering the defect rate and Turkish Law of Obligations Article 51 and 52 for each person and to determinate individual ceiling of liability. In this study, we aim to discuss the differentiated solidarity principle by focusing on individual factors of liability. Namely, the obligor will not be liable for the entire damage together with others, but will continue to be liable the amount of the damage he individually would be liable.

### Keywords

Differentiated Solidarity, Joint Liability, Individual Liability, Ceiling of Individual Liability, Foreign and Internal Affair.

<sup>(\*)</sup> [Makale geliş tarihi:](#) 15.04.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 16.10.2021.

<sup>(\*\*)</sup> Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

[E-posta:](mailto:fsavas@cumhuriyet.edu.tr) fsavas@cumhuriyet.edu.tr.

[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0002-3915-8062) <https://orcid.org/0000-0002-3915-8062>.

## Giriş

Anonim ortaklıklarda geçmişten günümüze kadar uzanan tartışmalardan biri, AO yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu ve bu sorumluluğun kapsamı olmuştur. Türkiye, Almanya, Avusturya ve İsviçre gibi ülkelerde hukuk sistemleri, yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davaları açısından müteselsil sorumluluk sistemini kabul ederek, alacaklının alacağına kavuşmasını teminat altına almıştır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) zamanında zarar gören, kusur derecesini ispata gerek duymadan istediği üyeye başvurup zararının tamamı için dava edebilmekteydi. Bu kişiler, zarar görene karşı ortak defileri ve kendilerinden kaynaklanan kişisel defileri, dış ilişkide değil ancak iç ilişkide ileri sürebilmekteydi. Nitekim 6762 sayılı TTK 336 vd. hükümleri gereği yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından mutlak teselsül ilkesi kabul edilmekteydi. İsviçre Borçlar Kanunu da 1991 yılında yapılan değişiklikten önce aynı şekilde mutlak teselsül ilkesini kabul etmekteydi.

Mutlak teselsül ilkesi gereği bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesi imkanının tanınmaması, zarara sebep olan kişilerin kusur oranları farklı olmasına rağmen zararın tamamından sorumlu olmalarına neden olmuştur. Yapılan uzun tartışmalar sonucu, İBK m.759 ile 1991 yılında getirilen anonim ortaklıklara özgü sorumluluk hukukunda müteselsil sorumluluk düzenlemesi TTK m.557 hükmü ile bizim hukukumuzda da getirilmiştir. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi adı verilen bu hükme göre, zarardan sorumlu olanların müteselsil sorumluluğu, kendi kusur oranıyla ve durumun diğer gerekleri dolayısıyla şahsen sorumlu tutulacağı miktarla sınırlandırılmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde genel anlamda teselsül ve müteselsil sorumluluk kavramları, ikinci bölümünde farklılaştırılmış teselsül kavramı incelenecektir. Üçüncü bölümde ise farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunun kapsamlı incelemesi yapılacaktır. Dördüncü bölüm olan son bölümde de farklılaştırılmış müteselsil sorumluluğun genel olarak hukuk politikası açısından değerlendirilmesi yapılmaya çalışılacaktır.

## I. Müteselsil Sorumluluk

### A. Teselsülün Anlamı ve Kapsamı

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren davranışları nedeniyle sorumluluğu, teselsül sorumluluğudur. Bu durumda öncelikle müteselsil sorumluluk kavramını incelemek gereklidir. Teselsül kelimesinin hukuki anlamda karşılığına baktığımızda; birden çok kimsenin alacaklıya karşı aynı borcun tamamını yükledikleri veya birden çok alacaklının tek bir borcu

istemeye hakkı olduğunu gösteren durum; dayanışma olarak tanımlanmaktadır.<sup>1</sup> Müteselsil sorumluluk, sadece anonim ortaklıklara ilişkin bir müessese olmayıp 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)'da düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK'da ise teselsül, ticari işlerde teselsül karinesi başlığı altında 7. maddede düzenlenmiştir. Ancak çalışmamızın esasını teşkil eden konu TTK m.557'de düzenlenen teselsül hükmüdür.

TBK m.162'de düzenlenen genel müteselsil sorumluluk tanımına bakıldığında; birden çok borçlunun alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı kabul ettiklerini bildirdiklerinde müteselsil sorumluluk doğmaktadır. Tarafların müteselsil borcun varlığına ilişkin iradelerini farklı şekilde ortaya koymaları mümkündür. Şöyle ki, her bir borçlunun borcun tamamını üstlenmiş olduğu ya da alacaklının borcun ifa edilmemesi halinde borcun tamamı için dilediği borçluya başvurabilmesi yönündeki ifadeler, müteselsil borçluluğu ortaya çıkarmaktadır.<sup>2</sup> Bu bildirim olmadığı sürece müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen istisnai hallerde oluşur. Müteselsil sorumlulukta amaç, alacaklının birden fazla borçluyla karşı karşıya kaldığı için zayıflayan durumunu dengelemek ve borcun ödenmeme riskini azaltmaktır.<sup>3</sup> Müteselsil sorumluluk halinde zarar gören, zararın tamamını tek bir sorumludan veya hepsinden talep edebilme imkanına sahip olduğu için, diğer borç ilişkilerine göre daha güçlü ve ayrıcalıklı durumdadır. Bu durumda müteselsil borçlulardan her biri borcun tamamından sorumlu olup borç bir kere ödendiğinde sona ermektedir. Zararın bir kısmı ifa edildiğinde borç, ifa edildiği oranda sona ermektedir.<sup>4</sup>

## B. Eski TBK ve TTK'ya Göre Tam (Mutlak) - Eksik Teselsül Ayırımı

6762 sayılı TTK (ETTK) m.336'ya göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektiren davranışlarından dolayı uygulanacak teselsül mutlak (tam) teselsüldü.<sup>5</sup> Ancak ETTK'da AO hukukuna özgü bir teselsül ve rücu hükmü bulunmadığı için bu konuda TBK genel hükümlerine gidilmekteydi. Tam-eksik teselsül ayırımı EBK'da m.51 ve 52'de düzenleme bulmaktaydı. Yeni BK ise bu hükümleri tek madde haline getirmiş; 62. maddenin ikinci fıkrası uyarınca hem tam hem de eksik teselsül halinde halefiyetin varlığını kabul edip, eksik teselsülde rücu sırasını kaldırmış olması sebebiyle, bu ayırımın önemi kalmamıştır. Ancak yine de TBK m.61 ve 62'nin anlaşılması açısından tam-eksik teselsül ayırmadan bahsetmek gereklidir.

<sup>1</sup> EREN, s. 915; TEKİNALP, s. 461; PULAŞLI, s. 701; www.sozluk.adalet.gov.tr.

<sup>2</sup> KILIÇOĞLU, s. 758; EREN, s. 918.

<sup>3</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 251; KILIÇOĞLU, s. 759.

<sup>4</sup> KARAYALÇIN, s. 655; KILIÇOĞLU, s. 759; EREN, s. 918.

<sup>5</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2117; TEKİNALP, s. 461; POROY, TEKİNALP VE ÇAMOĞLU, s. 433.

Tam teselsül, birden çok sorumlunun sözleşmenin kurulduğu sırada borcun tamamından sorumlu olduklarını beyan etmeleri ile sözleşme ya da kanun hükümleri gereği doğmaktadır. (TBK 162). Tam teselsülün oluşması için bir zararın birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi gerekir. Bu kişiler dış ilişkide şahsi sebepleri ve kusur oranlarını ileri süremeden zararın tamamından sorumlu iken; iç ilişkide rücu hakları bakımından kusurları oranında indirim oranları tespit edilmektedir.<sup>6</sup> Tam teselsülün söz konusu olduğu hallerde, zararı tazmin eden kişinin EBK m.147/1 (TBK m.168) uyarınca alacaklının haklarına halefiyet hakkı bulunmaktaydı.<sup>7</sup>

Eksik teselsül ise birden fazla kişinin farklı sebeplerle sorumlu olması anlamına gelmekteydi ve bazı noktalarda tam teselsülden ayrılmaktaydı. Eksik teselsülde tam teselsülden farklı olarak borçlulardan birine karşı kesilen zamanaşımı diğerlerine karşı kesilmemekteydi.<sup>8</sup> Yine eksik teselsülde tam teselsüldeki gibi rücu hakkından yararlanan borçlunun zararı ödediği miktarda alacaklının haklarına halef olması mümkün değildi.<sup>9</sup> Son olarak tam teselsülde hakkında indirim sebebi bulunan kişiden de zararın tamamı istenebilirken, eksik teselsülde hakkında indirim sebebi bulunan kişiden tazminatta indirim imkanı bulunmaktaydı.<sup>10</sup> ETTK 321/5 hükmü gereğince haksız fiiller bakımından şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasında eksik teselsülün olduğu ve bu nedenle zararı ödeyen yönetim kurulu üyesinin şirkete rücu edemeyeceği genel olarak kabul görmekteydi.<sup>11</sup>

Yönetim kurulunun hukuki sorumlulukları bakımından tam (mutlak) teselsülün olduğu yani davacının yöneticilerin kusurlarının derecesine bakılmaksızın tazminatın tamamını birinden veya hepsinden isteyebileceği kabul ediliyordu.<sup>12</sup> Yani zarar görenlere, yönetim kurulu üyelerinin genellikle kurul halinde çalışması göz önünde bulundurularak şirket tüzel kişiliğine, şirket alacaklılarına ve pay sahiplerine kimin kusurlu olduğunu araştırmaya zorunlu olmaksızın diledikleri şekilde müracaat hakkı tanınmıştı.<sup>13</sup>

ETTK'da kabul gören bu sistem, zararın esas sorumlularının malvarlıklarına ulaşamaması sebebiyle veya hafif kusuruyla sebep olan dürüst yöneticilerin tüm malvarlığını kaybetmelerine sebep olması gerekçeleriyle eleştirilmiş ve değiştirilmesi istenmiştir.<sup>14</sup> 6102 sayılı yeni TTK m.557 ile alacaklı ve borçlu arasındaki

<sup>6</sup> HELVACI, s. 82; PULAŞLI, Şerh, s. 2116.

<sup>7</sup> KILIÇOĞLU s. 472; DOĞAN / ŞAHAN ve ATAMULU, s. 324.

<sup>8</sup> EREN, s. 925; TANDOĞAN, s. 383.

<sup>9</sup> REİSOĞLU, s. 181; OĞUZMAN ve ÖZ, s. 711.

<sup>10</sup> HELVACI: s. 83; EREN, s. 925.

<sup>11</sup> GÜRSOY, s. 60; AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 254.

<sup>12</sup> AKDAĞ s. 1211; BAHTİYAR, s. 397.

<sup>13</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 252.

<sup>14</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 253; GÜRSOY, s. 58.



menfaat dengesini alacaklı lehine bozan mutlak teselsül ilkesi İsviçre de sert eleştirilere maruz bırakılıp terk edilmiş;<sup>15</sup> onun yerine sorumluluk ilkesine ve hakkaniyetin temeline daha uygun olan farklılaştırılmış teselsül ilkesi kabul edilmiştir.<sup>16</sup>

## II. Farklılaştırılmış Teselsül

### A. Genel Olarak

Hem ETTK'da hem yeni TTK'ya kaynak teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1991'de yapılan değişikliğe kadar kabul gören mutlak teselsül sistemi, değişiklikten sonra yerini dış ilişkide bireysel indirim sebeplerinin ileri sürülebileceği farklılaştırılmış teselsül sistemine bırakmış ve TTK da aynı şekilde mutlak teselsül sistemini terk etmiştir.<sup>17</sup>

Keza TTK m.557 Hükümet Gerekçesine<sup>18</sup> göre, müteselsil sorumluluk ağırlaştırılmış sorumluluk olmamakla birlikte; sorumluların tek başlarına sorumlu tutulsalardı bağlı olacakları rejimden daha ağır şartlar içeren bir rejimle karşı karşıya bırakılması şeklinde yorumlanamaz. Bu ilkeye göre, aynı zarardan sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin her biri, kendi şahsında doğmuş olan bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide de ileri sürerek, sadece zararın kendilerine isnat edilecek tutarıyla sorumlu olacaklardır. Bir başka deyişle borçlu başkalarıyla birlikte zararın tamamından sorumlu olmayacak, tek başına zararın ne kadarından sorumlu olacak idiyse o kadarından sorumlu olmaya devam edecektir.<sup>19</sup>

Farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre, sorumlu olan her bir kişi ancak kendi kusurunun ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, zarardan diğerleriyle birlikte sorumlu olacaktır. Bu halde farklılaştırılmış teselsülde sorumluluğun doğması için, kişisel kusur, kusur derecesi ve uygun illiyet bağı önemlidir.<sup>20</sup>

Mutlak müteselsil sorumluluk anlayışında tazminat hukukunun temel ilkesi olan uygun illiyet bağı kavramı geri plana atılmış ve uygun illiyet bağı dışında kalsalar da sorumluların tümü bütün zarardan sorumlu tutulmuştur. Ancak İsviçre hukukunda da belirtildiği üzere illiyet bağı aşan bir sorumluluk sonucunu doğuran mutlak müteselsil anlayışının sona erdirilmesi ihtiyacı hasıl olmuştur.<sup>21</sup> Nitekim farklılaştırılmış teselsül sorumluluk bakımından temel olan uygun illiyet bağının önemini yeniden ön plana çıkarmakta ve kişinin sadece uygun illiyet bağı çerçe-

<sup>15</sup> OFTINGER, s. 245; TTK Gerekçe m.557.

<sup>16</sup> ÇAMOĞLU, s. 415; BAHTİYAR, s. 397.

<sup>17</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 255; GÖKTÜRK / CAN, s. 250.

<sup>18</sup> TTK Gerekçe m.558.

<sup>19</sup> GÖNEN, s. 125; ŞENER, s. 423; TEKİNALP, s. 461.

<sup>20</sup> PULAŞLI Şerh, s. 2119.

<sup>21</sup> BÖCKLI, Ahtienrecht, 2. Auflage, N. 2021.

vesinde sebep olduğu zarar miktarından sorumlu olmasını sağlamaktadır. Bunun sonucu olarak da sorumluluk miktarı zararlar kusur arasındaki illilik oranıyla sınırlandırılmaktadır.<sup>22</sup> Her bir sorumlunun müteselsil sorumluluğu, bu kişiler tek başına sorumlu olsalardı kendilerinden ne kadar talep edilecek miktar varsa o kadarla sınırlı olacaktır. Kimse uygun illiyet bağına dayanarak kendisine isnat edilemeyen daha ağır bir sorumluluğa maruz bırakılmayacaktır.<sup>23</sup> Bu kapsamda farklılaştırılmış teselsülde, borçlular arasındaki teselsül ilişkisi devam etmekle birlikte, mutlak teselsüle kıyasla, borçlu lehine bir iyileştirme söz konusu olmaktadır<sup>24</sup>

## B. Farklılaştırılmış Teselsül ile Tam (Mutlak) Teselsülün Karşılaştırılması

Mutlak teselsül sorumlulukta zarar gören kişi, zararın tazmin edilmesini talep ederken zararını dava değeri olarak bir rakam halinde belirtir ve fakat sorumlulardan her biri mahkemeden tazminat miktarının belirlenmesini talep edemez. Farklılaştırılmış teselsülde ise yine dava değeri belirtilse de; ayrıca sorumlu her bir kişi mahkemeden ayrı ayrı tazminat borcunu göstermesini talep edebilmektedir.<sup>25</sup>

Yine mutlak teselsül sorumluluk sisteminde mahkeme sorumlu olunan miktarı gösterir, ancak tek tek davalılar açısından sorumlu olunan tutarı belirtmez. Bu tek rakamın tümü davalıların sorumlu olduğu tutardır. Yeni sistemle mahkeme her bir davalının müteselsil ve münferiden sorumlu oldukları tutarı işaret eder.<sup>26</sup>

Farklılaştırılmış teselsülde, alacaklının zararının giderilmesindeki menfaati, borçlunun borcun doğumundaki etkisi esas alınmak suretiyle zayıflatılmıştır.<sup>27</sup>

Farklılaştırılmış teselsül ile mutlak teselsül sorumluluk arasındaki ortak yönleri incelediğimizde farklılaştırılmış teselsülün mevcut olduğu hallerde de, davacının yönetim kurulu üyelerinden birini, birkaçını ya da tamamını dava etmesi, aynen tam teselsülde olduğu şekilde mümkündür (TTK 557/II).

Farklılaştırılmış teselsül, esasen alacaklı menfaatlerini koruyan mutlak teselsül sorumluluğu ile borçlunun menfaatini koruyan iç ilişkideki paya göre sorumluluğun arasında kalmış bir teselsüldür.<sup>28</sup> Farklılaştırılmış teselsülde esas amaç, bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülmesine imkân vermek suretiyle, borçlunun tek başına sorumlu olduğu halden daha ağır bir hukuki duruma düşmesini engellemek ve borçlunun aciz halini alacaklıya yüklemektir.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 254.

<sup>23</sup> BOZKURT, s. 503; BAHTİYAR, s. 397.

<sup>24</sup> VOGT, s. 26.

<sup>25</sup> TEKİNALP, s. 462; BAHTİYAR: s. 398.

<sup>26</sup> TEKİNALP, s. 462; BOZKURT, s. 503.

<sup>27</sup> HELVACI, s. 88; BOZKURT, s. 504.

<sup>28</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 249.

<sup>29</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 256; GÖKTÜRK / CAN, s. 249.

### III. Farklılaştırılmış Teselsüle Göre Sorumluluk

Türk hukukunda farklılaştırılmış teselsüle ilişkin yasal düzenleme, İsviçre hukukundan alınmıştır<sup>30</sup> ve bu teselsül ilişkisi aynı düzenlemeyle çözümlenmiştir. TTK'daki ilgili yasal düzenlemeye baktığımızda, m.557'ye göre;

*“(1) Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.*

*(2) Davacı birden çok sorumlu kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hâkimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir.*

*(3) Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hâkim tarafından belirlenir.”*

Bu durumda madde hükmünden farklılaşmış teselsüle hakim olan belirli ilkelere olduğu sonucuna varabiliriz.

#### A. Teselsülde Belirleyici Özellikler

Farklılaştırılmış teselsüle hakim olan ilkeler madde metni ve maddenin gerekçesinden yola çıkılarak ortaya konulabilir.

Farklılaştırılmış teselsül sorumluluğunda, tazminat hukukunun doğası gereği hiç kimse, uygun illiyet bağına göre kendisinin sebep olmadığı zararlardan sorumlu tutulamayacaktır.<sup>31</sup> Madde gerekçesine<sup>32</sup> göre de, sorumluluk hukukunu uygun nedensellik bağı yönetir. Bunun doğal sonucu olarak da şirkete tek başına verilen zararlara müteselsil sorumluluk uygulanmamalıdır. Yani uygun nedensellik bağının dışında kalan kişinin alacaklının korunması amacıyla sorumlu tutulması, müteselsil sorumluluk kavramına ve adalete aykırı bir durumdur. Yine TTK m.557 ilk fıkrasındaki “yükletilebilme” ifadesinden de, zararın bir kişiye isnat edilebilmesi için zarar ile eylem arasında uygun illiyet bağı arandığı sonucunu çıkarabiliriz. Bu durumda uygun nedensellik bağının, 557. madde hükmünün “*merkez kuralı*” olduğu söylenebilir.<sup>33</sup> Nihayetinde uygun nedensellik bağı

<sup>30</sup> İsviçre Borçlar Kanunu'nun “teselsül ve rücu” başlığını taşıyan 759. madde hükmüne göre, *“Bir zarardan dolayı birden fazla kimsenin tazmin ile yükümlü olması halinde, bunlardan her biri, kusuruna ve mevcut şartlara göre zararın kendisine atfedilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumludur.*

*Davacı birden fazla borçluyu zararın tümü için dava edebilir ve aynı davada hakimden her bir davalının tazmin yükümünü belirlemesini isteyebilir.*

*Borçlular arasındaki rücu ilişkisi, hakim tarafından tüm şartlar değerlendirilmek suretiyle tespit olunur.”*

<sup>31</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2119.

<sup>32</sup> TTK Gerekeçe m.557.

<sup>33</sup> TEKİNALP, s. 464; BAHTİYAR, s. 397.

ilkesi sadece müteselsil sorumluluk kapsamında değil aynı zamanda bireysel ihlallerden doğan zararlar için de aranacaktır. Gerekçede de belirtildiği üzere,<sup>34</sup> müteselsil sorumluluğun kabul edildiği durumlarda zararın bir kısmı müteselsil sorumlular tarafından birlikte verilebilirken; bir kısmı da, tazminat yükümlülerinin bazılarının, kişisel eylem ve kararlarının sonucu olabilmektedir.

TTK m.557 hem teselsül hem de başvuruya (rücüyle) ilgili hükümler getirmektedir.<sup>35</sup> TTK m.557/1 hükmünün rücu ilişkisine uygulanması mümkün değildir. İç ilişkideki rücu meselesi ayrı bir fıkra ile düzenlenmiştir.<sup>36</sup> TTK m.557/3 uyarınca birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hakim tarafından belirlenir. Bu kapsamda madde gerekçesine göre de 3. fıkra düzenlemesi esasında bir rücu hükmü olarak kabul edilmesine rağmen; bu hükmün ancak sorumlulardan birinin ödeme yaptıktan sonra açacağı bağımsız bir rücu davasında uygulama alanı bulacağı belirtilmiş, dış ilişkiyle ilgili sorumluluk davasında uygulama alanının değerlendirilmesi öğreti ve Yargıtay kararlarına bırakılmıştır.<sup>37</sup>

Anonim ortaklık hukukunda birden çok kişiden her biri aynı zararı tazminle yükümlü olduklarında, her biri dış ilişkide kusurlarının derecelerine ve zararın kendilerine yükletilebildiği ölçüde diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Bu durumda sorumluların tazmin borçları kusur derecesi ve zararın her birine yükletilebildiği ölçüde dış ilişkide birbirinden ayrışacaktır. Yani farklılaştırılmış teselsül, müteselsilen sorumlu farklı tazminat yükümlüsü gruplarının ortaya çıkması sonucunu doğurabilmektedir.<sup>38</sup> Şöyle ki, her sorumluluk belirlenirken, dış ilişkide kişisel kusur belirlenmesine gidilecektir.<sup>39</sup> Belirleme yapılırken de BK m.51 ve 52 dikkate alınmaktadır.<sup>40</sup> Gerekçeye göre dış ilişkideki sorumluluğun belirlenmesinin yanı sıra iç ilişkide rücu sorumluluğu belirlenirken de BK m.51 ve 52'den yararlanılabilir.

<sup>34</sup> TTK Gerekçe m.557.

<sup>35</sup> TEKİNALP, s. 461.

<sup>36</sup> BAHTİYAR, s. 397; TEKİNALP, s. 437.

<sup>37</sup> BAHTİYAR, s. 400; BOZKURT, s. 503. DEDEĞAÇ / SAPAN'a göre madde sadece dış ilişkiyi düzenlemekte olup rücu şartları düzenlenmemiştir. Ayrıntılı görüş için bkz. DEDEĞAÇ / SAPAN, s. 74.

<sup>38</sup> TTK Gerekçesi, m.560.

<sup>39</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2119.

<sup>40</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu;

Madde 51- Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.

Madde 52- Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldıracaktır.

Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

Farklılaştırılmış teselsülde zarar gören, zararın tümünü dava edebilmektedir. Bu fıkra zarara uğrayanı farklılaştırılmış teselsül hesabını bizzat yapıp buna göre dava açma zorunluluğundan kurtarmaktadır.<sup>41</sup> Bu nedenle davacıya zararın tamamını dava etme olanağı tanınmıştır. “Zararın tamamı” kavramından ise birden çok kişinin müteselsilen tazminle yükümlü olduğu zarar ile her birinin münferiden sorumlu olduğu zarar anlaşılmaktadır. Yani zararın tamamı içinde birlikte veya münferiden verilmiş zararlar vardır.<sup>42</sup>

Zarar görene karşı sorumluluk anlamına gelen dış ilişkideki tazminat borcu ve iç ilişkide her bir sorumlunun taşınması gereken zarar olan rücu birbirinden farklı kavramlardır. Rücu ilişkisinde sorumluluk belirlenirken sadece kusurun derecesi değil aynı zamanda BK m.50 ve 51 gereği durumun gereği ve özellikle kusurun ağırlığı da dikkate alınacaktır.<sup>43</sup>

## B. Farklılaştırılmış Teselsülde Dış İlişki Sorumluluğu

Farklılaştırılmış teselsülde dış ilişkiyi ilgilendiren yasal düzenleme TTK m.557 1 ve 2. fıkra hükümleriyle sınırlıdır. Bu durumda madde hükmünün ayrı başlıklar halinde incelenmesi gereklidir. Daha önce de bahsedildiği üzere TTK m.557/1’e göre, müteselsil sorumluların tek başına ve birlikte verdikleri zarar halleri birbirinden ayrılmalıdır. Birlikte verilen zarar hallerinde de, dış ilişkide kusurun ağırlığına ve diğer indirim durumlarına göre farklılaştırılmış teselsüle gidilmelidir. Davacı bakımından her bir zarar sorumlusunun kusur oranını tespit etmenin zor olacağı sebebiyle, davacının birden çok davalıyı birlikte dava edebilecek ve hakimden her birinin sorumluluk miktarını belirlemesini isteyebilecektir.<sup>44</sup>

### 1. Teselsülün Dış İlişki Bakımından Sonuç Doğurması

Farklılaştırılmış teselsül ilişkisi, bir müteselsil borç ilişkisidir. Müteselsil borcun iç ve dış ilişkiye dair hükümleri farklı olmakla birlikte, bu borcun “müteselsil” olarak nitelendirilmesinde, borçlular arasındaki iç ilişki değil, alacaklı ile borçlular arasındaki dış ilişki esas alınmaktadır. Dolayısıyla farklılaştırılmış teselsülde de borçlular alacaklıya karşı müteselsil olarak sorumludur ve dış ilişkinin esas alınması gereklidir.<sup>45</sup>

Farklılaştırılmış teselsülde, mutlak teselsülden farklı olarak dış ilişkide de sorumluluk miktarları bireyselleştirilmekte, yani farklılaştırılmaktadır. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin her birinin sorumluluk oranı, özellikle TBK 51 ve

<sup>41</sup> DEDEAĞAÇ / SAPAN, s. 77.

<sup>42</sup> TTK Gerekeçe m.557.

<sup>43</sup> TEKİNALP, s. 462.

<sup>44</sup> KARAHAN, s. 805.

<sup>45</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 254.

52’de yer alan indirim sebepleri de dikkate alınarak belirlenecektir.<sup>46</sup> Farklılaştırılmış teselsül iç ilişkideki rücu halinden farklıdır. Keza iç ilişkide yüzde yüze varacak şekilde paylaşım dış ilişki açısından zorunlu değildir. Dış ilişkide, her bir borçlunun tazminat sorumluluğunun kapsamı, onun zarar gören ile ilişkisine göre tespit edilir.<sup>47</sup>

Farklılaştırılmış teselsül ilişkisi borçluların alacaklıya karşı müteselsil sorumluluğunu kabul etmekle birlikte, sorumluluk miktarı bakımından farklılaşmaya gidilmesine imkan verir. Yani, her bir yükümlü bakımından, sorumluluğun şahsen kendisine isnat edilebileceği ölçüde bir teselsül ilişkisi kurulmaktadır. İç ilişkideki sorumluluk esaslarının, teselsül ilişkisinin farklılaştırılmış teselsül olarak nitelendirilmesinde önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla farklılaştırılmış teselsül, teselsülün dış ilişkisi bakımından sonuç doğuran bir müessesedir.<sup>48</sup>

## 2. TBK m.51 ve 52’nin Dış İlişkiye Etkisi

TTK m.557, davacının sorumlular aleyhine bir dava açması halinde, hakimden bu kişilerin sorumluluk durumunu belirlerken durumun bütün gereklerini de göz önüne almasını istemiştir. “*Durumun bütün gerekleri*” ibaresinden TBK m.51 ve 52’nin dikkate alınması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu halde sorumluluk belirlenirken kusurun derecesi dışında 52. maddede düzenlenen indirim sebepleri de incelenmelidir.<sup>49</sup>

Gerek tek başına gerek aynı zarardan birlikte doğan sorumluluk olsun, koşullar mevcut olduğu takdirde hakim TBK m.51 ve 52 hükümlerini uygular. Bu hükümlerdeki tazminat yükümlülüğünde indirime sebep olan hallere değinmekte fayda bulunmaktadır.

Zararın meydana gelmesinde zarar görenin bizzat kusuru varsa, bu durumda bu husus bir indirim sebebi olabileceği gibi aynı zamanda o kişinin sorumluktan kurtulma sebebi de olabilir. Örneğin zarar gören pay sahibi veya şirket alacaklısının yükümlülük ihlaline bilinçli olarak göz yumması halinde kusuru olduğu söylenebilir.<sup>50</sup> Zararın meydana gelmesinde, sorumlu kişinin hafif kusuru da, zararın kapsamının belirlenmesi açısından önemli bir unsurdur. Zira bir kişiyi hafif sayılacak nitelikte bir ihmalden dolayı, mutlak ve tam kusurlu kişiyle aynı seviyede sorumlu tutmak başta hakkaniyet ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.<sup>51</sup> Hafif kusur bulunması halinde, tazminat miktarında indirim söz konusu olacaktır

<sup>46</sup> HELVACI, s. 89; KARAHAHAN, s. 805.

<sup>47</sup> HELVACI, s. 90; GÖKTÜRK / CAN, s. 254.

<sup>48</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 254.

<sup>49</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2122; TEKİNALP, s. 464.

<sup>50</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2123.

<sup>51</sup> VİTO, s. 146. (Çev. Ezgi Başak DEMİRAYAK-Sadık ÇAPA).

ve zararın tamamı için değil de bir kısmı için sorumlu olunacaktır.<sup>52</sup> Ancak şu husus da belirtilmelidir ki; hafif kusur halinde dış ilişki bakımından tazminattan indirim, kusurun gerçekten “hafif” nitelikte olduğunun net bir şekilde belirlenmesi durumunda mümkün olmalıdır ve bu husus istisnai durumlarda göz önüne alınmalıdır.<sup>53</sup> Zira kusurun derecesi dış ilişkide, sorumluların sorumluluk miktarları birbirleriyle karşılaştırılmadan tespit edilir. Bu durumun tek istisnası, bir sorumlunun kusurunun diğer sorumlunun kusurlu davranışıyla zarar arasındaki uygun illiyet bağımlı kesecek kadar ağır nitelikte olmasıdır.<sup>54</sup>

Genel hükümlere gidildiğinde ise, üçüncü kişinin kusuru, beklenmedik hal, hatırı işi ve yarışan tesadüfler durumları da indirim sebebi olabilir. Bunların yanında zarar veren kişiler, anonim şirket sorumluluk hukukundan kaynaklanan haklarını da indirim sebebi olarak ileri sürebilirler.<sup>55</sup> Bu anlamda yönetim kurulunun zarar verici kararını, genel kurulun onaylamış olması veya en azından bu karara yönlendirmiş olması indirim sebebi olarak görülebilir.<sup>56</sup>

### 3. Farklılaştırılmış Teselsülde Zarar Kavramı

Zararın oluşması sorumluluk ve nihayetinde tazminat davalarının olmazsa olmaz şartıdır. Bu nedenle bireysel sorumluluğun doğması için gereken zarar şartı müteselsil sorumlulukta da gereklidir. TTK m.557/2’de de teselsül sorumluluğunun doğması açısından zararın varlığını aramıştır. Bununla birlikte hükümde farklı anlamlar içeren birden fazla zarar kavramı kullanıldığı için hepsinin ayrı ayrı incelenmesi gerekir.<sup>57</sup>

#### a. Aynı Zarar - Zararın Tamamı Kavramı

Farklılaştırılmış teselsül sisteminde, her bir sorumlunun tazminle yükümlü olacağı miktarın hesabındaki güçlükler nedeniyle, davacıdan bu hesaplamayı

<sup>52</sup> KARAHAN, s. 806; PULAŞLI, Şerh, s. 2123; VİTO, s. 150.

<sup>53</sup> Mali durumu çok kötü olup hukuka aykırı davranan ve mali durumu iyi olup hafif ihmaline dayanabilen iki yönetim kurulu üyesi dava edilmişse; ikinci yönetim kurulu üyesi dış ilişkide de zararın sadece yarısını ödemeye mahkum edilebilecektir. Örnek için bkz. VİTO, s. 147.

<sup>54</sup> ALTAY, s. 73.

<sup>55</sup> KARAHAN: s. 806; VİTO, s. 150.

<sup>56</sup> *Meselâ, kot bezi üreten bir anonim şirkette genel kurul yönetim kurulunun, kot pantolon ve ceket üretimi için yatırım yapması talimatını vermiştir. Yönetim kurulu, kot pantolon ve ceket iç pazarına girmemiş ve ihracatın zorluğuna, pazarda büyük oranda kapasite fazlası mal bulunduğuna işaret etmiş olmasına rağmen, genel kurul talimata ilişkin kararı almıştır. Şirket iki yıl sonra bu yatırımdan zarara uğramıştır. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine alınan teknolojinin eski olduğu ve pazarlama kanallarının kurulamadığı gerekçesiyle sorumluluk davası açıldığında mahkeme BK m.44 (1)’de yer alan şirketin “zarara razı olduğu” ve/veya “zararın ihdasına” yardım ettiği olgularını dikkate alacağı gibi, eski teknolojinin alınmasında üyeler arasında kusur yönünden farklılaştırma yapacaktır. TTK Gerekçesi örneği.*

<sup>57</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 270.



yaptıktan sonra çıkan sorumluluk miktarlarına göre dava açması beklenemez. Zira kusur oranını belirlemek ve her bir sorumlu açısından kusur ve ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağına kurmak dava sırasında hakim görevidir. Bu nedenle davacının ortaya çıkan zararın tamamı için dava açabilmesine engel yoktur. Nihayetinde zararın tamamı için dava açılrsa da, dava sonucunda ortaya çıkan kusur oranlarındaki farklılıklar nedeniyle, zararın tamamı her bir sorumludan ayrı ayrı tazmin edilemeyecektir.<sup>58</sup> Bir başka deyişle, zararın tamamının dava edilmesi, davacının ya da ortaklığın malvarlığında meydana gelen zarardan fazlasını elde edebilmesi anlamına gelmeyecektir. Tüm sorumlular belirlenen kusur oranlarına göre tazminata mahkum edilecektir.

Zararın tamamı kavramı, gerekçeye göre üst ve merkez bir kavramdır. Hükmün gerekçesinde bu kavramla ilgili açık bir tanım yapılmamış, kavramın tanımı öğreti ve yargı kararlarına bırakılmıştır.<sup>59</sup> Zararın tamamı ifadesinden tek başına verilen zarar, birlikte verilen zarar ve aynı zarar kavramlarını kapsayan şekilde geniş bir kavram anlaşılmalıdır.<sup>60</sup> Öğretide yapılan genel bir tanıma göre; zararın tamamı, kanuna göre müteselsilen sorumlu olan kişilerin, müteselsilen sorumlu oldukları zarar ile sorumlularının her birinin münferiden AO hukukundan doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri sebebiyle doğan çeşitli zararlar olarak ifade edilmektedir.<sup>61</sup> *ALTAY*'ın yaptığı tanıma göre ise; “*ortaklığın pay sahibinin ya da alacaklının malvarlığında meydana gelen ve her sorumluya karşı kusurlarıyla ne kadarına sebep olduğuna bakılmaksızın yöneltilebilen, ancak her sorumlunun davranışının nedenselliği göz önünde bulundurularak belirlenen bireysel sorumluluk tavanından fazla bir miktarın yüklenmesine sebep olmayan, bu yönüyle maddi anlamda her bir sorumluya dış ilişkide yükletilebilecek tazminatı değil zarara uğrayanın uğradığı zararın tamamını ifade eden tazminat tutarının tümü*” olarak ifade edilmiştir.<sup>62</sup> Yine hüküm gerekçesine göre ve TTK m.553 ve devamı hükümlerine göre, zararın tamamı sorumlu olan kişilerin tek başlarına veya birlikte verdikleri zararlar olarak tanımlanmıştır. İsviçre öğretisinde de bu kavram, “*zarar verenlerin anonim şirketler hukukuna aykırı eylem ve kararların doğurduğu, tek başlarına veya birlikte verdikleri zarar kalemlerinin toplamı*” olarak tanımlanmaktadır.<sup>63</sup>

Gerekçede belirtildiği üzere “*adeta her sorumlu bir zarar kaynağıdır. Bunların verdikleri zararların toplamı, zararın tamamını oluşturur.*” Bu halde, oluşan bütün zarar, farklı sorumlu gruplar tarafından meydana getirilebileceği gibi, tüm bu zararın

<sup>58</sup> ALTAY, s. 72.

<sup>59</sup> TTK Gerekçe m.557.

<sup>60</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 274.

<sup>61</sup> TEKİNALP, s. 466; PULAŞLI, Şerh, s. 2121; ÇAMURCU, s. 294.

<sup>62</sup> ALTAY, s. 73.

<sup>63</sup> WİDMER / BANZ, Art.759, N 2, 3; PULAŞLI, Şerh, s. 2120.



birden fazla kaynağı da olabilmektedir.<sup>64</sup> Yani aynı ya da farklı hukuki sebepten doğabilen, farklı sorumlular ya da sorumlu gruplarının sebep olduğu münferit zararların toplamı ifade edilmektedir.<sup>65</sup> Bu durumu bir örnekle<sup>66</sup> somutlaştırmak gerekirse, AO YK üyeleri ile genel müdür ve finans müdüründen 2.5 milyon talep ettiğinde, AO'ya alınan bir makinede, fiyat araştırması yapılmadığı, bazı üyelere komisyon ödendiği, finans müdürünün YK'ya verdiği bu konuda verdiği raporun yanlış bilgiler içerdiği ve gerçeklerin saklandığı durumda birçok yükümlülük ihlalinde söz edilebilir. Bu durumda zararın tamamı tüm bu zarar eylemleri sonucu oluşmuş zarar kalemlerini kapsamaktadır. Yine aynı şekilde gerekçede verilen örneğe göre; A, B, C, D, E adlı üyelere oluşan bir yönetim kurulunda bu üyelerin tek başlarına ve birlikte verdikleri toplam zarar 4000 ise ve bunun 2000'i bu beş kişi tarafından birlikte verilmiş, geriye kalanın 1000'i A, 500'ü D ve 500'ü de E'ye tek başlarına isnat ediliyorsa, 2000'den A, B, C, D, E müteselsilen ve zararın diğer bölümünden de kendilerine isnat edilen tutarda A, D ve E tek başlarına sorumlu olur.

Zararın tamamı, şirketin malvarlığındaki eksilmelerden doğan veya artmaların engellenmesinden oluşan zararlardan da farklı olabilir. Çünkü şirket bünyesinde oluşan bu zararlar, sorumluların yükümlülüklerinin ihlal etmeleri sonucu oluşmayabilir yani kimseye bir kusur izafe edilmeyebilir.<sup>67</sup> Ayrıca zararın tamamı, iç ilişkide her bir sorumlu için tespit edilen sorumluluk tutarından da farklı bir kavramdır.<sup>68</sup>

#### **b. Aynı Zarar - Birlikte Zarar Kavramı**

TTK m.557'de kullanılan *aynı zarar* kavramından hüküm gerekçesi, birlikte verilen zararın anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak *aynı zarar* ifadesinden, *birlikte verilen zarar* kavramını anlamamız gerekiyorsa, ortaya kavram kargaşası çıkacak ve farklılaştırılmış teselsülün varmak istediği amaçtan uzaklaşmış olacaktır. Zira TBK m.61'e göre, birlikte verilen zarar ortak kusur anlamına gelmektedir. Eğer birlikte verilen zarar bu şekilde ortak kusur koşuluna bağlanırsa, sorumluların çevresi daraltılmış olacak ve farklı hukuki sebeplerle aynı zarara sebebiyet verenler sorumlu tutulamayacaktır.<sup>69</sup> Fakat gerekçenin ifadesinden kanun koyucunun bu sonuca ulaşmak istediği düşünülemez. Çünkü gerekçede bu madde kapsamında müteselsil sorumluluğun "*birlikte verilen zarar*" için söz konusu olabileceği, sorumluların tek başlarına verdikleri zararlardan sadece zarar verenin sorumlu tutulması gerektiği ve müteselsil sorumluların her birinin teselsül tavanına kadar, kusurlarına ve somut olay gerçeğine göre zararı tazmin

<sup>64</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2121.

<sup>65</sup> HELVACI, s. 91; ALTAY, s. 73.

<sup>66</sup> TEKİNALP, s. 467; HELVACI, s. 91.

<sup>67</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2112.

<sup>68</sup> TTK Gerekçe m.557.

<sup>69</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 272; ÜNLÜ, s. 130.

etmeleri anlayışına dayandığı ifade edilmektedir.<sup>70</sup> Bu sebeple de kanun koyucunun esas amacının, zarar ister ortak kusurla verilmiş olsun ister farklı hukuki sebeplere dayansın, sorumluların bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide alacaklıya karşı ileri sürebilmelerine imkan sağlamak suretiyle sorumluluklarını kusurları oranıyla sınırlamak olduğu sonucuna ulaşılabilir.<sup>71</sup> Nihayetinde, farklılaştırılmış teselsül sadece ortak kusurla verilen zararı değil farklı hukuki sebeplerle verilen zararları da kapsar.

#### **c. Aynı Zarar - Tek Başına Verilen Zarar Kavramı**

Farklılaştırılmış teselsül kurumunda müteselsil sorumluluğun, birlikte verilen zararlar için söz konusu olabileceği, tek başına verilen zararlardan, kişinin sadece kendisinin sorumlu olacağı, müteselsil sorumluların ise ancak belirlenen sorumluluk tavanlarına kadar sorumlu olacağı anlayışına dayanmaktadır.<sup>72</sup> Bu halde, tek başına verilen zarar ve aynı zarar ayrımını mahkemenin yapması gereklidir. Şöyle ki, davacı tarafından aynı zarar olarak ifade edilmiş olsa da, mahkeme araştırıp ondan sonra teselsülde farklılaşmaya gidecektir.

Önceki bölümde verilen örnekte D ve E'nin tek başına sorumlu oldukları tutarı ödeyememesi halinde bu miktar, A, B ve C'den istenemeyecektir. Bu sonuç farklılaştırılmış teselsülün bir sonucu olmamaktadır. Zira zarara uğrayan, tek başına D ve E ye dava açsaydı aynı şekilde bu kayıpla karşı karşıya kalacaktı. Ancak mutlak teselsül anlayışına göre, sorumluluk bakımından uygun illiyet bağı göz ardı edilmekte ve bu miktar diğerlerinden de istenebilmekteydi. Bu şekilde de zarardan sorumlu olmayan A, B ve C haksız olarak illiyet bağına dahil edilecekti. Bu sebeple, tek başına verilen zarar ile birlikte verilen zarar kavramı bakımından illiyet bağının belirleyici etkisi bulunmaktadır.<sup>73</sup>

#### **d. Birlikte Dava**

TTK gerekçesinde belirtildiği üzere, birlikte dava edebilme kaynak kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nda açıkça bulunmamakta, sadece Almanca metninde açıkça bulunmaktadır.<sup>74</sup> TTK m.557/2'ye göre, davacı birden çok kişiyi zararın tamamı için birlikte dava edebilir ve hakimin aynı davada her bir davalının tazminat borcunu belirlemesini isteyebilir. Davacının sorumlular aleyhine bir sorumluluk davası açması halinde, kanuna göre hakimin her bir sorumlunun TBK hükümlerini de dikkate alarak sorumluluk miktarını belirlemesi gereklidir.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> TTK Gerekeçe m.557.

<sup>71</sup> AKDAĞ GÜNEY, s. 273.

<sup>72</sup> TTK Gerekeçe m.557.

<sup>73</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 256; BAHTİYAR, s. 398.

<sup>74</sup> TTK Gerekeçe, 557.

<sup>75</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2122.

Hükümün ilk amacı bu şekildeyken; ikinci amacı ise davacının talebinde istediği miktar ile mahkeme kararında belirlenen miktar farkı nedeniyle her bir davalı için mahkeme giderine ve avukatlık ücretine mahkum edilmesine engel olmaktadır.<sup>76</sup> Gerçekten de davacı davalıları birlikte dava ettiğinde davalılar, tek davalı olarak kabul edilir. Bu nedenle dava bazı davalılar bakımından reddedilse bile talebinin kabul edilmesi, onu birden fazla kez dava giderlerine mahkum edilmesinden kurtarmaktadır,<sup>77</sup> reddedilen talepler hakkında da davacı yargılama giderlerinden ve vekalet ücretinden sorumlu olmamaktadır.<sup>78</sup> Hüküm de de öne çıkan bu amaç, hükme usul hukuku karakterini vermektedir.<sup>79</sup>

#### **e. Dava Gideri ve Avukatlık Ücretinin Belirlenmesi**

TTK m.557/2 hükmü ile kanun koyucu, zarar gören kimsenin korunması amacıyla birden fazla sorumlunun aynı davada dava edilmesine imkan tanımıştır. Daha önce de değinildiği üzere, bu hükümle varılmak istenen amaç; birden fazla davalıya karşı dava açan davacının taleplerinin bir kısmının reddedilmesi halinde ayrı ayrı yargılama giderlerinden ve vekalet ücretinden sorumlu olmamasını sağlamaktır.<sup>80</sup>

Dava konusu zararın tamamı davalılara yükletildiği takdirde, yargılama giderlerinden davacı sorumlu olmayacaktır. Bu halde tazminata mahkum edilen sorumlular yargılama giderlerinden de hakim tarafından uygulanacak bir çözüm şekliyle sorumlu olacaktır. Yargılama giderleri paylaşılırken TTK m.557/3 uyarınca durumun tüm gerekleri göz önünde bulundurulacaktır.<sup>81</sup>

Davacının yönelttiği davalardan bir kısmının reddedilmiş olması durumunda, bu masrafların aleyhine hüküm verilen davalılara yükletilmesi adil bir çözüm olamaz. Davacı talebinde teselsül farklılaşması yapmadığından, talep ettiği dava değeri ile hükmedilen meblağ arasındaki fark değer üzerinden yargılama gideri ile avukatlık ücretine hükmedilecektir.<sup>82</sup> Söz konusu durumun gerekçesi olarak ise, davacının talebinde farklılaşmayı belirtmesini istemediği ileri sürülmektedir. Aksi durumda, davacının her bir davalı açısından reddedilen talep kadar dava ve yargılama giderine mahkum olacağı ifade edilmektedir.<sup>83</sup> Davanın tamamı reddedildiğinde ise, yargılama giderlerine davacının katlanacağı açık bir sonuçtur.

<sup>76</sup> TEKİNALP, s. 466.

<sup>77</sup> TTK Gerekçe, 557; BÖCKLI, 3. Auflage, § 18, N. 509 PULAŞLI, Şerh, s. 2123, TEKİNALP, s. 466; WIDMER / BANZ, Art.759, N. 8.

<sup>78</sup> ÇAMURCU, s. 176.

<sup>79</sup> TTK Hükümet Gerekçesi, s. 263.

<sup>80</sup> ÇAMURCU, s. 176.

<sup>81</sup> ÇAMURCU, s. 177.

<sup>82</sup> TEKİNALP, s. 467.

<sup>83</sup> TEKİNALP, s. 467; PULAŞLI, s. 708.

#### 4. Bireysel Sorumluluk Tutarının Belirlenmesi

##### a. Genel Olarak

Sorumluluk hukukuna göre, hak sahibinin zarar miktarı davalıların sorumlu olacağı azami miktarı göstermektedir. Ancak hakimin dava sonunda belirlediği tazminat miktarı, her zaman zarara uğrayanın gerçek zarar miktarına eşit olmak zorunda değildir. Zira sorumluların bireysel indirim sebeplerini ileri sürmesi burada devreye girmektedir.<sup>84</sup> AO sorumluluk hukukunda benimsenen farklılaştırılmış teselsül ilkesi gereği, sorumlular dış ilişkide bireysel indirim nedenlerini ileri sürerek zararın tamamından sorumlu olmaktan kurtulabilirler. Ancak mutlak teselsülün benimsendiği durumlarda, sorumluların hak sahibine karşı dış ilişkide kusurun hafifliği, isnat edilen riskin hafifliği, zor durumda kalma, zarar verenin davranışları gibi bireysel indirim nedenlerini ileri sürmesi mümkün değildir.<sup>85</sup>

Bu durumda sorumluluk davasında, hakim zarar veren sorumluların tazminat tutarını belirlerken her bir sorumluyu bireysel olarak ele alacak ve kanunda belirtilen durumları göz önüne alarak tazminat miktarlarını ayrı ayrı belirleyecektir. Mahkemenin sorumluların bireysel sorumluluklarını belirlerken izleyeceği yol ve yöntemleri incelememiz gereklidir.

##### b. Mahkemece Bireysel Sorumluluk Tavanının Tespiti

Farklılaştırılmış teselsül kurumu, sorumluluğun bireyselleştirilmesini de beraberinde getirmektedir. Bu sorumluluğun belirlenmesinde ise kusurun derecesi ve ağırlığının yanında kişiye özgü sebepler göz önünde bulundurulur. Bu sayede her bir sorumlu açısından geçerli olan bir bireysel sorumluluk tavanı ortaya çıkar.<sup>86</sup>

Bireysel sorumluluk tavanı kavramı, bir sorumlunun yanında başka hiçbir sorumlu olmasaydı ortaya çıkan tazminatın ne kadarından sorumlu tutulacağını ifade eden bir kavramdır.<sup>87</sup> Bu kavram aynı zamanda davalı açısından sorumluluğun en üst sınırını ifade etmektedir.

Zarar gören pay sahibi veya şirket alacaklısı mahkemeden zararın tamamı için her davalının bireysel sorumluluk tavanını belirlemesini istediğinde,<sup>88</sup> TTK m.557/3 gereği hakim her sorumlunun kusurunu ve TBK m.51 ve 52 hükümlerini değerlendirerek tavanı belirlemektedir. Hakim bu belirlemeyi yaparken, diğer sorumluların fiillerini de göz önünde bulundurarak başka hiçbir sorumlu yokmuş gibi bir değerlendirme yaparak karar verecektir. Yapılan bu değerlendirme

<sup>84</sup> ÇAMURCU, s. 128.

<sup>85</sup> AKDAĞ GÜNEY, Yönetim Kurulu, s. 266; KALINSAZ, s. 20.

<sup>86</sup> ALTAY, s. 72.

<sup>87</sup> ÇAMURCU, s. 114.

<sup>88</sup> Mahkeme bu tespiti resen yapmakla da yükümlü olmaktadır. BÖCKLİ, 3. Auflage, § 18, N. 491.

sonucu ortaya çıkan miktar bireysel sorumluluk tavanı olarak adlandırılır.<sup>89</sup> Bu durumda gerekçede de ifade edildiği üzere, ortaya çıkan miktar rücu hükmüne uygulanacak miktarla aynı olmayacaktır. İç ilişkiadaki sorumluluk farklı durum ve şartlar doğrultusunda belirlenmektedir.

Hakimin sorumluların bireysel sorumluluk tavanını belirlerken, dikkate alacağı deliller ispat yüküne bağlı olarak taraflarca getirilecek ve hakim bu deliller doğrultusunda belirleme yapacaktır. Bu deliller ile birlikte sorumluluk şartlarının hepsinin oluştuğuna kanaat getiren hakim, her bir sorumlu açısından ayrı ayrı sorumluluk tavanı belirleyecektir.<sup>90</sup> Ancak somut olaya göre, aynı şartlar altında sorumlu olanların bireysel sorumluluk tavanlarının da aynı olmasında bir engel yoktur.<sup>91</sup>

Hakim tarafından sorumluluk tutarının bireyselleştirilmesi sonucu, sorumlular meydana gelen zarardan tek başlarına sorumlu olsalardı ne kadar miktardan sorumlu olacak idiyse, o kadar miktardan sorumlu olacaklar ve bu sınırı (tavanı) aşan miktardan sorumlu olmayacaklardır.<sup>92</sup> Zaten farklılaştırılmış teselsülün, müteselsil borç ilişkisi bakımından doğurduğu esas sonuç, zararın şahsen isnat edilmesi halinde sorumlu olunan miktarı aşacak düzeyde sorumluluğun doğmasını engellemesidir.<sup>93</sup>

Şahsında sorumluluğu ortadan kaldıran sebepler doğan sorumlu için artık bireysel sorumluluk tavanı incelemesine gerek kalmayacaktır ve o kişinin sorumsuzluğuna gidilecektir. Başta da belirttiğimiz gibi temel sorumluluk şartlarından biri gerçekleşmediğinde o kişinin sorumluluğu doğmayacaktır. Yani bireysel sorumluluk tavanı belirlenmeden önce, o kişi üzerinde sorumluluk şartlarının doğup doğmadığı tespit edilmelidir.

### c. Bireysel Sorumluluk Tavanının Belirlenmesinde Dikkate Alınan Faktörler

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca, hakim sorumluların bireysel sorumluluk tavanını belirlerken, sorumlu tarafından şahsında doğduğunu ileri sürdüğü TBK m.51 ve 52’de yer alan indirim sebeplerini göz önüne almak durumundadır. Bu sebeplerin borçluların tümü açısından ortak defî olarak doğması gerekmez, kişinin sadece kendine ilişkin bir sebep de tazminattan indirim alabilmesi için yeterli olabilmektedir.<sup>94</sup> Bu halde dikkate alınacak faktörler, sınırlı sayıda olmayıp<sup>95</sup> örnek niteliğindedir.

<sup>89</sup> ÇAMURCU, s. 115; ALTAY, s. 73.

<sup>90</sup> PULAŞLI, s. 2126.

<sup>91</sup> ÇAMURCU, s. 129; TEKİNALP, s. 467.

<sup>92</sup> PULAŞLI, TTK Tasarısında Yönetim Kurulunun Sorumluluğu, s. 129; HELVACI, İsviçre Borçlar Kanunu, s. 229.

<sup>93</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 259; HELVACI, s. 91.

<sup>94</sup> ÇAMURCU, s. 130.

<sup>95</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 265.

### aa. Kusurun Derecesi

AO sorumluluğunda kusur sorumluluğu esas olduğu için, davalıların sorumlu tutulabilmeleri için, öncelikle sorumluluğa yol açan hareketlerinde kusurun varlığı şarttır. Kusur tespit edildikten sonra, hakim farklılaştırılmış teselsül kurumunun gereği olarak kusurun derecesini tespit etmek durumundadır. Mutlak teselsül ilkesinin kabul edildiği dönemde kusurun varlığı tespit edildikten sonra kusur derecesi incelemesi yapılmamaktaydı. Çünkü mutlak teselsülde dış ilişkide sorumluların bireysel indirim sebeplerini ileri sürmeleri mümkün değildi. Farklılaştırılmış teselsül kurumunun kabul edilmesinden sonra ise en önemli bireysel indirim sebebi kusurun derecesi olmuştur.<sup>96</sup>

TTK m.557/1 de de belirtildiği gibi her sorumlu kusuruna ve durumun gereklerine göre zarar şahsen kendisine isnat edilebildiği ölçüde, diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumludur. Bu durumda her sorumlu, uygun illiyet bağı dikkate alınarak yalnızca kendi kusuruyla sebep olduğu zararı tazminle yükümlü olacaktır.<sup>97</sup>

Hakim kusurun derecesine göre bireysel sorumluluk tavanını belirlerken; kast, ağır kusur ve hafif kusur ayırımına giderek bir belirleme yapmaktadır. Bu halde sorumlu kişinin kast veya ağır ihmalle zarara sebebiyet vermesi halinde, bu davranışın bir indirim sebebi olması kabul edilemez.<sup>98</sup> Ancak hafif kusur tazminatta indirime sebep olabilir.

Hâkimin ağır kusur ve hafif kusur ayırımıyla sınırlı kalması, tazminatın adil bir şekilde belirlenmesi açısından kısıtlı bir uygulamaya sebep olacaktır. Somut olayın özelliklerine göre hakim sorumlu kişinin ağır kusurlu veya kasıtlı olmadığı sonucuna varırsa, kusurun ağırlığına göre takdir yetkisini kullanarak tazminatı belirlemelidir.<sup>99</sup>

### bb. Üçüncü Kişilerin veya Zarar Görenin Davranışları

Üçüncü kişilerin davranışlarının bireysel sorumluluğun belirlenmesinde etkili olup olmadığı konusu da dikkatle incelenmelidir. Yine bu inceleme yapılırken, üçüncü kişinin kusuru ile sorumlunun kusuru arasında bir karşılaştırılma yapılmaması gerekir. Üçüncü kişinin kusurlu davranışları, davalı kişinin sorumluluğunun ortadan kalkması veya indirim nedeni olabilir.<sup>100</sup> Ancak bu davranış, hakkında değerlendirme yapılacak kişi ile zarar arasındaki uygun illiyet bağına kesecek derecede ise davalı sorumluluktan kurtulabilecektir. Zarar görenin kusuru da TBK m.52/2’de bir indirim sebebi olarak görülmektedir. Bu indirim sebebi,

<sup>96</sup> ÇAMURCU, s. 131, GÖKTÜRK / CAN, s. 266.

<sup>97</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2125.

<sup>98</sup> ÇAMURCU, s. 131; GÖKTÜRK / CAN, s. 266.

<sup>99</sup> ÇAMURCU, s. 132.

<sup>100</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 269.

esasında bir bireysel indirim sebebi değil, tüm sorumluların kullanabileceği hatta kullanması gerektiği bir indirim sebebidir.<sup>101</sup>

TTK, hüküm gerekçesinde de zarar görenin kusurunu indirim nedeni olarak kabul ettiğini şu örnekle açıklamıştır. *Kot bezi üreten bir anonim şirkette genel kurul yönetim kurulunun, kot pantolon ve ceket üretimi için yatırım yapması talimatını vermiştir. Yönetim kurulu, kot pantolon ve ceket iç pazarına girmemiş ve ihracatın zorluğuna, pazarda büyük oranda kapasite fazlası mal bulunduğuna işaret etmiş olmasına rağmen, genel kurul talimata ilişkin kararı almıştır. Şirket iki yıl sonra bu yatırımdan zarara uğramıştır. Yönetim kurulu üyeleri aleyhine alınan teknolojinin eski olduğu ve pazarlama kanallarının kurulamadığı gerekçesiyle sorumluluk davası açıldığında mahkeme BK m.44 (1) 'de yer alan şirketin "zarara razı olduğu" ve/veya "zararın ihdasına" yardım ettiği olgularını dikkate alacağı gibi, eski teknolojinin alınmasında üyeler arasında kusur yönünden farklılaştırma yapacaktır.* Bu örnekle genel kurul tarafından verilen talimatı yerine getiren yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk miktarında indirimde gidilmesi gerektiğini vurgulamıştır.<sup>102</sup>

Yine başka bir örnekle değerlendirdiğimizde, *kendi işleri için bir muhasebe şirketi görevlendiren şirket, muhasebe şirketi elemanlarının oldukça geniş bir hareket serbestisine sahip olduğunu bilmesine rağmen, gerekli tedbirleri almadan ve gerekli talimatları vermeden bu şirketi görevlendirmişse, bu durum yolsuzlukları yükümlülüklerine aykırı olarak tespit edemeyen denetçiler bakımından bir indirim nedeni olabilecektir.*<sup>103</sup>

Zarar görenin kusuru, sorumlunun davranışları açısından illiyet bağıni kesecek nitelikteyse o kişinin sorumluluğu ortadan kalkacak, illiyet bağıni kesecek nitelikte değilse indirim sebebi olacaktır. Son olarak bu kusur tespit edilirken de, objektifleştirilmiş kusur anlayışı esas alınmalıdır.

#### cc. Yönetim Yetkilerinin Devri

TTK m.553/2 uyarınca *"Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar."* O halde, yönetim görevinin kısmen ya da tamamen yönetim kurulu üyelerinin bir

<sup>101</sup> ÇAMURCU, s. 142; GÖKTÜRK / CAN, s. 269.

<sup>102</sup> Anonim ortaklık organları arasında yetki bölüşülmesi hususunda sözleşme teorisi, kurum teorisi ve karma teorisi bulunmaktadır. Türk hukuk sisteminde karma teori benimsenmiş olup; organlara ayrı tüzel kişilik tanınmamaktadır. Fakat kanunla genel kurul ve yönetim kuruluna münhasır yetkiler tanınarak genel kurulun emir veren amir durumda olmadığı ortaya konmaktadır. POROY / TEKİNALP ve ÇAMOĞLU, s. 359; PULAŞLI, s. 352.

<sup>103</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 270.



kısmına ya da üçüncü şahıslara devredilmesi halinde, doğabilecek sorumluluk bakımından farklılaşmayı gerektirmektedir. Bu noktada, ortaklığın hangi yetkilerinin kime ne şekilde devredildiği ve dava konusu zarara kimin hangi görevde sebep olduğunun tespiti teselsülün farklılaşmasında önemli rol oynayacaktır.<sup>104</sup>

Yönetim yetkileri usulüne uygun bir şekilde devredildiğinde, o yetkiye ilişkin asli sorumluluk sahibi yetkiyi devralandır. Bu kimseler, devraldıkları yetki alanına ilişkin görevlerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde zarardan sorumlu olurlar. Yetkiyi devreden ise yetkiyi devrettikleri kişinin seçiminde ve devrettiği yetkilerin usulüne uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı konusunda üst gözetim görevleri nedeniyle sorumlu olacaktır. Bu denetimin sürekli değil periyodik olarak yapılması beklenmektedir.<sup>105</sup>

Kusurun derecesinin belirlenmesinde yönetim ve organizasyonun da etkisi büyüktür. Özellikle yönetim görevinin devredilmesi halinde, devralanın sahip olduğu yetkiler ve görevler, tebdirli bir yöneticiden beklenen özenin gösterilmesini gerektirecek ve yetkiyi devreden yönetim kurulu üyesi ya da üyeleri bakımından, üst gözetim ve üst yönetim görevlerinin gerektirdiği özenle sınırlı olmak üzere bir sorumluluk söz konusu olacaktır.<sup>106</sup>

Yönetim kurulunun TTK'nın 375'inci maddesinde sayılan görev ve yetkileri devredilemez ve vazgeçilemez nitelik taşıdığından, bu görevler bakımından yönetim organizasyonunun sorumluluk hukuku bakımından önemi yoktur. Bu görevleri yönetim kurulunun devretmesi mümkün olmadığından; yönetim görevinin devredilmiş olması, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından önem taşımaz.<sup>107</sup> Ancak bu görevlerin devri mümkün olmasa da; kullanılması açısından fiili olarak iş bölümü yapılması mümkündür. Bu durumda, görev paylaşımında yetki devrinden farklı olarak yönetim kurulu o konuda sorumlu kalmaya devam edecektir.<sup>108</sup>

#### **dd. Ücretin Düşük Olması**

Anonim ortaklıkların faaliyetlerinin ekonomik sonuçları sadece ortaklığı ilgilendirseydi, ortaklığın uğradığı zararlar yönünden ücret düşüklüğü bir indirim sebebi olabilirdi. Ancak ortaklığın yanı sıra pay sahipleri ve alacaklıları da ortaklık zararından etkilendiği için tüm menfaatler, bu ücret indirimden olumsuz etkilenecektir.<sup>109</sup> Bu nedenle ücret düşüklüğü sorumluluk bakımından bir indirim nedeni olmamalıdır.

<sup>104</sup> ÇAMURCU, s. 135; GÖKTÜRK / CAN, s. 265.

<sup>105</sup> ALTAY, s. 295; ROBERTO, s. 157.

<sup>106</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 131; ÇAMURCU, s. 138.

<sup>107</sup> TEKİNALP, s. 436; PULAŞLI, s. 698.

<sup>108</sup> ÇAMURCU, s. 138.

<sup>109</sup> ÇAMURCU, s. 134; ROBERTO, s. 158.



#### d. Tazminatın Hesaplanması

Hakim, dış ilişkide sorumluların sorumluluk tutarını belirlerken müteselsil ve münferit sorumluluğa göre ayrı ayrı değerlendirme yapacak, bu tespiti yaparken de hükümde öngörülen ve yukarıda da bahsettiğimiz şartları göz önünde bulunduracaktır. Mahkeme, öncelikle talep edilen tazminat miktarındaki, birden fazla kişinin birlikte müteselsilen sorumlu oldukları taban miktarı ve ayrıca her bir sorumlunun kusuru ve diğer şartlar göz önünde bulundurularak sadece bireysel sorumlu olunan zararları tespit edecektir. Bu hesaplamanın somutlaşması açısından hüküm gerekçesinde ve kaynaklarda düzenlenen birkaç hesaplama tarzını incelememiz gereklidir:

TTK hüküm gerekçesi sistemi şu şekilde özetlemiştir:

*Yatırım için arsa arayan bir anonim şirkete, yönetim kurulu üyesi A kardeşine ait bir arsayı aldirmayı planlamaktadır. Bu amaçla, kimseye haber vermeden avukata da bir satış vaadi sözleşmesi hazırlanmış ve ona 1000 ödemiştir. Sözleşme (geçersiz olmasına rağmen) A ile kardeşi arasında imzalanmıştır. Planını yönetim kurulu üyesi B'ye açan A ondan yardım istemiş ve kardeşinin B'ye bir miktar para vereceği vaa-dinde de bulunmuştur. B, bazı emsaller göstererek söz konusu arsanın fiyatını savunacaktır. Yönetim kurulu A, B, C, D ve E'den oluşmaktadır. Konunun karara bağlanacağı gün D ve E, A'nın, Tasarının 393'üncü maddesine göre toplantıya katılamayacağı itirazında bulunmuşlarsa da bu itiraz A, B ve C'nin oyları ile reddedilmiştir. D ve E ayrıca, arsanın emsalleri ile fiyatını karşılaştıran ve imar durumunu gösteren bir uzman raporunun kurula sunulabilmesi için toplantının ertelenmesini önermişlerdir. Bu öneri de A, B ve C'nin oylarıyla reddedilmiştir. Toplantıda B emsaller hakkında yanıltıcı bilgiler vermiştir. Sonuçta B'nin yaptığı karşılaştırmaların ciddi olduğuna inanan C'nin de katılması ile arsa A, B ve C'nin oyları ile alınmış ve para ödenmiştir. Bir yıl sonra kurul tamamen değişmiştir. Bu arada arsanın imar durumu olmadığı da anlaşılmıştır. Yeni kurul avukata ödenen 1000 de dahil olmak üzere 5000 zarar için A, B, C, D, E'ye karşı sorumluluk davası açıp bu tutarı davalılardan müteselsilen talep etmiştir. Mahkeme D ve E bakımından davayı reddetmiş, birlikte verilen bir zarar olmadığı gerekçesiyle avukata ödenen 1000'den tek başına A'yı sorumlu tutmuş, 4000 için de A, B, C'yi müteselsilen sorumlu bulmuştur. Mahkeme A ve B'nin yaptıkları anlaşma dolayısıyla olayda kasıtları bulunmasına karşı, C'nin Tasarının 393. maddesini ihlâl eden davranışını kusur olarak nitelendirip ona BK m.43 ile 44'ü uygulayıp müteselsil sorumluluktaki payını yüzde doksan olarak belirlemiştir. Buna göre 1000 A tarafından ödenecektir.*

*A, B, C müteselsil sorumludur. Ancak A ile B'nin sorumluluk tavanları 4000 iken C'nin sorumluluk tavanı 3600'dür. Bir an için B'nin ödeme gücünün bulunmadığını düşünelim. Şirket 4000'in tamamını A'dan alabilecektir. Bu tavan C için 3600'dür. A ve B'nin ikisinin de varlıksız C'nin zengin bir kişi olduğunu varsayarsak 3600 C'den istenebilecektir. Olayda A ve B'nin ödeme güçleri bulunmadığı için şirket 1400 kayıptadır. Ancak bu farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk anlayışının ürünü değildir. Çünkü 1000'lik kayıp, birlikte verilen zarardan kaynaklanmaktadır. Uygun nedensellik kurallarına göre bunu C'den istemek, bunun için müteselsil sorumluluk kavramını kullanmak hem yanlış olurdu, hem de adalete aykırı düşerdi. 400'lük kayıp ise genel hükümlerin ve hakimnin takdirinin doğal sonucudur. Yeni anlayış davacıyı (adalet temeline) kayba uğratmamış, onun zararı kanuna aykırı olarak başkalarına yüklemesine engel olmuştur.*

TEKİNALP'in<sup>110</sup> ise bireysel sorumluluk tabanının belirlenmesi açısından verdiği hesaplama örneği ise şu şekildedir:

Mahkeme, sorumluluk davası sonucunda ortaklığı 400.000 TL tazminata hükmetmiştir. Bu miktarın 300.000 TL'si için müteselsilen 100.000 TL'si için münferiden oluşan zararlar olduğunu tespit etmiştir. Müteselsilen sorumlu olunan miktar için A kişisini zararın %80'inden, B kişisini %70'inden, C ve D kişisini ise %50'şer kısımdan sorumlu tutmuştur. Bu durumda A müteselsil zararın (300 x 80/100) 240.000 TL için; B (300 x 70/100) 210.000 TL için; C ve D ise (300 x 50/100) 150.000 TL'ler için sorumlu olacaktır. Ayrıca bireysel zararlar için de A 50, B 20, C 20, D ise 10.000 TL şeklinde sorumlu tutulmuştur. Bu halde müteselsil sorumluluk tabanı (ortak taban) en küçük miktar olan 150.000 TL'dir. Zarar gören bu miktarı her bir sorumludan talep edebilecektir. Ancak A'dan 240.000 TL'ye kadar, B'den ise 210.000 TL'ye kadar talep edebilir. Yani A ve B için ortak taban 210.000 TL'dir.

Yine arta kalan değer (bakiye) ne olduğu ve hesaplama tarzının somutlaşması açısından birkaç örnek vermemiz gereklidir:

Bir anonim şirket yönetim kurulu üyeleri A, B, C ve D açılan sorumluluk davası sonucunda mahkemece 1.000 TL tazminata hükmedilmiş; A müteselsil sorumluluk bakımından %100, B, C ve D ise %50 oranında kusurlu bulunmuştur. Bu halde zarar gören A'dan 1000, B, C ve D'den 500'er TL üzere olmak üzere toplamda 2.500 TL dava edebilir. Ancak davacı 1000 TL olan toplam zararını elde ettikten sonra, diğer meblağları talep edemez. Buradaki talep edemeyeceği arta kalan değer *artık değer (bakiye)* olarak adlandırılır.<sup>111</sup> Bu değer miktarı

<sup>110</sup> TEKİNALP, s. 463.

<sup>111</sup> TEKİNALP, s. 463.

farklılaştırılmış teselsül gereği (2500-1000) 1500 TL iken; mutlak teselsül sorumluluğu geçerli iken (1000+1000+1000+1000-1000) 3000 TL tutarında olurdu. Çünkü tam teselsülde zarar gören bu 1000 TL zararını her bir sorumludan aynı anda aynı dava ile A, B, C ve D'den 1000'er TL olarak talep ve dava edebiliyordu. Herhangi birinden zararını karşıladığı zaman ise 3000 TL bakiye değeri artık talep edemiyordu.<sup>112</sup>

### C. Farklılaştırılmış Teselsülde İç İlişki Sorumluluğu

Müteselsil sorumluluk durumunda, alacaklı ile borçlular arasındaki ilişki dış ilişki; borçluların kendi arasındaki ilişki ise iç ilişki olarak adlandırılmaktadır.<sup>113</sup> ETTK'da sorumlular arasındaki iç ilişki düzenlenmemiş olup, bu konu eski BK m.50 çerçevesinde çözülmekteydi. Şimdi ise TBK 62'de iç ilişkide müteselsil sorumluluk, sorumlular arasındaki başvuru TTK 557/3'e benzer şekilde düzenlenmiştir. TTK 557/3 "*Birden çok sorumlu arasındaki başvuru, durumun bütün gerekleri dikkate alınarak hakim tarafından belirlenir.*" hükmü ile sorumlular arasındaki iç ilişkiyi açıkça hüküm altına almıştır. Yani sorumlulardan birisi kendi payına düşenden daha fazlasını ödemiş olduğu takdirde diğer sorumlulara rücu ederek fazla kısmın kendisine ödenmesini talep edebilmektedir. Yani bu iç ilişki esasında bir rücu (başvuru) istemini ifade etmektedir.

#### 1. Rücu Davası

Rücu davası, sorumlulardan birinin hak sahibine iç ilişkide belirlenen tutardan daha fazla ödemesi halinde, bu kişi ile diğer sorumlular arasında ele alınacak bir davadır. Sorumlulardan birinin iç ilişkide daha fazla tutar ödemesinin sebebi, mahkemenin ödenecek tazminatı tam olarak belirleyememiş olması veya bir sorumlunun zararın tamamını ödemiş olması olabilmektedir.<sup>114</sup>

İç ilişkideki sorumlulardan birisinin diğer sorumlulara karşı yönelttiği rücu davası, zarar gören hak sahibinin sorumlulara karşı açtığı sorumluluk davasından birçok yönde farklılık arz etmektedir.<sup>115</sup> Şöyle ki dış ilişkide belirlenen tazminat oranları iç ilişkide de aynı olmak zorunda değildir.<sup>116</sup> Çünkü rücu davasında miktar belirlenirken, hakim tarafından dikkate alınacak kriterler dış ilişkide uygulanan kriterlere göre daha fazladır ve hakimin takdir hakkı daha geniş tutulmuştur.

<sup>112</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2126.

<sup>113</sup> ÇAMURCU, s. 186; PULAŞLI, s. 709.

<sup>114</sup> KARAHAN, s. 807.

<sup>115</sup> Bu hüküm olmasa veya hükümde rücu davasının yalnızca sorumluluk davasında haklarında dava açılanlara yönetilmesi gerektiği gibi bir hüküm olsaydı, sorumluluk davası açılırken zarardan sorumlu olan bazı yönetim kurulu üyelerinin kasten dava dışında bırakılmasının önüne geçilemeyecek ve bu durum hukuka ve hakkaniyete açıkça aykırı olacaktı. TAŞ, s. 108.109.

<sup>116</sup> AKDAĞ GÜNEY, İsviçre Borçlar Kanunu, s. 1223; TOLU, s. 564.

Ayrıca sorumluluk davasında verilen tazminat kararı, rücu davasındaki hakimi bağlamayacaktır. Yine dış ilişkiden farklı olarak iç ilişkide rücu borçluları müteselsil sorumlu olmamaktadır, herkes kendisine düşen rücu oranında sorumlu olmaktadır.<sup>117</sup>

Dış ilişkideki tazminat belirlemesi sebebiyle, iç ilişkide paya düşenden fazlasını ödeyen kişinin rücu davası açabilmesi için hakkında dava açılan kişilerin, zarardan sorumlu olabilmeleri gereklidir. Yine dış ilişkide aranan şart bu davada da aranacaktır.

Sorumlulardan birinin diğer sorumlulara başvurabilmesi için, kendi hakkına düşen paydan fazlasını somut olarak ödemesi gereklidir.<sup>118</sup> O halde rücu hakkının temel şartı fazla ödeme durumudur.

Sorumlunun diğer sorumlulara dava açabilmesi için, dış ilişkide açılan sorumluluk davasının tarafı olması zorunlu değildir.<sup>119</sup> Gerekçede de belirtildiği üzere, rücu davası sorumluluk davasının davalılarıyla sınırlandırılmamıştır. Burada verilen örnekte, yedi üyeli bir yönetim kurulunda sorumluluk davası üç üyeye karşı açılmış olsa bile rücu kararının yedi üyeyi yargılayarak verilebileceği, bağımsız rücu davasının da üç üye hakkında değil de daha fazla üyeyi kapsayacak şekilde açılabilmesi, bu olanağın hükümde “birden çok sorumlu” sözcüğü ile vurgulandığı, uygulamada çeşitli sebeplerle bazı üyelerin dava dışı bırakılarak kayrıldıklarına oldukça sık rastlandığı, rücu davasını davalılara özgülemenin hem haksızlığı katmerli hale getireceği hem de davacıya adil olmayan bir güç sağlayacağı da ifade edilmiştir.

Rücu davasında hakim, öncelikle davalılar arasında sorumluluk şartlarının oluşup oluşmadığını inceler, daha sonra tazminatın davalılar arasında nasıl paylaşılacağını tespit eder. Hakim bu belirlemeyi yaparken, TTK m.557/3 gereği “*durumun tüm gereklerini*” dikkate alacak ve her bir olayı ayrı ayrı değerlendirecektir.<sup>120</sup> Bu değerlendirmede, kişinin şirket içindeki pozisyonu ve hiyerarşisi gibi kriterler de dikkate alınmak durumundadır. Ancak gerek dış ilişkide gerekse iç ilişkide aynı indirim nedenleri uygulanacağından, değişimi gerektiren herhangi bir özelliğin bulunmaması halinde, dış ilişkideki etkenler iç ilişki bakımından da geçerli olacak ve aynı oranlar söz konusu olabilecektir.<sup>121</sup>

Hakim dış ilişkide bireysel sorumluluk tavanını belirlerken sorumluların kusur derecelerini karşılaştıramazken; iç ilişkide sorumluların kusurlarını karşılaştı-

<sup>117</sup> ÇAMURCU, s. 187.

<sup>118</sup> EREN, s. 932; DOĞAN, ŞAHAN ve ATAMULU, s. 324.

<sup>119</sup> ŞENER, s. 423..

<sup>120</sup> KARAHAN, s. 808.

<sup>121</sup> GÖKTÜRK / CAN, s. 272; ÇAMURCU, s. 192.

tırarak bir belirleme yapabilmektedir.<sup>122</sup> Örneğin zarara kasten sebebiyet veren sorumlu ile ağır ihmali ile sebebiyet veren sorumlunun kusurları karşılaştırılarak, kasten sebep olan sorumlu iç ilişkide, zararın büyük bir miktarından veya hepsinden sorumlu tutulabilecektir.<sup>123</sup>

TTK m.557/3 durumun tüm gereklerinin dikkate alınarak tazminatın belirlenmesini ifade ettiği için, rücu davasında sorumlulukların belirlenmesinde dikkate alınacak kriterlerde geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.

Dış ilişkide tazminatta indirim sebebi olarak görülmeyen veya çok etkili olmayan bazı durumlar, iç ilişkide sorumluluğun belirlenmesi açısından etken olabilmektedir. Örneğin dış ilişkide, bireysel sorumluluk tavanı belirlenirken, sorumlunun ücret alıp almadığı veya ne kadar ücret aldığı göz önüne alınmazken; iç ilişkide hakim bu durumu göz önüne alabilir. Yine yetki devri halinde de hakim takdir yetkisine dayalı olarak farklı sorumluluk tutarları belirleyebilir.<sup>124</sup>

Rücu ilişkisi ile ilgili sonuç olarak; dış ilişkide davalıların kusur oranları ve TBK m.51 ve 52 hükümleri çerçevesinde belirlenen sorumluluk tutarının ödenmesinden sonra, iç ilişkide kusur oranlarına göre ayrıca belirlenen sorumluluk tutarına göre, fazla ödenen miktar ortaya çıkması durumunda, kusur oranları çerçevesinde diğer sorumlulara başvurabilmesi diyebiliriz.

## 2. İç İlişkide Tazminatın Hesaplanması

Rücu davasında, hakim nihai paylaşımı yaparken aynı illiyet bağı çerçevesinde zarar verenlerin verdikleri zararın tamamını dikkate alarak karar verecektir. *PULAŞLI* tarafından iç ilişkide tazminatın belirlenmesi için ayrı bir formül belirlenmiş, fakat karmaşık ve zahmetli bir formül olduğundan dolayı hakimlerin uygulamasının zor olduğu düşünülmektedir.<sup>125</sup> Ayrıca bu formülde dış ilişkideki kusura göre, iç ilişkide sorumluluk tutarı belirlenmiştir; fakat dış ilişkideki kusur oranının aynen iç ilişkide de geçerli olacağı hususunda zorunluluk yoktur.<sup>126</sup> İç ilişkide kusur miktarları belirlendikten sonra bu miktarlar sorumlular arasında birbirleriyle karşılaştırılmaktadır.<sup>127</sup>

O halde iç ilişkide tazminatın hesaplanması ve paylaşım tarzını birkaç örnek ile somutlaştırmamız gereklidir:

A, B ve C den oluşan üç kişilik bir yönetim kurulunun eylemi sonucu, anonim ortaklık 1.000 TL'lik zarara uğramıştır. Olayda A kasıtlı, B ağır kusurlu, C ise

<sup>122</sup> HELVACI, s. 92; GÖKTÜRK / CAN, s. 72; ÇAMURCU, s. 192.

<sup>123</sup> ÇAMURCU, s. 191.

<sup>124</sup> HELVACI, s. 92.

<sup>125</sup> PULAŞLI, Şerh, s. 2134.

<sup>126</sup> AKDAĞ GÜNEY; Yönetim Kurulu, s. 275.

<sup>127</sup> HELVACI: s. 89; BAHTİYAR, s. 399.

hafif kusurlu kabul edilmiştir. Ancak sorumluluk davası sadece C'ye 500 TL'lik tutar için açılmıştır. Dava sonucunda C %40 oranında kusurlu bulunmuş ve dış ilişkide zararın sadece 400 liralık kısmını ödemiştir. Daha sonra rücu davasına bakan hakim ise iç ilişkide, A'yı %60, B'yi %30, C'yi ise %10 kusurlu bulmuştur. Bu halde C'nin iç ilişkide sadece (1000x10/100) 100 liradan sorumlu olması gerekir. Bu durumda C ödediği fazla 300 lira için A ve B'ye göre iç ilişkideki sorumluluk oranlarına göre rücu edecektir. Örnekte B zararın %30, A ise %60'ından sorumlu olduğu için 100 ve 200 TL olarak paylaşım yapılacaktır.

Helvacı<sup>128</sup> ise şu örnekleri vermiştir:

*Zarar, 300.000 TL'dir. Yönetim kurulu üyeleri (A), (B), (C) ve (D)'dir. (A)'nın kusurunun bulunmadığı, (B)'nin %100, (C) ve (D)'nin her birinin ise %30 kusurlu olduğu belirlenmiştir. Zararın tamamı, dış ilişkide %100 kusurlu bulunan (B) tarafından ödenmiştir. Oysa, iç ilişkide (B)'ye %70, (C) ve (D)'nin her birine %15 oranında sorumluluk yüklenmiştir. Bu halde, (B), iç ilişkide kendisine düşen (300.000 x 70/100=) 210.000 TL'den 90.000 TL fazla ödemiştir. (B)'nin (C) ve (D) aleyhine açacağı rücu davasında, (C) ve (D), ayrı ayrı 45.000 TL'ye mahkum edilebilecektir. (D)'nin ödemediği aciz halinde bulunduğunu, bunun yargılama sırasında kesinleştiğini varsayalım. Bu durumda, müteselsil sorumlu (D)'ye düşen 45.000 TL zarara (B) ve (C) birlikte katlanırlar. (B), kendisine düşen payı (22.500 TL) (C)'nin payına (22.500 TL) ve iç ilişkide ona düşen 45.000 TL'ye ekleyerek, (C)'den 90.000 TL isteyemez, ondan 67.500 TL isteyebilir.*

*Zarar 600.000 TL'dir. Yönetim kurulu üyeleri (A), (B) ve (C)'dir. Dış ilişkide: (A), %30 kusurludur. (B), %40 kusurludur. (C), %30 kusurludur. İç ilişkideki sorumluluk oranları, dış ilişki için yukarıda verilen oranlar ile aynıdır. Zararın 180.000 TL'si, (A) tarafından ödenmiştir. Bu durumda (A), dış ilişkide kendisine düşen %30 oranında tazminat tutarının (=180.000 TL) tamamını ödemiştir. Buna göre, (A), iç ilişkide (B)'ye ve/veya (C)'ye başvuramaz. Şirketin (600.000 - 180.000=) 420.000 TL zararı karşılanamamıştır. Şirket, (B)'den (600.000 x 40/100=) 240.000 TL, (C)'den (600.000 x 30/=) 180.000 TL talep edebilecektir.*

#### IV. Farklılaştırılmış Teselsülün Genel Değerlendirilmesi

Farklılaştırılmış teselsül sistemi, müteselsil sorumluluk anlayış ve uygulamalarının, sıkıntılarını gidermek ve menfaatler dengesi ile hakkaniyeti sağlamak üzere oluşturulmuş bir prensip olarak görünmektedir. İsviçre doktrininde, uzun

<sup>128</sup> HELVACI, s. 94.

süredir tartışılan bu kavram,<sup>129</sup> Türk Hukuku açısından da oldukça yeni bir kavramdır. Tasarı'nın yasalaşması ile birlikte bu kavram hukukumuzda da yerini almıştır.<sup>130</sup>

TTK m.557 gerekçesinde de farklılaştırılmış teselsülle ilgili önemli vurgular yapılmıştır. Gerekçeye göre, müteselsil sorumluluk bir ağırlaştırılmış sorumluluk anlamına gelmemekte; sadece aynı zararın birden fazla kişi tarafından meydana getirilmesi halinde birlikte sorumlu olacağı anlamına gelmektedir. Yani müteselsil sorumluluk, bir sorumlunun tek başına aynı zarardan sorumlu olacağı miktardan daha fazla sorumlu olmasına sebep olamaz. Keza bu teselsülde sorumluların dış ilişkideki kusurunu hakim, mutlak teselsülden farklı olarak, kusurun ağırlığını ve TBK m.51 ve 52 hükümlerini dikkate alarak belirleyecek ve bazen tamamen tazminattan kurtulabilen sorumlular olabilecektir.

Mutlak anlamda müteselsil sorumluluk, birçok yönden sakıncaları olan ve hakkaniyete aykırı durumların oluşmasına sebep olan bir sorumluluktur. Zarar gören, zarar verenler karşısında oldukça güçlü ve ayrıcalıklı bir konuma sahip olmaktadır. Yine özen ve gözetim yükümü gibi genel tanımlar içeren kavramlar sebebiyle, sorumluluğun sınırları da oldukça genişlemekte ve haksız durumlar ortaya çıkmaktaydı.

Müteselsil sorumluluğun hakkaniyete aykırı yönlerini büyük oranda ortadan kaldıran farklılaştırılmış teselsülün, borçlu ve alacaklı arasında menfaat dengesini kurmada üstünlükleri bulunmaktadır. *TEKİNALP*'a göre müteselsil ve münferit zararların ayrılması gereklidir. Sırf alacaklıyı koruma düşüncesiyle, bir kişinin kendi eylemleri ve kararlarının sonucu olan sorumlulukları müteselsil sorumlulara yüklemenin bir temeli bulunmamaktadır.<sup>131</sup> Zarar görenin farklı kusur oranları nedeniyle zararının tümünü tahsil edememesini de teselsülün bir sonucu değil, YK üyelerinin ehliyetsiz ve varlıksız kişilerden oluşmasının bir sonucu olarak görmektedir.<sup>132</sup> Gerçekten de farklılaştırılmış teselsül kurumuyla, salt anlamda bir müteselsil sorumluluk kabul edilmemiştir. Müteselsil ve münferit sorumluluk ayrı ayrı belirlenip; müteselsil sorumlulukta da bireysel indirim sebepleriyle sorumluluğun farklılaşması gerekecektir.

## Sonuç

Anonim ortaklığa, pay sahiplerine ya da alacaklılara zarar veren yönetim kurulu üyeleri birlikte verdikleri zararlardan ötürü farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca müteselsilen sorumludurlar. TTK 2011 yılı değişikliğiyle hukukumuzda

<sup>129</sup> WİDMER / BANZ, Art.759, N. 1; ROBERTO, s. 32; BÖCKLI, 3. Auflage, § 18, N. 495.

<sup>130</sup> SERENGİL, s. 112; PULAŞLI, s. 703.

<sup>131</sup> TEKİNALP, s. 467; TTK Gerekçe m.557.

<sup>132</sup> TEKİNALP, s. 468; BAHTİYAR, s. 400; BOZKURT, s. 505.



tanınan farklılaştırılmış teselsül, mutlak teselsülün bir parçası olmakla birlikte mutlak teselsül ile oldukça farklı sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

ETTK döneminde anonim şirket sorumluluk hukuku bakımından tam teselsül anlayışı, dış ilişkide sorumluların kusur oranlarına bakılmaksızın alacaklıya karşı zararın tamamından sorumlu olmalarını öngörmekteydi. Ancak bu durum zarara, hafif kusuru yahut ihmali ile katılan yahut kusursuz olan bazı sorumluların zararın tamamından sorumlu olmaları sonucunu doğurmaktaydı. Üstelik tam teselsül gereği alacaklı borcun tamamı için sorumlulardan birine ya da birkaçına gidebilme imkanına sahip olduğundan ekonomik durumu iyi olan sorumlular kusur derecelerine bakılmaksızın zararın tamamını ödemek zorunda kaldıkları gibi iç ilişkide rücu haklarını kullanmakta sıkıntılar yaşamakta idiler. Bu nedenle bu adaletsiz durumu ortadan kaldırmak adına 6102 sayılı TTK'nın 557. maddesi ile sorumluların kusur oranlarına göre bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide alacaklıya karşı da ileri sürebilecekleri, böylece sorumluluk miktarlarının kusur oranlarına göre belirleneceği bir teselsül anlayışı getirilmiştir.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesini düzenleyen TTK m.557'nin ilk iki fıkrası sorumluluk davasına ilişkin hükümler düzenlerken, son fıkrası ise sorumluluk davası sonucunda kendi payına düşenden fazlasını ödeyen sorumluların kendi aralarındaki rücu ilişkisini ve dikkate alınacak hükümleri düzenlemektedir.

Çalışmamızda eski sistemde benimsenen mutlak teselsül anlayışının ortaya çıkardığı olumsuz durumlardan, sonradan getirilen farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanış biçiminden, sorumluluk hukukuna getirdiği avantajlardan, adalet ve hakkaniyete katkılarından bahsedilmiştir. Son olarak da hukuk politikası açısından değerlendirilmesi ele alınmıştır.



## Kaynakça

- AKDAĞ GÜNEY, Necla, Bankalar Kanununa Göre Yönetim Kurulu Üyelerinin Verdikleri Zararla Sınırlı Şahsi Sorumluluklarının İsviçre Borçlar Kanunu Art.759'da Yer Alan Farklılaştırılmış Teselsül Düzenlemesi ile Karşılaştırılması, Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, s. 1027-1236, İstanbul, 2007.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012 (Yönetim Kurulu).
- ALTAŞ, Soner, Anonim Şirketlerde Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014, 291-298.
- ALTAY, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 151, Mart 2019, 68-75.
- BAHTİYAR, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Erhan; *Şirketler Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Dora Yayıncılık, Bursa, Şubat, 2020.
- BOZKURT, Tamer, Türk Ticaret Kanunu ve Tasarısı Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukukî Sorumluluğu: Üyelerin Özellikle Doğrudan Doğruya Verdikleri Zararlardan Doğan Sorumlulukları ve Yargı Uygulaması, *TBB Dergisi*, Sayı 83, 2009, s. 155-188.
- BOZKURT, Tamer, *Şirketler Hukuku*, Legem Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BÖCKLİ, Schweizerisches Aktienrecht, Zürich, 2009.
- ÇAMOĞLU, Ersin, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 407-418.
- ÇAMURCU, Emin, *Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül, 2015.
- DEDEĞAÇ, Ender / SAPAN, Oğuzhan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, Ankara Barosu, 2013.
- DOĞAN, Murat / ŞAHAN, Gökhan ve ATAMULU, İsmail, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- GÖNEN Ramazan, Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu'nun Devredilemeyen Görev ve Yetkileri, Yönetim Yetkisinin Devri ve Devir Halinde Sorumluluk, İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, S. 6, İstanbul 2012, s. 125-136.
- GÖKTÜRK, Kürşat / CAN, Mehmet Çelebi; Farklılaştırılmış Teselsülün - Özellikle-Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 2, Sayı. 2, 2011, s. 207-246.

- GÜRSOY, Kemal Tahir, Birden Fazla Kimsenin Aynı Zarardan Sorumluluğu, Mahmut Koloğlu'ya 70'inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975, s. 57-83.
- HELVACI, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu 759. Maddesi ile Getirilen Müteselsil Sorumluluğunun Anlamının Tanıtılması, Prof. Dr. Hayri DOMANIÇ'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 218- 232 (İsviçre Borçlar Kanunu)
- HELVACI, Mehmet, Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 12, Sayı. 2, 2013, s. 77- 92.
- KALINSAZ, Tuna, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğuna Farklılaştırılmış Teselsül Müdahalesinin Değerlendirilmesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt. 6, Sayı. 55, Haziran 2014, s. 17-21.
- KARAHAN, Sami, Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2015.
- KARAYALÇIN, Yaşar, İsviçre Hukukunda Müteselsil Sorumluluk Konusunda Tartışmalar ve Yasal Gelişmeler, Ünal Tekinalp'e Armağan cilt II, s. 651- 672.
- KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku, Ankara, 2015.
- OFTİNGER, KARL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, BD. IALLG. TEİL, 4. AUFL., ZÜRİCH 2003.
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku*, Vedat Kitapçılık, 11. Baskı, İstanbul 2013.
- OSORKHAN, Umurbek, Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.
- POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal / ÇAMOĞLU, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- PULAŞLI, Hasan, TTK Tasarısında Yönetim Kurulunun Sorumluluğu, Prof. Dr. Şener AKYOL'a Armağan, İstanbul, 2011.
- PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt 2, 2015 (Şerh)
- PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 4. Baskı, adalet yayınları, 2016.
- ROBERTO, Vito, Farklılaştırılmış Teselsülün Problemleri, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 2, Sayı. 3, Ocak 2016, s. 146. (Çev. Ezgi Başak DEMİR-YAK-Sadık ÇAPA).
- REİSOĞLU, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Bası, İstanbul, 2013.
- SERENGİL, Şelale Orkide, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.
- TAŞ, Dilan, Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.

- TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- TOLU, Hazal, Yargıtay Kararları İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Müteselsil Borçluluk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 1, Ocak 2018, 531-570.
- VOGT, Hans-Ueli, Solidarität in Der Aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, In Verantwortlichkeit Im Unternehmensrecht IV, Hrsg. von Weber, Rolf H./Isler, Peter R., Zürich, 2008.
- WİDMER, Peter / BANZ, Oliver, Basler Kommentar Zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel Genf, München 2002.



# Haksız Rekabet ile Rekabet Hukuku Arasındaki İlişkinin Fiyat Tarifeleri Kapsamında Değerlendirilmesi<sup>(\*)</sup>

## *Evaluation of the Relationship between Unfair Competition and Competition Law in the Scope of Price Tariffs*

Arş. Gör. Pınar UZUN-ŞENOL<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Özgür ve dürüst rekabetin yasal dayanakları ve bu anlamda etkin bir rekabetin teminatı olan haksız rekabet ile rekabet hukukunun terminolojik açıdan birbirine benzemesine rağmen farklı hukuk alanlarını oluşturmaları, yakın ilişki içerisinde oldukları gerçeğini değiştirmez. Nitekim her iki disiplin de etkin bir rekabetin sağlandığı piyasayı düzenlemekte birlikte görev edinmiştir. Bu sebeple rekabet yasaları hem özgür hem de dürüst rekabet ortamını birlikte sağlamaya çalışmalıdır. Özgür rekabet ancak yasal sınırlar içinde, dürüstlük ilkesinin hâkim olduğu bir ekonomik düzen içerisinde mümkün olur. Bu durum her iki alanın her zaman karşılıklı etkileşim içinde olduğunun bir kanıtıdır.

Haksız rekabet ile rekabet hukukunun etkileşim içindeki oldukları konulardan biri, fiyat serbestisi ilkesinden yoksun ve içeriğinde fiyat tespiti amacını taşıyan fiyat tarifeleridir. Esasen rekabet hukukunun konusunu oluşturan fiyat tarifeleri, haksız rekabet hukuku kapsamında Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Her iki disiplinin fiyat tarifelerine yaklaşımı, birbiri ile çelişecek şekilde değil, aksine, aynı paralelde ve tamamlayıcı nitelikte olmalıdır.

### Anahtar Kelimeler

Haksız Rekabet, Rekabet Hukuku, Fiyat Tarifesi, Dürüstlük İlkesi, Özgür Rekabet.

### Abstract

The legal basis of free and fair competition and the guarantee of effective competition in this sense, although unfair competition and competition law are similar in terms of terminology, the fact that they constitute different areas of law does not change the fact that they are in close relationship. As a matter of fact, both disciplines have taken on a task together in regulating the market where effective competition is ensured. For this reason, competition laws should try to provide

<sup>(\*)</sup> Makale geliş tarihi: 04.11.2021 - Makale kabul tarihi: 17.11.2021.

Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Anabilim Dalında Arş. Gör. Pınar UZUN-ŞENOL tarafından, Prof. Dr. Murat Alışkan'ın danışmanlığında hazırlanan, "Haksız Rekabet ile Rekabetin Korunması Alanları Arasındaki Hukuki İlişki" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

<sup>(\*\*)</sup> Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Özel Hukuk Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

E-posta: puzun@fsm.edu.tr.

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-1660-316X>.

both a free and fair competition environment. Free competition is possible only within legal limits, in an economic order dominated by the good faith principle. This is a proof that both fields are always in mutual interaction.

One of the issues in which unfair competition and competition law interact is price tariffs, which lack the principle of price freedom and aim to determine prices. Price tariffs, which essentially constitute the subject of competition law, have also been the subject of Supreme Court decisions within the scope of unfair competition law. The approaches of both disciplines to price tariffs should not contradict each other, on the contrary, they should be parallel and complementary.

### Keywords

Unfair Competition, Competition Law, Price Tariff, Good Faith Principle, Free Competition.

## Giriş

Rekabet, ticaret serbestisinin tabi bir sonucu olarak gelen özgürlük olsa da bu özgürlüğün sınırsız olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu süreç ancak belirli kuralların hâkim olduğu bir düzende varlığını sürdürebilir. Rekabet düzeni içerisinde zarar gören veya görme tehlikesi altında olan katılımcıların korunması özel hukukun alanına girer. Eşitler arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukukun ilgilendiği bu alan haksız rekabet hukukudur. Haksız rekabet hukuku, piyasa katılımcılarının ekonomik faaliyette bulunma hakkının dürüstlük kuralı kapsamındaki sınırlarının aşılması suretiyle oluşur. Öncelikle piyasanın rekabetçi yapısının bir düzen içerisinde varlığının tesis edilmesi gerekir. Ardından var olan bu düzenin zarar görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak, rekabet sürecinin düzen içerisinde devamını daim kılmak önem taşır. Bu düzeni kuracak kurallar bütünü de rekabet hukukudur.

Haksız rekabet ile rekabet hukuku birbiriyle etkileşim içinde olan alanlardır. Birlikte vardıkları sonuç verimli ve düzenli bir ekonomik piyasanın varlığıdır. Varılacak bu sonuca hizmette, rekabet hukuku genel ekonomik yararı arttırmaya çalışırken özgür rekabeti, haksız rekabet hukuku da katılımcılar arasındaki ilişkilerde bir kişinin ekonomik özgürlüğünün diğer bir kişiye zarar verecek şekilde kullanılmasına engel olma yolunda dürüst rekabet esasını benimsemektedir.

Aynı rekabet düzeninin birer parçası olan haksız rekabet ile rekabetin korunması hükümleri, piyasada bozulmamış rekabetin sağlanması ve güvence altına alınması ortak amacına hizmet eden, bu anlamda piyasa ekonomisi sisteminde rekabetçi düzenin sağlanması, sağlıklı işlemesi ve korunması bakımından karşılıklı etkileşim içinde olan düzenlemelerdir. Rekabet düzeninin birer parçaları olduğundan iki disiplinin karşılıklı etkileşim içerisinde olduğu konular vardır. Etkileşim içerisinde oldukları konulardan biri de içerisinde fiyat tespitini barındıran fiyat tarifeleridir.

Piyasa katılımcılarından birinin iktisadi menfaatini zarara uğratan veya uğratma tehlikesini içeren dürüstlük kuralına aykırı davranış ve uygulamaları konu edinen haksız rekabetin farklı görünüm hâlleri mevcuttur. TTK'nın örnekseme

yöntemiyle haksız rekabet hâllerinin sayıldığı md.55'te belirtilmemiş olsa da mal ve hizmetler için kamu kuruluşları tarafından belirlenen resmi fiyat tarifelerine uyulmaması ve bu tarifelere aykırı fiyat politikası benimsenmesi, yargı kararlarında haksız rekabet olarak nitelendirilmektedir. Türkiye'de esnaf ve ticari işletme faaliyeti kapsamına giren mal ve hizmetler hakkında, serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetlere ilişkin ve regüle edilmiş piyasalardaki mal ve hizmetlere ilişkin olmak üzere müşterilerinden talep edebileceği sabit, azami ya da asgari bedelleri içeren ve mevzuatta öngörülen kamu kuruluşları tarafından hazırlanan resmi nitelikteki tarifelere fiyat tarifeleri denir.<sup>1</sup> Fiyat tarifeleri bazı Yargıtay kararlarında TTK md.55/1-a-6 bendi uyarınca tedarik fiyatının altında bulunduğu gerekçesiyle haksız rekabet hâli olarak kabul edilmekte iken bazı kararlarda ise TTK md.55/1-e uyarınca iş şartına aykırılıktan haksız rekabet oluşturduğu sonucuna varılmaktadır. Rekabet hukuku kapsamında da fiyat tarifelerinin hukuki durumu, 4054 sayılı Kanun kapsamında yasak faaliyetlerden olan fiyat tespiti konusunu içerdiğinden, tartışmalıdır. Çalışmamızda, haksız rekabet ile rekabet hukuku arasındaki etkileşim, her iki alanın fiyat tarifelerine yaklaşımı açısından değerlendirilmiştir.

## I. Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Esaslar

### A. Haksız Rekabet Kavramı ve Haksız Rekabet Hükümlerinin Temel Aldığı Konu

Haksız rekabet hukuku<sup>2</sup> ekonomik faaliyette bulunma hakkının dürüstlük kuralı çerçevesindeki sınırlarının aşılması hâlinde devreye girer. Ekonomik ilişkiye dahil olan katılımcıların, bu ilişkiye dahil olmaktan ötürü elde ettikleri hakların ihlali veya bu hakların kötüye kullanımının engellenmesi amacı ile tesis edilen haksız rekabet kuralları, ekonomik alandaki rekabetin dürüstlüğe uygun yöntemlerle yapılmasını sağlamaya çalışır.<sup>3</sup> Bu sebeple, daha genel bir ifadeyle, haksız rekabet, rekabeti dürüstlük kuralına aykırı olarak bozan eylemlerin genel adıdır.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ahmet Fatih Özkan, "Rekabet Hukukunda Fiyat Tarifeleri", *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 921; Ahmet Fatih Özkan, "İş Şartlarına Uymama Nedeniyle Haksız Rekabet Hali Olarak Fiyat Tarifelerine Aykırılık", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Yıl: 10, S. 37, Ocak 2019, s. 133-180, s. 154.

<sup>2</sup> Hukuka aykırı ve dürüst olmayan davranışların yasaklanmasının haksız rekabet hukukunun öznesini oluşturması ve bu hukuk dalının dürüst olmayan ve haksız rekabeti yasaklamayı amaçlamasından dolayı, haksız rekabetin kendisinin bir hukukun bulunamayacağı, bu kapsamda bu hukuk disiplininin adının "haksız rekabetle mücadele" olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Sinan Barış Yaşar, *Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 45.

<sup>3</sup> Hikmet Sami Türk, "Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi", *Batıder*, C. XIII, S. 2, 1985, s. 124.

<sup>4</sup> Mehmet Yılmaz, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri", *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 4, 2006, s. 1482.

Haksız rekabeti önlemeyi amaçlayan bu kurallar ile oyun içerisindeki tüm katılanların aynı kurallara tabi tutulması sağlanarak dürüst rekabet sağlanmış olur.<sup>5</sup>

Haksız rekabet, rekabet düzeni içerisinde var olan katılımcıların ekonomik ilişkilerinin dürüstlük ilkesine aykırı yöntem ve davranışlarla bozulması neticesinde doğar. Haksız rekabet hukukunun konusu, katılımcılardan birinin iktisadi menfaatinin zarara uğratan veya zarara uğratma tehlikesini içeren dürüstlük kuralına aykırı davranış ve uygulamalardır. Eğer bu davranış veya uygulamalar ticari iş niteliğinde ise TTK, değilse TBK'nın haksız rekabet hükmü uygulama alanı bulacaktır.

TBK açısından haksız rekabet hukukunun konusu, md.57'de "*müşterilerinin azalması veya onları kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya bırakacak gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kuralına aykırı diğer davranışlar*" olarak belirtilmiştir. Böylece, piyasa katılımcılarından bir(iler)inin iktisadi menfaatinin zarara uğratan veya zarara uğratma tehlikesini içeren ticari iş niteliğinde olmayan dürüstlük kuralına aykırı davranış veya uygulamalar haksız rekabetin konusunu oluşturacaktır.

TTK'da "*Amaç ve İlke*" başlıklı md.54'ün ikinci fıkrası haksız rekabete ilişkin ilkeyi göstermektedir. ETK md.56'da "*Tanım*" başlığı ile düzenlenen genel prensip, yerini "*İlke*" başlığı altında TTK md.54/2'ye bırakarak, hangi davranış ve uygulamaların haksız rekabet teşkil edeceği şu şekilde belirtilmiştir:

*"... Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldattıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır."*

TTK md.54/2, haksız rekabete ilişkin temel ilkeyi gösteren ve ticari işlere ait olan haksız rekabetin tespit edilmesinde doğrudan uygulanabilen bir genel hükümdür. Dürüstlük kuralına aykırı davranış ve uygulamaları sayan TTK md.55 ise özel hüküm niteliğindedir. TTK bakımından bir davranış veya uygulamanın haksız rekabet olarak kabul edilebilmesi için, özel hüküm niteliğindeki TTK md.55'te sayılan hâllerden birine dahil olması ya da bu hâller ile benzerlik göstermesi gerekir. Eğer bu maddede sayılan hâllere tam olarak uymuyor ya da örneksene yolu ile dolaylı olarak da dahil edilemiyorsa, bu durumda genel hüküm niteliğindeki TTK md.54/2'nin uygulanması söz konusu olur.<sup>6</sup> Nitekim bu genel hüküm, kanunda sayılmayan davranışların da haksız rekabet oluşturabileceğini vurgulamak için getirilmiştir. Henüz mevcut olmayan türde bir davranış veya uy-

<sup>5</sup> Richard Arnold, "English Unfair Competition Law", *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, Münih, No. 44, 2013, s. 66.

<sup>6</sup> Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Haziran 2016, s. 98; Füsün Nomer Ertan (Hüseyin Ülgen / Mehmet Helvacı / Arslan Kaya), *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019, s. 559; Sinan Sarıkaya, *Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 153.



gulamanın ortaya çıkması durumunda, bu eylemler genel hüküm kapsamına dahil edilerek haksız rekabet kabul edilir.<sup>7</sup>

## B. Haksız Rekabetin Unsurları

TTK md.55'te sayılan durumların haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına hükmedilirken, Kanunda sayılan bu özel hâllerin, aynı Kanunda belirtilen genel ilkeye de aykırı olması gerekir.<sup>8</sup> Başka bir anlatımla, davranış, bu maddede sayılan özel hâllere tam olarak uyuyor ya da örnekseme yolu ile dolaylı olarak dahil edilebiliyor olsa da haksız rekabetin varlığından bahsedebilmek için Kanunda sayılan özel hâllerin haksız rekabetin unsurlarına da sahip olması gerekir.<sup>9</sup>

Haksız rekabetten söz edebilmek için gerekli olan unsurlar:

1. Rekabet düzenindeki katılımcılar doğrudan veya sosyal temas dolayısıyla bir ekonomik ilişki içerisinde olmalıdır.
2. Katılımcılar arasındaki ekonomik ilişki bir davranış veya uygulama neticesinde bozulmuş olmalıdır.
3. Davranış veya uygulama aldattıcı veya diğer bir şekilde dürüstlük kuralına aykırı olmalıdır.
4. Bu davranış veya uygulama neticesinde katılımcılardan en az birinin iktisadi menfaati zarar görmüş veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalmış olmalıdır.

<sup>7</sup> Selçuk Öztekin, "Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri", *Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan*, Konya, 1991, s. 418.

<sup>8</sup> İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt: 1*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974, s. 246; Hamdi Yasaman, "Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı", *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri*, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2009, s. 4-6; Yılmaz, Mehmet, s. 1493; Abdüssamet Yılmaz, *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 27; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara, BTHAE Yayın No: 483, 2014, s. 149; Nihal Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 55 ve 194.

<sup>9</sup> Kanunda haksız rekabet olarak sayılmış durumların gerçekten haksız rekabet olup olmadığının tespiti, TTK md.54 hükmünün kontrol işlevine sahip olmadığını; bu sebeple haksız rekabetin varlığının kabulünde farklı bir incelemeye gerek duyulmaması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. İbrahim Bektaş, "Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m.54) ve İşleyen Rekabet Ölçütü", *Batider*, C. XXXIV, S. 3, 2018, s. 284-285. Aynı yönde görüş için bkz. Halil Arslanlı, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri - Umumi Hükümler*, 2. Baskı, İstanbul, 1959, s. 247; Oğuz İrmegün, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, İstanbul, 1995, s. 97; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Yirmi Beşinci Baskı, Ankara, BTHAE Yayını, 2019, s. 354; Nomer Ertan, s. 97-98; Kemal Şenocak, "İşletme Personelinin Ayarlanması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m.56 vd.) Değerlendirilmesi", *AÜHFHD*, C. 50, S. 2, 2001, s. 206; Ayşe Nur Berzek, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020, s. 85; Yaşar, s. 116-117; Güzel Eryürek, *Fiyat Üzerinden Haksız Rekabet*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 45. TTK md.55'in oldukça ayrıntılı ve uzun bir liste ile *per se* haksız rekabet teşkil eden belli başlı hâlleri sıraladığına ilişkin benzer yönde görüş için bkz. Sarıkaya, s. 153.

Haksız rekabetten bahsedebilmek için, rekabet edilebilecek ortamın bir düzen içerisinde mevcut olması gerekir. Bu ortamın oluşturulabilmesi, devletin benimsediği piyasa modelinin uygulanabilmesi için hayata geçirdiği politikanın bir gereğidir. Devletin uyguladığı politika neticesinde kamu hukuku kuralları ile var edilmeye çalışılan rekabet düzeninin aktörleri katılımcılardır. Katılımcılar mal ve hizmeti üretenler, tedarik edenler, satımını ve dağıtımını yapanlar, yani bir mal veya hizmetin üretiminden nihai tüketiciye varıncaya kadar olan sürecin herhangi bir aşamasında yer alan üretici, satıcı, tedarikçi veya dağıtıcı gibi kişi ve kurumlarla, söz konusu mal ve hizmete herhangi bir sebeple gereksinim duyan alıcı, müşteri, tüketici veya kullanıcı da denilen kişi ve kurumlardır.<sup>10</sup> Katılımcılar, rekabet düzeni içerisinde birbirleriyle doğrudan veya sosyal temas dolayısıyla ilişki içerisinde olabilirler.

Haksız rekabet hükümleri ile rekabet kurallarının rakipler arası ilişkilere özgülmesinin yolu kapatılmıştır. Özellikle TTK'da katılımcılar arasındaki ilişkinin, sadece pazara katılanların müşteri ve pazar payı için yaptıkları mücadele şeklinde yani rakipler arasında dar anlamda olması değil; rakipler ya da tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen davranışlar olarak yani rekabet oyununa dahil olan tüm katılımcılar arasında geniş anlamda bir ilişki şeklinde olması kabul edilmiş ve bu durum vurgulanmıştır.<sup>11</sup> Başka bir anlatımla, rakipler ya da tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkiyi etkileyen dürüstlük kuralına aykırı davranışın, diğer bir rakipten ya da üçüncü bir kişiden kaynaklanıp kaynaklanmaması önem arz etmemekte, önemli olan eylemin rekabet oyununa dahil olanlar arasındaki ilişkileri etkileyebilecek nitelikte olmasıdır.<sup>12</sup>

Katılımcılar arasındaki dar ya da geniş manadaki bu ilişkiler ekonomik niteliktedir. Aksi takdirde haksız rekabet hukuku bu ilişkiye sonuç bağlamaz. Bu sebeple haksız rekabetten bahsedebilmek için rekabet düzeni içerisinde var olan katılımcıların ekonomik ilişkiye dahil olmaları beklenir. Nitekim iktisadi olmayan yani gelir sağlama faaliyeti ile ilişkisi bulunmayan rekabet, bir haksız rekabet

<sup>10</sup> Mustafa Ateş, *Rekabet Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 39.

<sup>11</sup> Şirin Güven, *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 51.

Dürüst ve hukuka uygun bir rekabet ortamının mevcudiyetinin ülke ekonomisi, müşteriler ve kamunun menfaatlerini de yakından ilgilendirdiği dikkate alınarak, Kanunun koruma kapsamına bunlar da dahil edilmiş ve taraflar arasındaki ilişkinin varlığı, haksız rekabetin gerçekleşmesi için zorunlu kılınmamış ve bu husus TTK'da "rakipler arasındaki veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen" ifadesi ile açıkça düzenlenerek, Türk hukuku bakımından yeni TTK çerçevesinde de haksız rekabetin varlığı için rekabet ilişkisinin gerekli olmadığı net bir şekilde ortaya konmuştur, Nomer Ertan, s. 118.

Ancak, uzun yıllardır kabul edilen bu hususun özel olarak dile getirilmesinin bir yenilik olmadığı gibi gerekli ve isabetli bir tercih de olmadığına ilişkin eleştiriler için bkz. Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. (Tıpkı) Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 80; Nomer Ertan, s. 118.

<sup>12</sup> Berger, Die funktionale Konkretisierung von Art.2 UWG, s. 220-221 (Güven, s. 52'den naklen).

olarak değerlendirilemez.<sup>13</sup> Burada temel alınan konu, rekabetin iktisadi faaliyet sırasında ihlal edilmesidir.

Katılımcılar arasındaki ekonomik ilişki bir davranış veya uygulama neticesinde bozulmuş olmalıdır. Bu davranış veya uygulama, katılımcılardan birinin bu ilişkide var olan haklarından bir(iler)ini kötüye kullanması veya diğer katılımcılardan en az birinin hakkını ihlal etmesi şeklinde doğar. Katılımcılar arasındaki ekonomik ilişkinin bir davranış veya uygulama neticesinde bozulması hâllerine örneksene yöntemiyle TTK md.55'te yer verilmiştir.

TMK md.2'de öngörülen dürüstlük kuralı ilkesine, haksız rekabet hükümleri açısından TBK md.57 ve TTK md.54/2'de yer verilmiştir. TTK'nın ilgili hükmünün gerekçesinde de tüm haksız rekabet hâllerine ilişkin kuralların üzerinde yapılandırıldığı taşıyıcı kolonlardan birinin dürüst davranış kuralı olduğu belirtilmiştir.<sup>14</sup> Bu itibarla, *dürüst davranma kuralı*,<sup>15</sup> haksız rekabetin tanınması ile davranış ve uygulamaların haksız rekabet oluşturup oluşturmadığına ilişkin tespit için faydalı olacak olan belirleyici bir kriter olarak kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, haksız rekabet teşkil eden davranış ve uygulamaların tespiti dürüstlük kuralının haksız rekabet hukukundaki rolünü tayin edecek ve rekabet ortamını herhangi bir şekilde

<sup>13</sup> Halil Örs, *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi*, Ankara, 1958, s. 33. Hiç kuşkusuz dürüstlük kuralına aykırı bir hareketle bir taraf için gelir sağlama hedefi olmaksızın diğer tarafın gelirinin azaltılması durumu da haksız rekabet teşkil edebilecek niteliktedir. Burada önemli olan ekonomik ilişkinin varlığıdır.

<sup>14</sup> GEREKÇE / Madde 54: "... Yeni hüküm, tüm haksız rekabete ilişkin kuralların üzerine yapılandırıldığı iki taşıyıcı kolon içermektedir. Birinci kolon, bütün katılanların menfaatine dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması gerekliliğini ifade etmektedir... İkinci kolon, dürüst davranış kuralını tek başına temsil eder.

*Dürüst davranma kuralı ise artık haksız rekabetin tanınmasında (teşhisinde) belirleyicidir. Hukuka uygun ve bozulmamış rekabet ortamında (ortamın her zaman piyasa olması şart değildir) tüm katılanlar piyasanın tüm aktörlerinin dürüst davranış kurallarına göre hareket edeceğine güvenir ve güvenmek hakkını haizdir. Dürüstlük kuralını ihlâl eden bu güvene aykırı hareket edilmiş olur. Bu da haksız rekabet oluşturur...*

...  
*İkinci fıkra: İkinci fıkra haksız rekabete ilişkin ilkeyi koymaktadır. İlkenin taşıyıcı kolonu (ikinci kolon) dürüst davranış kuralıdır.*" <https://29b13951316a490bc215ebb98f180002769de725.vetisonline.com/mevzuat/gerekciler/turk-ticaret-kanunu-madde-gerekcileri/1> (Lexpera İçtihat, 15.09.2021).

<sup>15</sup> TMK md.2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı, hukukun tüm dallarında uygulama kabiliyeti olan temel hukuk ilkelerindedir. Bütün hakların kullanılmasında uyulması gereken genel bir kural olan dürüstlük kuralı, bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Bir hak dürüstlük kuralına aykırı kullanıldığı takdirde, kötüye kullanılmış olur. TMK md.2/1'de ifade edildiği üzere, "*herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*", cümlesinden, bir davranış kuralı olan dürüstlük kuralına yalnızca hakların kullanılmasında değil, borçların ifasında da uyulması gerektiği anlaşılmaktadır, Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, 23. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 261; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 12. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 242.

etkilemek kaydıyla dürüstlük kuralına aykırı davranış ve uygulamalar da haksız rekabet teşkil edecektir.<sup>16</sup> Böylece, serbest ticaret faaliyetindeki sınırlar dürüstlük kuralının esas işlevine uygun olarak bu ilkeye göre tayin edilecektir.<sup>17</sup> Nitekim Kanun koyucu haksız rekabeti tayin ederken TMK md.2’de belirtilen dürüstlük kuralını esas alarak ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğünün bu kurala aykırı bir şekilde kullanılması durumunda haksız rekabetin gerçekleşeceğini kabul etmiştir.<sup>18</sup>

Haksız rekabetin gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için failin bu fiil sebebiyle herhangi bir menfaat sağlamış olması veya kâr elde etmiş olması zorunlu değildir. Aynı şekilde, haksız rekabetin varlığı için failin kusurlu olması da aranmaz. Belirtilmelidir ki kusur şartı sadece haksız rekabet sebebiyle açılacak tazminat davaları için zorunlu görülecektir. Aksi takdirde, bir fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediğinde failin kusurlu olup olmadığına bakılmasına lüzum yoktur.

Haksız rekabetin varlığını kabul etmek için haksız rekabete uğrayan kişinin mutlaka zarar görmesi de zorunlu bir şart olarak aranmaz. Burada zararın varlığı, tazminat davaları bakımından önem arz edecektir. Zarar tehlikesinin varlığı haksız rekabetten bahsedebilmek için yeterlidir. Başka bir deyişle, haksız rekabetten bahsedebilmek için iktisadi menfaatlerin zarar görmüş olması veya böyle bir tehlikenin mevcut bulunması gerekir. Böylece, sadece zarar görme tehlikesinin varlığı hâlinde de haksız rekabetten bahsedilebilecek ve haksız rekabet hükümleri devreye girerek ilgili davalar açılabilir.

### C. Haksız Rekabet Hukukunda Amaç ve Temelde Korunan Menfaat

*Haksız fiilin özel bir görünüm şekli olan haksız rekabet*<sup>19</sup> ile güdülen amaç, haksız fiil ile ilgili düzenlemelerle paralellik gösterir. Başka bir deyişle, haksız rekabet hukukunda da amaç, haksız rekabet faili ile mağduru arasında kanuna aykırı hareket etme neticesinde doğan zararın giderilmesi veya bu zararın oluşumunun engellenmesidir.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Nomer Ertan, s. 113; Şenocak, s. 205.

<sup>17</sup> Yılmaz, Mehmet, s. 1491.

<sup>18</sup> Celal Göle, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Ankara, BTHAE Yayın No: 149, 1983, s. 163.

<sup>19</sup> Nisim Franko, “Haksız Rekabette Elde Edilmesi Muhtemel Menfaate Hüküm”, *Batider*, C. XIII, S. 3-4, 1986, s. 204; Necdet Özdemir, “Türk Hukukunda Haksız Yarışma (Rekabet)”, *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C. 1, S. 2, 1969, s. 4; Ernst E. Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri*, C. 1, İstanbul, 1939, s. 193. Haksız rekabetin, TTK’da düzenlenen ve TTK md.3 uyarınca başka bir kritere gerek olmadan ticari iş niteliğinde sayılan haksız fiil olduğuna ilişkin görüş için bkz. Murat Alışkan, “Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiillerden Doğan Borçlara Avans Faiz Oranı Üzerinden Temerrüt Faizi Uygulanması”, *Teori ve Uygulamada Ticaret Hukuku - Makaleler*, İstanbul, 2019, s. 143; Murat Alışkan, “Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiillerden Doğan Borçlara Avans Faiz Oranı Üzerinden Temerrüt Faizi Uygulanması”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, C. 4, S. 47, Kasım 2008, s. 2553.

<sup>20</sup> Ahmet Galip Kaplan, *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 33.

Haksız rekabet hukukunun amacına ilişkin düzenlemeye “*Amaç ve İlke*” başlıklı TTK md.54/1’de rastlanılmaktadır. Bu yeni hüküm ile birlikte haksız rekabet hükümlerinin amacının, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu belirtilmiştir.

Haksız rekabet hükümlerinin temelde koruduğu menfaat, ekonomik ilişkiye dahil olan piyasa katılımcılarından zarar gören veya zarar görme ihtimali olanlarının iktisadi menfaatini (bazen bireysel, bazen kolektif nitelikte) korumaktır. Temelde korunan bireysel menfaatin yanında, toplumsal anlamda menfaat sağlanması da kaçınılmaz olacaktır.

## II. Rekabet Hukukunun Anlam ve Önemi

Liberal ekonomik sistemlerde, rekabetin serbest bir şekilde piyasanın içinden ya da dışından herhangi bir müdahale olmadan, doğrudan piyasa koşulları içerisinde belirlenebilmesi büyük önem taşımaktadır. Ticaret hayatının tamamen serbest bırakılması anlamına gelmeyen rekabet serbestisine ulaşma, rekabet politikasının konusudur. Şöyle ki; genel hatlarıyla rekabet politikası, rekabetçi bir piyasa yapısına ulaşma yolunda rekabetin olduğu piyasaları korumak ve rekabetin olmadığı piyasalarda da rekabet koşullarını yaratmayı sağlar. Serbest rekabet ancak, rekabet düzeninin hukuken korunması suretiyle sağlanabilmektedir ve bu koruma ile birlikte kamu menfaati sağlanmış olur.

Devletin kamu çıkarını gözetmek ve toplumsal refahı arttırmak için oluşturduğu rekabet politikası ile her ne kadar tam rekabet ortamını sağlamak imkânsız olsa da etkin rekabeti gerçekleştirilebilmek amacıyla etkin olmayan piyasalara müdahale edilir. Etkin rekabeti gerçekleştirmek için de rekabet politikasının kullandığı enstrümanların hukuki tarafını rekabet hukuku oluşturur.<sup>21</sup>

Rekabet politikası unsurlarından biri olan rekabet hukuku,<sup>22</sup> iktisadi etkinliği sağlamak, mal ve hizmet piyasalarındaki serbest rekabet düzenini oluşturmak ve korumak amacıyla rekabet ihlallerine engel olmak, rekabet ihlallerini ortadan kaldırmak için düzenleyici, denetleyici ve yasaklayıcı normlar getiren bir hukuk dalıdır.<sup>23</sup> Başka bir deyişle piyasadaki serbest yarış ortamını zedeleyebilecek nitelikteki teşebbüs davranışlarını düzenleyen, söz konusu ortamın korunması ve sürdürülmesini teminine dönük yaptırımları ve bu yaptırımların uygulanmasına ilişkin yöntemleri gösteren hukuk kurallarının bütünüdür.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Şaban Esen, “Rekabet Politikası, Rekabet Hukuku ve Rekabet Hukukundan Beklentiler”, *Bartın Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 1, S. 2, 2010, s. 3-4.

<sup>22</sup> Alison Jones and Brenda Sufrin, *EU Competition Law*, Fourth Edition, New York/United States, 2011, s. 2.

<sup>23</sup> Pelin Güven, *Rekabet Hukuku (Genişletilmiş)*, 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 22.

<sup>24</sup> Ateş, s. 61.

Piyasaya müdahalenin hukuki yönünü oluşturan rekabete ilişkin düzenlemelerden oluşan rekabet hukuku, ekonomik verimliliğin sağlanması, teknik gelişmeyi uyarma, kontrol edilemeyen ekonomik gücün ortaya çıkmasının engellenmesi, girişimcilere maksimum davranış ve seçim özgürlüğünün sağlanması hususlarına ilişkin önemi yadsınmaz.<sup>25</sup>

Rekabet olgusu teşebbüsleri yenilik yapmaya, teknoloji geliştirmeye, ürünlerin çeşit ve kalitesini artırmaya yönelik araştırma ve geliştirme çalışmalarına yönelen, onları sürekli yeni arayışlara zorlayan ve her zaman dinamik yapıya sahip olan bir mekanizmadır.<sup>26</sup> Ticari hayatta işletmelerin verimini arttırmada, onlara canlılık ve dinamizm kazandırmada, üretilen mal ve hizmetlerin kalitesini yükseltmede ve fiyatları düşürmede önemli etkileri vardır.<sup>27</sup> Bu itibarla, rekabet sürecini zayıflatacak şekilde bir serbest piyasa varlığında, söz konusu rekabet sürecinin korunması için hukuk eliyle piyasaya müdahale edilir.<sup>28</sup> Bu noktada rekabet hukuku kuralları, rekabetin bir düzen içerisinde var olmasını sağlamaya çalışan kurallar bütünü olarak devreye girer. Bu düzenleme ile haksız bir şekilde pazarları bloke eden güçlerin kontrol altına alınması sağlanarak sadece küreselleşmenin doğurduğu dalgalarda sörf yapan kişilere değil, bunun için yeterli seviyeye ve güce sahip olabilecek kişilere de yardımcı olmak suretiyle imkân tanınır.<sup>29</sup>

### III. Fiyat Tarifeleri Açısından Haksız Rekabet ile Rekabet Hukuku Arasındaki İlişki

Kapsadıkları mal ve hizmetlere ilişkin olarak uygulanması gereken, ilgili mal veya hizmeti üreten veya satan kişilerin, müşterilerinden talep edebileceği sabit, azami ya da asgari bedelleri içeren ve mevzuatta öngörülen kamu kuruluşları tarafından hazırlanan resmi nitelikte tarifelere fiyat tarifeleri denir.<sup>30</sup> Türkiye’de esnaf ve ticari işletme faaliyeti kapsamına giren mal ve hizmetler hakkında, serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetlere ilişkin ve regüle edilmiş piyasalardaki mal ve hizmetlere ilişkin tarifeler olmak üzere farklı fiyat tarifeleri mevcuttur.<sup>31</sup> Serbest meslek faaliyeti kapsamında sunulan hizmetlerdeki fiyat ta-

<sup>25</sup> Kurt Stockmann, “Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması”, çev. Meneviş Ögüt, *Sosyal Piyasa Ekonomisi*, İzmir, 1992, s. 20-25; Philip Areeda, Louis Kaplow and Aaron Edlin, *Antitrust Analysis - Problems, Text and Cases*, Sixth Edition, New York, 2004, s. 20-22.

<sup>26</sup> Ateş, s. 48.

<sup>27</sup> Arkan, s. 345; Özdemir, s. 3.

<sup>28</sup> Gönenç Gürkaynak, *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması*, Ankara, 2003, s. 7.

<sup>29</sup> Eleanor Fox, “Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ankara, 11 Kasım 2015, s. 138.

<sup>30</sup> Özkan, Aykırılık, s. 134.

<sup>31</sup> Fiyat tarifelerinin türleri ve özelliklerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Özkan, Fiyat Tarifeleri, s. 921-940; Özkan, Aykırılık, s. 154-167.

rifeleri asgari yani en düşük miktarı belirtmekte iken, esnaf ve tacirler için geçerli olan fiyat tarifeleri azami yani en yüksek miktar üzerinden belirlenmiştir. Regüle edilmiş piyasalardaki fiyat tarifeleri ise genelde sabit miktar olarak belirlenmiştir.

Fiyat tarifelerinin belirlendiği piyasalarda, fiyat tarifelerine uymayıp tarifelerin öngördüğü sınırlar dışında rekabet ortamında var olan katılımcıların davranışları haksız rekabet teşkil eder mi? Dürüstlük ilkesinin temel alındığı haksız rekabet hukukunda fiyat tarifesine aykırı yaklaşımlar dürüst rekabetin ihlali kabul edilebilir mi? Bu fiyat tarifelerine ilişkin yasal dayanağın söz konusu olduğu durumlarda Rekabet Kurulu 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında rekabet hukuku uyarınca bir işlem yapmamıştır.<sup>32</sup> Yasal dayanağın bulunmadığı durumlarda ise Kurul idari para cezası vermiştir.<sup>33</sup>

Rekabet ortamındaki en önemli unsurların başında fiyat gelir. Fiyat, pazar koşullarında arz ve talebin karşılaşması ile oluşmalıdır. Aynı piyasada bulunan teşebbüsler anlaşarak fiyat tespiti yoluna gitmişlerse, ortada etkin bir rekabet ortamının varlığından bahsedilemez. Piyasada faaliyet gösteren piyasa katılımcılarından bir(iler)inin, diğer katılımcıların ekonomik menfaatini zedeleyecek nitelikte fiyata ilişkin bir anlaşma yapmaları durumunda haksız rekabet de gündeme gelebilir. Diğer katılımcıların ekonomik menfaatine zarar veren veya böyle bir tehlikeyle karşı karşıya bırakacak nitelikteki fiyat unsurunun etkili olduğu haksız rekabet hâllerinin çoğu TTK md.55/1-a bendinde yer almaktadır. “Dürüstlük

<sup>32</sup> “... İstanbul Servis Aracı İşletmecileri Odası tarafından 507 sayılı Kanun ile tanınan yetki kullanılarak oluşturulan fiyat tarifelerinin, sadece esnaflar için azami fiyatları belirlemeye yönelik olduğu, anlaşıldığından, tacir sıfatını haiz teşebbüsler eliyle yürütülen servis hizmetlerine yönelik şikayet konusu fiyatlandırma hakkında 4054 sayılı Kanun kapsamında soruşturma açılmasına ve konu hakkında ilgili teşebbüs birliklerine herhangi bir bildirimde bulunulmasına gerek olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.” RK, T. 29.7.2004, Dosya Sayısı: 2004-4-84, Karar Sayısı: 04-49/671-170 (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8ed0531c-7364-4960-b721-f0095e4b53af> (Erişim Tarihi: 11.09.2021). Benzer yönde karar için bkz. RK, T. 25.01.2000, Dosya Sayısı: D4/1/M.A.-99/2, Karar Sayısı: 00-4/33-15 (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=e09424f0-93b6-4bd5-8be1-441bf01224e0> (Erişim Tarihi: 11.09.2021); RK, T. 13.10.2016, Dosya Sayısı: 2016-1-52, Karar Sayısı: 16-33/561-242 (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=48c19a96-2f81-438c-b5c6-a77f7959180e> (Erişim Tarihi: 11.09.2021). Asgari ücret tarifeleri rekabeti sınırlayıcı nitelikte olmalarına rağmen, bazı kanunlarla teşebbüs birliğine herhangi bir takdir yetkisi bırakmadan, doğrudan rekabeti sınırlayıcı nitelikte (örneğin, asgari ücret tarifesi belirleme yetkisi) karar alma zorunluluğu yüklendiğinde, bu karara karşı artık Rekabet Kurulu doğrudan yaptırım uygulayamaz. Kurul burada ancak görüş bildirme prosedüründen yararlanabilir. Detaylı bilgilendirme için bkz. İ. Yılmaz Aslan, *Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat*, 5. Baskı, Bursa, Ekin Yayınevi, 2017, s. 272.

<sup>33</sup> Bir kamu kurumunu niteliğindeki meslek kuruluşu hakkında, fiyat tarifeleri hazırlamak suretiyle RKHK'nın ihlal edildiği gerekçesiyle yaptırımın uygulandığı ilk karar için bkz. RK, T. 22.1.2002, Dosya Sayısı: S.R./01-6 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-04/40-21 (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=fd84e331-e411-4344-a854-5b3003eb4532> (Erişim Tarihi: 11.09.2021). Benzer yönde karar için bkz. RK, T. 26.5.2006, Dosya Sayısı: 2003-3-42 (Soruşturma), Karar Sayısı: 06-36/461-123 (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=0c27c23f-98f4-4883-8983-4e3c04bef324> (Erişim Tarihi: 11.09.2021).



*kuralına aykırı reklam ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle; ...*” diye devam eden bendin içeriğinde fiyat unsuru ile ilgili olan haksız rekabet hâlleri kötüleme (TTK md.55/1-a-1), gerçek dışı ve/veya yanıltıcı açıklamalarla kendini veya üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek (TTK md.55/1-a-2), karşılaştırma yapma (TTK md.55/1-a-5), tedarik fiyatının altında satış yapmak (TTK md.55/1-a-6), ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltılmak (TTK md.55/1-a-7), ilanlarda eksik açıklamalar yapmaktır (TTK md.55/1-a-10, 11, 12). TTK md.55/1-e bendinde de iş şartlarına uymama sebebiyle haksız rekabet hâli düzenlenmiştir. Fiyat unsurunun etkili olduğu haksız rekabet hâllerinin bazılarında rekabet hukuku kapsamında da değerlendirme yapılması gündeme gelebilmektedir.

Rekabet Kanununun kabulünden önce, bu Kanunun mevcut olmamasının yarattığı boşluk haksız rekabet hükümlerine dayanılarak giderilmekteydi. Buna örnek olarak verilecek bir ilk derece mahkemesi kararında,<sup>34</sup> S.S. Bursa Ekmek Fabrikaları Sanayi İmalat ve Satış Kooperatifi’ne üye olan davalıya karşı, kooperatif tarafından tespit edilen bakkalların dışındaki bakkallara kooperatifin tespit ettiği fiyattan daha düşük fiyatla satış yapması üzerine kooperatifin kendisine para cezası vermesi ve bu cezayı ödememesi nedeniyle haksız rekabet davası açılmış ve neticesinde bu dava reddedilmişti. Mahkeme verdiği red kararının gerekçesinde *“Kanun koyucunun haksız rekabeti müeyyide altına koyduğu kadar kişinin serbest rekabet hakkını da koruduğu hatta haksız rekabet hükümleri kişinin serbest rekabetini sağlayan hukuk düzeninin bir parçası olduğunu ... marka taklit ederek piyasadan pay koparmak nasıl haksız rekabet ise, rakiplerin bir araya gelip aralarında anlaşıp daha ucuza satılabilecek bir metayı daha yüksek bir fiyatta piyasaya empoze etmelerinin de aynı nitelikte haksız rekabet olduğunu, zira bu durumda da serbest rekabetin ortadan kaldırıldığını ... davaya konu edilen fiyat anlaşmalarının dünyanın her yerinde ağır müeyyidelerle karşılandığını keza belirli bir muhitten başka bayi ve bakkallara mal satma kararının dahi aynı şekilde mütalaa edilebileceğini...”* ifade ederek rekabeti sınırlayıcı uygulamaların haksız rekabet oluşturabileceğini belirtmiş ve karar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından da onanmıştır.<sup>35</sup> Rekabet hukukunun konuları içerisinde yer alan fiyat tespiti ve pazar paylaşımına ilişkin olaydaki uyuşmazlık, haksız rekabet çerçevesinde değerlendirmeye alınmıştır. RKHK’nın henüz yürürlükte olmadığı bu dönemde haksız rekabet kuralları ile uyuşmazlığın çözüme bağlandığı bu karar, rekabetin korunmasına ilişkin bir kanunun gerekliliğine olan önemi açıkça ortaya koymaktadır.

<sup>34</sup> Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, E. 1987/170, K. 1987/911 (Güven, s. 141).

<sup>35</sup> Güven, s. 141-142.



Esasen rekabet hukukunun konusunu oluşturan fiyat tarifeleri, haksız rekabet hukuku kapsamında bazı Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Fiyat tarifesinin konu alındığı bir Yargıtay kararında<sup>36</sup> “... *asgari ücret tarifesinin esnaf odaları tarafından esnafı ve tüketiciyi korumak amaçlı düzenlendiği, bu tarifeye aykırı olarak tarifenin yarısının da altında ve daima sürekli olarak satış yapmanın aynı işi yapan diğer esnaf açısından haksız rekabet oluşturacağı gerekçesiyle davanın kabulüne, davalının uyguladığı asgari fiyat tarifesi altında kalan ve devamlılık arz eden fiyat uygulamasının haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti ile ... haksız rekabetin önlenmesine karar verilmiştir.*” denilmek suretiyle, fiyat tarifelerine aykırı davranmanın haksız rekabete yol açtığı tespit edilmiştir. Bir başka kararında,<sup>37</sup> Yargıtay, “*Ticaret ve Sanayi Odası tarafından belirlenen fiyat tarifesinde 250 gram ekmeğin fiyatının 70 kuruş olarak belirlendiğini, ... Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, dava tarihinde standart 250 gr beyaz ekmeğin 70 kuruş birim fiyattan satılması maliyetler gereği olduğu halde davalıların bu maliyetlerin altında 40 kuruşa ekmeğin sattıkları, ayrıca bunu vitrinlerine astıkları tabelalar ile çevreye duyurdukları, davalıların bu eylemlerinin 6102 sayılı TTK’nın 56. maddesinde düzenlenen haksız rekabet fiilini oluşturduğu, ... eylemlerinin 6102 sayılı TTK’nın 56/1-a maddesine göre haksız rekabet olduğunun tespitine*” şeklinde verdiği kararında, fiyat tarifesinin altında satılan ürünün maliyet altı satış olduğunu ve haksız rekabete yol açtığını belirtmiştir.

Fiyat tespitine ilişkin benzer bir davaya konu olan olayda, Yargıtay HGK, davalının esnaf odası tarafından belirlenen ücret tarifesinin altındaki fiyatlarla hizmet sunmasının haksız rekabet oluşturup oluşturmadığının tespiti noktasında, TTK md.55/1-a-6’da belirtilen tedarik fiyatının altında satış yapmak ile TTK md.55/1-e’de ifadesini bulan iş şartlarına uymamak hükümleri çerçevesinde inceleme yapılması gerektiğini; davalının eyleminin haksız rekabet teşkil edip etmediğinin tedarik fiyatının altında satış yapıp yapmadığı veya iş şartlarına uyup uymadığı hususları kapsamında sektör ve muhasip bilirkişilerin uzmanlık alanlarına giren konularda verdikleri raporlar gözetilerek karar verilmesi gerekirken, belirtilen bu irdelemeler yapılmadan karar verildiğinden davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkemenin direnme kararının bozulmasına hükmetmiştir.<sup>38</sup> Rekabet Kanununun kabulü ile birlikte ücret tarifesi<sup>39</sup> düzenlenerek fiyat tespitine gidilen bu olay rekabet hukuku açısından da uygulama alanı bu-

<sup>36</sup> Yarg. 11. HD, T. 11.3.2014, E. 2013/15569, K. 2014/4655 sayılı karar (Lexpera İçtihat, 17.09.2021).

<sup>37</sup> Yarg. 11. HD, T. 23.6.2014, E. 2014/5946, K. 2014/11805 sayılı karar (Lexpera İçtihat, 17.09.2021).

<sup>38</sup> Yarg. HGK, T. 11.12.2018, E. 2017/117, K. 2018/1883 sayılı karar (Lexpera İçtihat, 12.09.2021).

<sup>39</sup> “Fiyat (ücret) tarifeleri, kapsadıkları mal ve hizmetlere ilişkin olarak uygulanması gereken, ilgili mal veya hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişilerin, müşterilerinden talep edebileceği asgari, azami ya da sabit bedelleri içeren ve mevzuatta öngörülen kamu kuruluşları tarafından hazırlanan resmi nitelikte tarifelerdir.” Özkan, Fiyat Tarifeleri, s. 921; Özkan, Aykırılık, s. 154.

lur. Ücret tarifeleri özünde fiyat tespitini içerdiğinden, bu tarifelerin RKHK md.4 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bağlayıcı nitelikte olan ve ücret tarifesine uyulmadığı takdirde yaptırımın gündeme geleceği fiyat tespitleri, doğrudan fiyata müdahale teşkil edeceğinden, rekabet hukuku uyarınca kendiliğinden (*per se*) yasak kabul edilir. Bağlayıcı niteliği olmayan ve tavsiye niteliğinde sunulan ücret tarifeleri ise bu durumdan istisna tutulur.

Bir başka davada, Yargıtay, maliyet fiyatının altında satış yapan davalının ürünlerini “*tedarik fiyatının altında ve süreklilik arz eder şekilde perakende olarak satışa sunmasının*” haksız rekabet teşkil ettiğine dair karar vermiştir.<sup>40</sup> Bu davada, mahkemenin, “... *eylemin vuku bulunduğu tarih itibariyle tane maliyet fiyatının 0.83 TL olduğu ve bu haliyle davalının satış bedelinin çok üzerinde bir maliyet oluşturduğu, mevcut durumun haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davacının davasının kabulü ile davalının yaptığı eylemin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine...*” demek suretiyle karar kıldığı hükmü, Yargıtay tarafından doğru ve uygun bulunarak onanmıştır.

Son yıllarda Yargıtay kararlarında, belirlenen ücret tarifelerinin altında yapılan satışlar, haksız rekabet hukuku açısından özellikle TTK md.55/1-e’de düzenlenen iş şartlarına uymama bendi kapsamında dürüstlük ilkesine aykırı kabul edilmektedir.<sup>41</sup> Buna örnek bir kararda<sup>42</sup> Yargıtay, “... *davacı ... tarafından 250 gr francalı ekmeğin fiyatının 80 kuruş olarak tespit edilmesine rağmen, davalının 250 gr francalı ekmeği tespit edilen fiyatın altında satmasının, 6102 sayılı TTK’nin 5/1-e maddesinde yer alan “İş şartlarına uymamak; özellikle kanun*

<sup>40</sup> “...mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasa aykırı bir yön bulunmamasına davalının ürünlerini tedarik fiyatının altında ve süreklilik arzeder şekilde perakende olarak satışa sunduğunun anlaşılması olmasına (TTK. m.55/1, a-6) göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” Bkz. Yarg. 11. HD, T. 4.10.2017, E. 2016/2803, K. 2017/5044 sayılı karar (Lexpera İçtihat, 15.09.2021).

<sup>41</sup> Kararlar için bkz. Yarg. 11. HD, T. 11.12.2017, E. 2016/8790, K. 2017/7058; Yarg. 11. HD, T. 24.9.2018, E. 2017/368, K. 2018/5633; Yarg. 11. HD, T. 7.10.2019, E. 2018/5175, K. 2019/6250; Yarg. 11. HD, T. 11.6.2020, E. 2019/3681, K. 2020/2817 sayılı kararlar (Yargıtay Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> 16.09.2021).

<sup>42</sup> Yarg. 11. HD, T. 11.12.2017, E. 2016/8790, K. 2017/7058 (Lexpera İçtihat, 16.09.2021). Benzer yönde karar için bkz. “... *davacı ... tarafından 250 gr francalı ekmeğin fiyatının 80 kuruş olarak tespit edilmesine rağmen, davalının 250 gr francalı ekmeği tespit edilen fiyatın altında satmasının, somut uyumsuzlukta uygulanması gereken 6102 sayılı TTK’nin 55/1-e maddesinde yer alan “İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur” hükmü uyarınca, bu işi yapanlara karşı haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmelidir. Bu durumda, mahkemeye, davalının kabulünde olan ve tespit edilen fiyattan daha ucuza ekmeği satması eyleminin TTK’nin 55/1-e maddesi uyarınca aynı işi yapanlara karşı haksız rekabet teşkil ettiği gözetilerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yanlıgılı değerlendirmeye dayalı yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.*” Bkz. Yarg. 11. HD, T. 20.11.2017, E. 2016/12821, K. 2017/6321 sayılı karar (Lexpera İçtihat, 15.09.2021).

*veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur” hükmü uyarınca, bu işi yapanlara karşı haksız rekabet teşkil ettiği kabul edilmelidir. Bu durumda, mahkemece, davalının kabulünde olan ve tespit edilen fiyattan daha ucuza ekmek satması eyleminin TTK’nın 55/1-e maddesi uyarınca aynı işi yapanlara karşı haksız rekabet teşkil ettiği gözetilerek davanın kabulüne karar verilmesi...”* diyerek, fiyat tarifesinin altında satılan ekmeğin iş şartına uyulmaması gerekçesiyle haksız rekabet oluşturduğuna hükmetmiştir.

Esnaf odaları birliği tarafından hazırlanan berberlere ilişkin düzenlenen azami fiyat tarifelerine aykırı fiyat uygulayan berberin, diğer esnafar açısından haksız rekabet oluşturduğu sonucuna vardığı yerel mahkeme kararını, Yargıtay, “... asgari ücret tarifesinin esnaf odaları tarafından esnafı ve tüketiciyi korumak amaçlı düzenlendiği, bu tarifeye aykırı olarak tarifenin yarısının da altında ve daima sürekli olarak satış yapmanın aynı işi yapan diğer esnaf açısından haksız rekabet oluşturacağı gerekçesiyle davanın kabulüne, davalının uyguladığı asgari fiyat tarifesi altında kalan ve devamlılık arz eden fiyat uygulamasının haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti” demek suretiyle isabetli bularak onamıştır.<sup>43</sup> Karardan anlaşıldığı üzere, esnaf odaları birliği tarafından açıklanan fiyat tarifesine uymayan esnafın, aynı işi yapan diğer esnafara karşı haksız rekabette bulunduğu hükmedilmiştir.

Ancak doktrinde fiyat rekabetinin, rakiplerin ticari menfaatlerine zarar verse bile haksız rekabet oluşturmayacağına ilişkin haklı bir eleştiri yapılmıştır.<sup>44</sup> Tarifenin altında olsa da düşük fiyatla satış yapmanın sonucunda rakiplere üstünlük sağlanmasının haksız rekabete yol açmayacağı, bu durumun açıkça rekabetin kendisi olduğu Özkan tarafından belirtilmiştir.<sup>45</sup> Öyle ki, fiyat rekabetinde rakiplerin ticari menfaatleri zarar görse dahi bu durum haksız rekabet oluşturmaz.

Fiyat tarifelerine uymamanın iş şartlarına uymama örneği olduğunun, TTK’da açıkça düzenlenmemiş olmasına karşın Yargıtay kararlarında kendini gösterdiği; mehz mevzuatta iş şartlarının, çalışma hayatına ilişkin, iş hukukundan doğan şartlar olarak değerlendirilmesine karşın Yargıtay’ın bu kavramı geniş yorumlaması sonucu fiyat tarifelerine aykırılığın da Türk hukukunda iş şartlarına uymama kapsamında ele alındığına ilişkin, Özkan, isabetli bir eleştirel yaklaşım benimsenmiştir.<sup>46</sup> Eroğlu da aynı yönde olmak üzere, özellikle, kamu hukuku bağlamında yaptırımlara tabi olan hususların (sigortasız işçi çalıştırılması, vergi

<sup>43</sup> Yarg. 11. HD, T. 11.03.2014, E. 2013/15569, K. 2014/4655 (Lexpera İçtihat, 20.09.2021).

<sup>44</sup> Güven, s. 104-105; Özkan, Fiyat Tarifeleri, s. 967.

<sup>45</sup> Özkan, Fiyat Tarifeleri, s. 966; Özkan, Aykırılık, s. 176.

<sup>46</sup> Özkan, Aykırılık, s. 177.

kaçırma vb.)<sup>47</sup> iş şartı olarak kabul edilerek haksız rekabet hâllerinden sayılmasının yerinde olmadığına ve iş şartlarının yalnızca o işin yapılması için gereken, uyulması zorunlu olan kurallar olarak ele alınmasının gerektiğine ilişkin görüşleri sürmüştür.<sup>48</sup>

*Nomer Ertan* ise mal veya hizmet üreten ve ilgili esnaf odasına üye olan esnaflar açısından tespit edilen fiyat tarifelerinden daha yüksek ücretle mal ve hizmet satışı yapılmasının iş şartlarına aykırılık kapsamında haksız rekabet teşkil ettiğine ilişkin görüşü benimsemiş ve tespit edilen bu fiyatların sadece söz konusu mal veya hizmeti sunan ve odaya üye olan esnaflar bakımından bağlayıcı olduğunu belirtmiştir.<sup>49</sup> Böylece, bu fiyat tarifelerinin odaya üye esnaflar dışındaki kimseler (örneğin, tacirler) açısından bağlayıcılığının olmadığını savunmuştur.

Piyasada, özellikle esnaf ve tacirler arasında, herkesin aynı fiyat uygulamasını benimsemesi arzu edilmekte ve tüm katılımcıların fiyat tarifelerine uyması gerektiği anlayışı benimsenmektedir. Hatta fiyat tarifelerine aykırı tutum sergileyen katılımcıların, rekabetin temel ilkesi olan dürüstlüğe zarar verdiği inaniştir. Halbuki mal veya hizmet sunanlar arasında uygulanan farklı fiyat politikasıyla piyasada yer almaya çalışan katılımcılar, özgür rekabet ortamında dürüst rekabet ilkesi kapsamında hareket etmektedirler. Çünkü rekabet bir yarış ortamı, bir üstünlük sağlama piyasasıdır. Fiyat konusunda rekabete girmenin dürüstlük ilkesine zarar verdiğinin ileri sürülmesi, rekabet olgusuna olan ihtiyacın anlaşılmadığının

<sup>47</sup> Bir işletmenin sigortasız işçi çalıştırmasının TTK m.55/1-e kapsamında değerlendirilemeyeceğini; sigortasız işçi çalıştırmanın Türkiye’de yaygın bir uygulama olduğunu ve bu durumun zaten SGK’ya göre gerekli yaptırımlarının bulunduğu; bu sebeple sigortasız işçi çalıştıran ile sigortalı işçi çalıştıran işletmeler arasında bu açıdan haksız rekabeti kabul etmenin mümkün olmadığını belirten görüş için bkz. Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 392. Hem sigortasız işçi çalıştırılmasının hem de vergi vermemenin TTK m.55/1-e kapsamında haksız rekabet olduğuna ilişkin aksi yönde görüş için bkz. Nomer Ertan, s. 346; Şaban Kayıhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 265; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 201.

<sup>48</sup> Muzaffer Eroğlu, “Uber Uygulaması ve Rekabet Sorunları”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (UTTDER)*, C. 8, S. 2, 2019, s. 400. Booking.com davasının konusunu teşkil eden Booking.com’un Türkiye’de yerleşik otel, konaklama tesislerinin pazarlanması ve pazarlanmasına aracılık edilmesi yönündeki faaliyetleri karşılığında ticari kazanç elde etmesine rağmen Türkiye’ye vergi vermesi sebebiyle TTK md.55/1-e uyarınca iş şartlarına uymayarak haksız rekabete yol açtığı iddiası ile ilgili olarak; vergisel boyutun işin tamamen kamusal alanına ait bir tartışma olduğu, ülkedeki vergi mevzuatının boşluğundan faydalanması nedeniyle ilgili teşebbüsün haksız rekabet yaptığı iddiasının yerinde olmadığı, nitekim vergi verilmemesinin iş şartı olarak ele alınması gerektiği, Booking.com’un vergisel boyut dışında örneğin seyahat acenteliği alanında herhangi bir iş şartını gerçekleştirmediği durumda bu ilgili faaliyetin TTK mdç 55/1-e kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin görüş için bkz. Eroğlu, s. 405. Booking.com davasına benzer bir dava olarak açılan Uber davasında da ileri sürülen vergi verilmemesinin iş şartı olarak değerlendirilerek haksız rekabet oluşturacağı iddiasının yerinde olmadığını belirten açıklamalar için bkz. Eroğlu, s. 412.

<sup>49</sup> Nomer Ertan, s. 346.

göstergesidir. Hiç kuşkusuz fiyat konusunda özgür rekabet ortamında rekabete girmenin dürüstlük ilkesine zarar verecek şekilde gerçekleştiği davranışlar olabilir. Örneğin TTK md.55/1-a-6'da öngörülen şartların gerçekleşmiş olması ihtimalinde tedarik fiyatının altında yapılan satışlarda dürüst rekabet ilkesi zarar görerek haksız rekabet meydana gelebilir. Bu kapsamda olmadığı sürece fiyat tarifelerinden farklı şekilde benimsenen fiyat politikalarının dürüst rekabete zarar verdiği şeklindeki yaklaşım, rekabet olgusunun özü ve amacı açısından doğru ve isabetli olmayacaktır. Nitekim böyle bir yaklaşım, rekabeti konu alan haksız rekabet ile rekabetin korunması alanları arasında bir çatışmanın olduğu sorunsalını gündeme getirecektir.

Fiyat tarifesinin konu olduğu Rekabet Kurulu kararında, konuyu rekabet hukuku açısından inceleyen Kurul, 02-04/40-21 sayılı ve 22.01.2002 tarihli Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği ("TMMOB") kararında,<sup>50</sup> TMMOB tarafından kendisine bağlı birliklerin meslek odalarının asgari ücret tarifelerinin ve TMMOB üyesi olan Şehir Plancılar Odası'nın şehir plancıların asgari ücret tarifelerini belirlemesi suretiyle RKHK md.4 hükmünü ihlal ettiği iddiasıyla açılan soruşturma kapsamında, ETK kapsamında düzenlenen haksız rekabet ihlallerinin kapsamını açıklayarak incelemede bulunmuştur. Buna göre Rekabet Kurulu, ETK düzenlemesindeki haksız rekabet ihlallerinin kapsamını belirledikten sonra, bu düzenlemeler ile RKHK düzenlemeleri arasında bir ayırım olduğu tespitinde bulunarak, "haksız rekabet" ile RKHK'nın konusu olan "rekabet ihlali" kavramlarının farklı olduğunu belirtmiştir.

Kurul, RKHK düzenlemesi ile uyuşmazlık konusu olan asgari fiyat uygulamalarına ilişkin teşebbüs birliği kararlarının yasaklandığını, fiyat rekabetinin ise ETK kapsamında düzenlenen haksız rekabet kavramı ile bir ilgisinin bulunmadığını ifade etmiştir. Kurul yapmış olduğu bu değerlendirmede, haksız rekabeti önlemeye yönelik düzenlemelerin meslek örgütleri tarafından düzenlenebilecek kurallar arasında olduğunu belirtmiştir. Rekabet Kurulu, meslek örgütlerinin mesleği ve meslek mensuplarını korumak ve geliştirmek amaçlı olarak belirli bir düzeyde kalmak şartıyla, meslek örgütlerinin düzenlemeler yapmasını kabul etmiş olsa da meslek örgütlerinin yapmış olduğu bu düzenlemelerle rekabet arasındaki dengenin mutlaka sağlanması gerektiğini vurgulamış ve haksız rekabet konusunda meslek örgütlerinin önlem almalarının meslek ahlakına uygun olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Ancak Kurul meslek ahlakının sınırlarını çizerken, üyeler arasında rekabetin kısıtlanması ve böylece mesleki gelişmenin yavaşlaması ve tüketicilerin zarar görmesinin bu kavram içerisinde değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir.

<sup>50</sup> RK, T. 22.01.2002, Dosya Sayısı: S.R./01-6 (Soruşturma), Karar Sayısı: 02-04/40-21 (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=fd84e331-e411-4344-a854-5b3003eb4532> (Erişim Tarihi: 08.09.2021).

TMMOB yapmış olduğu savunmada, soruşturma konusu yönetmeliğin rekabeti değil, haksız rekabeti önleyici nitelikte olduğu ve haksız rekabetin önlenmesi için ilgili mesleğin koşullarında özgür rekabetin önlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Kurul, TMMOB'nin bu savunmasını, olay konusu fiyat rekabetine ilişkin düzenlemenin TTK kapsamında düzenlenmekte olan haksız rekabet kavramıyla bir ilişkisinin bulunmadığını belirterek reddetmiştir. Ayrıca Kurul önemli bir tespitte bulunarak, haksız rekabeti engellemek amacıyla rekabeti kısıtlayıcı davranışlarda bulunulmasının, bu davranışların hukuka uygunluğunu sağlamayacağını belirtmiştir. Sonuç olarak Kurul yapılan soruşturma sonucunda, TMMOB'nin ilgili yönetmeliğinin RKHK md.4 hükmünü ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>51</sup>

Kanaatimizce, Rekabet Kurulu tarafından fiyat rekabetinin ETK tarafından düzenlenen haksız rekabet kavramıyla bir ilgisinin bulunmadığı tespiti hatalı olmakla birlikte, haksız rekabet düzenlemelerinin teşebbüs birliklerine RKHK'daki hükümleri ihlal edecek şekilde fiyat rekabeti ile ilgili düzenleme hakkı tanımadığı hususunun belirtilmesi isabetli olmuştur. Nitekim haksız rekabet hükümlerinin rekabet hukuku kurallarının ihlaline sebep olabilecek uygulamalara imkân sağlayacak böyle bir amacı bulunmamaktadır. Hiç kuşkusuz, teşebbüsler arasında haksız rekabeti önlemek amacıyla yapılmış olan bir anlaşmanın veya verilmiş olan bir teşebbüs birliği kararının, RKHK ile düzenleme alanı bulan rekabetin korunması hükümlerine aykırılık teşkil etmesi hâli, bu anlaşmanın grup veya bireysel muafiyet şartlarını karşılamadığı bir durumda hukuka aykırı olarak kabul edilecektir. Herhangi bir pazarda faaliyet göstermekte olan teşebbüsler, haksız rekabet ihlalleri dolayısıyla uğradığı zararları ise TTK haksız rekabet hukuku düzenlemeleri uyarınca karşılayabileceklerdir.

## Sonuç

Fiyatların serbestçe belirlenmesi, serbest piyasa ekonomisinin bir gereğidir. Ancak hiç kuşkusuz, bu hakkın sınırsız olarak kullanılmasına hem rekabetin korunması hukuku hem de haksız rekabet hukuku tarafından izin verilmemiştir. Kamu kuruluşları tarafından hazırlanan fiyat tarifeleri de piyasa ekonomisinin temel ilkelerinden biri olan fiyat serbestisine zarar veren uygulamalardır. Bu uygulamalar rekabetin korunması hukuku kapsamında incelenmesi gereken konular-

<sup>51</sup> Özellikle büyük marketlerin tarifede belirlenen azami fiyatın altında ekmek satmasının fırıncı esnafını rekabet edemez hâle getirdiğinden bu durumun haksız rekabet oluşturduğu gerekçesine dayanan TESK (Türkiye Esnaf ve Sanatkârları Konfederasyonu)'in ekmek fiyat tariflerine azami fiyatın yanında taban fiyatın da eklenmesini sağlamak üzere bir genelge hazırlayıp, bunu federasyon aracılığıyla ülke çapındaki birlik ve odalara göndermesi iddialarını inceleyen Rekabet Kurulu'nun, tarafların saiklerini dikkate almaksızın bunun yine de RKHK'nın 4. maddesini ihlal ettiğine ilişkin benzer yönde kararı için bkz. RK, T. 26.5.2006, Dosya Sayısı: 2003-3-42, Karar Sayısı: 06-36/461-123 (Çevrimiçi) <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=0c27c23f-98f4-4883-8983-4e3c04bef324> (Erişim Tarihi: 06.09.2021).



dan biri olduğu gibi, haksız rekabet hukuku açısından da bazı yargı kararlarında değerlendirilmeye tabi tutulmuştur. Ancak, haksız rekabet hukuku kapsamında, piyasa katılımcılarının rakiplerinden bir ya da birkaçının ekonomik faaliyette bulunma hakkına zarar verecek nitelikte olsa dahi, fiyat tespiti içeren fiyat tarifelerine aykırı uygulamalarının haksız rekabet olarak nitelendirilmesi, dürüst ve özgür rekabet ilkesi kapsamında, doğru ve yerinde bir karar olarak görülmemelidir.

Fiyat tarifelerine uymayıp farklı fiyat politikası benimsenerek fiyat rekabetinde bulunan katılımcıların davranışları dürüstlük kuralıyla ilişkilendirilerek gerek tedarik fiyatının altında satış gerekçe gösterilerek gerekse iş şartına aykırılık olarak değerlendirilerek haksız rekabet olarak nitelendirilmesi, rekabet olgusunun anlam ve önemi ile bağdaşmadığı gibi, rekabete ilişkin düzenlemelerin konu alındığı bir diğer hukuk alanı olan rekabet hukuku ile de bir çatışma içerisinde bulunmasına sebep olmaktadır. Kanaatimizce fiyat tarifelerinin öngördüğü fiyatları farklı bir uygulama benimseyen piyasa katılımcılarının davranışları haksız rekabet teşkil etmez, aksine bu durum rekabetin bizzat kendisi olarak görülmesi ve rekabet hukukunun sağlamaya ve korumaya çalıştığı özgür rekabet ortamı kapsamında olumlu karşılanmalıdır.

Yasal sınırlar içinde, dürüstlük ilkesinin egemen olduğu bir ekonomik düzende gerçekleştirilen ticari faaliyet özgürlüğü ancak dürüst rekabet ilkesi bağlamında söz konusu olabildiğinden, haksız rekabet hukukunun yasakladığı davranış veya ticari uygulamalar, rekabet hukuku hükümleri ile korunan rekabet özgürlüğü ilkesini sınırlamamalıdır. Aksine rekabetçi piyasa yapısı hedefi bağlamında rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukunun karşılıklı etkileşim içinde olduğu kabul edilmelidir. Piyasa ekonomisinde özgür rekabet ile dürüst rekabet sağlanmasının birbirini tamamlayan ve birbirleri ile karşılıklı etkileşim içinde olan hedefler olması, rekabet hukuku ile haksız rekabet hukukunun birbirinden farklı alanlar olduğu gerçeğini değiştirmez. Ancak aralarındaki bu farklılık, iki disiplinin birbiriyle çeliştikleri anlamına gelmez. Aralarında bir çelişkiden değil, ancak farklılıktan bahsedilebilir. Bu sebeple rekabetin dürüstlüğü ile rekabet serbestisini temel ilke edinen bu iki disiplin, birbiriyle çelişmeyen, birbirini tamamlayan hukuk alanlarıdır.

## Kaynakça

- Alışkan, M., “Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiillerden Doğan Borçlara Avans Faiz Oranı Üzerinden Temerrüt Faizi Uygulanması”, *Teori ve Uygulamada Ticaret Hukuku - Makaleler*, İstanbul, 2019, s. 121-185.
- Alışkan, M., “Ticari İş Niteliğindeki Haksız Fiillerden Doğan Borçlara Avans Faiz Oranı Üzerinden Temerrüt Faizi Uygulanması”, *Legal Mali Hukuk Dergisi*, C. 4, S. 47, Kasım 2008, s. 2535-2582.
- Areeda, P., L. Kaplow and A. Edlin, *Antitrust Analysis - Problems, Text and Cases*, Sixth Edition, New York, Aspen Publishers, 2004.
- Arkan, S., *Ticari İşletme Hukuku*, Yirmi Beşinci Bası, Ankara, BTHAE Yayını, 2019.
- Arnold, R., “English Unfair Competition Law”, *Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, Münih, No. 44, 2013, s. 63-78.
- Arslanlı, H., *Kara Ticareti Hukuku Dersleri - Umumi Hükümler*, 2. Baskı, İstanbul, 1959.
- Aslan, İ. Y., *Rekabet Hukuku Teori-Uygulama-Mevzuat*, 5. Baskı, Bursa, Ekin Kitabevi Yayını, 2017.
- Ateş, M., *Rekabet Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.
- Bektaş, İ., “Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK m.54) ve İşleyen Rekabet Ölçütü”, *Batider*, C. XXXIV, S. 3, 2018, s. 277-310.
- Berzek, A. N., *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2020.
- Callmann, R., “Unfair Competition and Antitrust: Coexistence within Complementary Goals”, *Antitrust Bulletin*, Vol. 13, Issue 4, 1968, s. 1335- 1346.
- Çınar Karabağ, N., *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Doğanay, İ., *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Cilt: 1*, Ankara, Sevinç Matbaası, 1974.
- Dural, M. ve S. Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt I - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri*, 12. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017.
- Eroğlu, M., “Uber Uygulaması ve Rekabet Sorunları”, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi (UTTDER)*, C. 8, S. 2, 2019, s. 371-440.
- Eryürek, G., *Fiyat Üzerinden Haksız Rekabet*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Esen, Ş., “Rekabet Politikası, Rekabet Hukuku ve Rekabet Hukukundan Beklentiler”, *Bartın Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 1, S. 2, 2010, s. 1-14.
- Fox, E., “Rekabet Hukukunun Önemi ve Küreselleşen Dünyadaki Yeri”, *Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları*, Ankara, 11 Kasım 2015, s. 121-138.
- Franko, N., “Haksız Rekabette Elde Edilmesi Muhtemel Menfaate Hüküm”, *Batider*, C. XIII, S. 3-4, 1986.
- Göle, C., *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Ankara: BTHAE Yayın No: 149, 1983.



- Güneş, İ., *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 5. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Gürkaynak, G., *Türk Rekabet Hukuku Uygulaması İçin Hukuk ve İktisat Perspektifinden Amaç Tartışması*, Ankara, Rekabet Kurumu Yayın No: 134, 2003.
- Güven, P., *Rekabet Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
- Güven, Ş., *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012 (Güven).
- Hirsch, E. E., *Ticaret Hukuku Dersleri*, C. 1, İstanbul, 1939.
- İmregün, O., *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, İstanbul, 1995.
- Jones, A. and B. Sufrin, *EU Competition Law*, Fourth Edition, New York/United States, Oxford University Press, 2011.
- Kaplan, A. G., *Elektronik Ortamda İşlenen Haksız Rekabet Halleri*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kayıhan, Ş., *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kendigelen, A., *Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler*, 3. (Tıpkı) Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Nomer Ertan, F., *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, Haziran 2016.
- Oğuzman, K. ve N. Barlas, *Medeni Hukuk Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, 23. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Örs, F. H., *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Hukuki Mahiyeti ve Rekabet Hakkının Himayesi*, Ankara, 1958.
- Özdemir, N., “Türk Hukukunda Haksız Yarışma (Rekabet)”, *Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C. 1, S. 2, 1969, s. 1-22.
- Özkan, A. F., “İş Şartlarına Uymama Nedeniyle Haksız Rekabet Hali Olarak Fiyat Tarifelerine Aykırılık”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Yıl: 10, S. 37, Ocak 2019, s. 133-180 (Özkan, Aykırılık).
- Özkan, A. F., “Rekabet Hukukunda Fiyat Tarifeleri”, *Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 919-974 (Özkan, Fiyat Tarifeleri).
- Öztek, S., “Haksız Rekabete İlişkin Yeni İsviçre Düzenlemesinin Öngördüğü Bazı Haksız Rekabet Halleri”, *Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan*, Konya, 1991, s. 417-429.
- Pınar, H., “Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, *Rekabet Dergisi*, 15(2), 2014, s. 59-87.
- Poroy, R. ve H. Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 16. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Sarıkaya, S., *Haksız Rekabet Hukukunda Sözleşmeyi İhlale veya Sona Erdirmeye Yöneltilme*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Stockmann, K., “Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Fonksiyonları ve Korunması”, çev. M. Ögüt, *Sosyal Piyasa Ekonomisi*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayın Serisi: 4, 1992, s. 17-39.

- Şehirli Çelik, F. H., *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara, BTHAE Yayın No: 483, 2014.
- Şenocak, K., “İşletme Personelinin Ayartılması Meselesinin Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde (TTK m.56 vd.) Değerlendirilmesi”, *AÜHFD*, C. 50, S. 2, 2001, s. 193-246.
- Türk, H. S., “Sosyal Piyasa Ekonomisinde Rekabetin Düzenlenmesi”, *Batider*, C. XIII, S. 2, 1985, s. 119-130.
- Ülgen, H., M. Helvacı, A. Kaya ve N. F. Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2019.
- Yasaman, H., “Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Kapsamı”, *İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri*, İstanbul, Vedat Yayıncılık, 2009, s. 1-82.
- Yaşar, S. B., “Rekabet Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- Yılmaz, A., *Haksız Rekabet Hukukunda Genel İşlem Şartı Kullanımı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015 (Yılmaz, Abdüssamet).
- Yılmaz, M., “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Halleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 4, 2006, s. 1478-1536 (Yılmaz, Mehmet).

# Yargıtay Kararları Kapsamında Kötüniyet Tazminatına Genel Bir Bakış<sup>(\*)</sup>

## *An Overview of Malice Compensation within the Scope of Court of Cassation Decisions*

Av. Burak DINKIRCI<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesinde iş güvencesinden faydalanamayan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence kötüniyetli olarak feshedilmesinin müeyyidesi olarak kötüniyet tazminatına yer verilmiştir. İlgili bu madde uyarınca belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışıp iş güvencesi hükümlerinden faydalanmayan işçilerin iş sözleşmesinin fesih hakkının kötüye kullanılması neticesinde son bulunduğu durumlarda bildirim süresinin üç katı tutarında kötüniyet tazminatı koşulları oluşacaktır. Kötüniyet tazminatı süreli fesih hakkının kullanımına hakkın kötüye kullanılmaması temelinde getirilmiş bir sınırlamadır. İhbar tazminatından bağımsız olarak düzenlenen kötüniyet tazminatında, ihbar tazminatının ödenmesi kötüniyet tazminatının ödenmesi hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Söz konusu bu çalışma kapsamında işveren tarafından fesih hakkının kötüye kullanılmasının müeyyidesi olarak düzenlenen kötüniyet tazminatına ilişkin açıklamalarda ve Yargıtay kararları kapsamında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Kötüniyet Tazminatı, İş Sözleşmesi, Haksız Fesih, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Sözleşmesinin Feshedilmesi.

### Abstract

Malice Compensation is regulated in Article 17 of the Labor Law as a sanction for the malicious termination of the indefinite-term employment contract of the worker who cannot benefit from employment security by the employer. Pursuant to this article, workers who do not benefit from the provisions of employment security and who work with an indefinite-term contract may demand malice compensation in the amount of three times the notification period in cases where the right to terminate the employment contract is terminated by misuse. Malice compensation is a limitation on the use of the right of temporary termination on the basis of not abuse of the right. Malice compensation is regulated as an indemnity independent of the notice compensation and the payment of the notice compensation does not remove the right to pay the bad faith compensation. Within the scope of this study, explanations will be made about the malice compensation which is regulated by the employer as a sanction for the abuse of the right of termination, and evaluations will be made within the scope of the Court of Cassation decisions.

### Keywords

Malice Compensation, Labor Contract, Unjust Termination, Abuse of the Right of Rescission, Termination of Labor Contract.

(\*) [Makale geliş tarihi:](#) 13.10.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 29.11.2021.

(\*\*) Avukat, Sakarya Barosu.  
[E-posta:](mailto:burak.dinkirci4@ogr.sakarya.edu.tr) burak.dinkirci4@ogr.sakarya.edu.tr.  
[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0003-4650-9649) <https://orcid.org/0000-0003-4650-9649>.

## I. Giriş

Fesih hakkının kötüye kullanılması sonucunda iş sözleşmesinin işverence sonlandırıldığı hallerde yaptırım olarak İş Kanunu madde 17/6 gereğince bildirim sürelerinin üç katı tutarında tazminat söz konusu olacaktır. Söz konusu bu tazminat doktrin ve uygulamada kötüniyet tazminatı olarak adlandırılmaktadır. Kötüniyet tazminatı süreli fesih hakkının kullanımına hakkın kötüye kullanımına engel olunması temelinde getirilmiş bir sınırlamadır. Kötüniyet tazminatı işçinin hiçbir zararı olmasa da ödenmesi gereken maktu, götürü bir tazminattır.<sup>1</sup> İşveren tarafından süreli fesih hakkının kötüniyetle kullanıldığı sabit olduğu hallerde işçi zarardan bağımsız olarak kötüniyet tazminatına hak kazanacaktır.

Fesih hakkının kötüye kullanılması kavramı ekonomik olarak zayıf durumda bulunan işçiyi koruma temelinde ortaya çıkmıştır. İşveren için olduğu kadar işçi için de fesih hakkının kötüniyetle kullanılmasının uygulama alanı bulacağı düşünülebilir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, işçinin fesih hakkını kötüye kullanması uygulamada daha az rastlanılan bir durumdur. 1475 sayılı mülga İş Kanunu döneminde bu konuda net bir düzenleme bulunmazken, baskın görüş düzenlemenin işverenle sınırlı olacağı yönündeydi.<sup>2</sup> 4857 sayılı yeni İş Kanunu döneminde ise bu konuda düzenlemeye gidilmiştir. İş Kanunu madde 17/6'da yer verilen "iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, kötüniyetle feshedilmesi halinde işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir" hükmü gereğince kötüniyet tazminatının işçilere özgü olduğu düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunu'nun 434. maddesinde de *feshe karşı koruma* başlığı altında fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda işverenin işçiye fesih bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödeyeceği hüküm altına alınmıştır. Hem genel kanun niteliği taşıması hem de kötüniyetli feshe ilişkin özel kanunlarda düzenleme bulunması nedeniyle bu düzenleme 4857 sayılı İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın İş Kanunu bakımından uygulama alanı bulamayacaktır. Fakat kötüniyetli fesih hakkında düzenleme bulunmayan Basın İş Kanunu kapsamında uygulama alanı bulabilecektir.<sup>3</sup>

İş güvencesi hükümlerinden faydalanmayan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesinin işverence kötüniyetle feshedildiği hallerde kötüniyet tazminatı ortaya çıkmaktadır. İşçinin kötüniyet tazminatına hak kazanabilmesi için işverenin fesih hakkını kötüniyetle kullandığını ispat etmesi gerekmektedir.

<sup>1</sup> SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 548.

<sup>2</sup> ÇELİK, Nuri / CANİKLİOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 440.

<sup>3</sup> ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş / MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1 Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Lykeion Yayınları, İstanbul, 2020, s. 270.

## II. Kötüniyet Tazminatının Şartları

### A. İş Güvencesi Hükümlerine Tabi Olmama

İş Kanunu madde 17/6 uyarınca iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin, kötüniyetle feshedildiği hallerde, işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Söz konusu bu düzenleme uyarınca, İş Kanunu madde 18-21 arasında düzenlenen iş güvencesine ilişkin hükümlerden yararlanılan işçilerin kötüniyet tazminatına hak kazanamayacağı aşıkardır. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.<sup>4</sup>

İş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmelerinin kötüniyetli olarak feshedilmesi durumunda işçiyi koruma ve işvereni sınırlama kapsamında kötüniyet tazminatı düzenlemesine yer verilmiştir. İş Kanunu madde 18/1'de iş güvencesi kapsamında olabilmek için gerekli koşullar sayılmıştır. İlgili madde uyarınca, 30 yahut daha fazla işçi çalıştırılan işyerlerinde en az 6 aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Bunun yanı sıra fesih sebebinin işçinin yeterliliğinden yahut davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan bir sebebe dayanması gerektiği düzenlenmiştir. Söz konusu bu düzenleme gereğince iş güvencesi kapsamında olmayan yani otuzdan az işçi çalıştırılan işyerindeki işçilerin yahut altı aydan az kıdemi olan işçilerin kötüniyet tazminatına hak kazanamayacağı kabul edilmelidir.

Her ne kadar kanuni düzenleme gereğince iş güvencesi kapsamındaki işçilere yönelik kötüniyet tazminatı yerine işe iade sürecinin işletilmesi düzenlenmişse de bu düzenlemenin eksik ve yetersiz olduğunu düşünmekteyiz. İş güvencesi kapsamında olup kötüniyetli feshe maruz kalan işçinin eski işine tekrar başlama isteğinde olmaması yahut fiili olarak işe başlama imkanının bulunmaması hallerinde söz konusu düzenleme yeterli olmamaktadır ve işçiyi yeteri kadar korumamaktadır. Anılan bu hallerde işverene göre daha zayıf konumda bulunan işçi mağdur olmakta ve her iki tazminattan da mahrum kalmaktadır.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> 22. HD. 2014/33470 E, 2016/6083 K, Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 25.09.2021), "Uyuşmazlık kötüniyet tazminatının şartlarının oluşup oluşmadığına ilişkindir. Belirsiz süreli iş sözleşmesinde ihbar süresi verilmek yahut ihbar tazminatı ödemek suretiyle feshi mümkün olsa da, bu hakkın dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına uygun biçimde kullanılması gerekir. Aksi hallerde fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilecektir. Fesih hakkını kötüye kullanan işveren 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca bildirim sürelerine ait ücretin 3 katı tutarında tazminat ödemek zorundadır. Kötüniyet tazminatına hak kazanılması ve hesaplanması açısından 4857 sayılı Kanun 17. maddenin 6. fıkrası uyarınca, iş güvencesinden faydalanan işçiler kötüniyet tazminatına hak kazanamaz."

<sup>5</sup> ÇELİK, Nuri; "İş Güvencesi - Kötüniyet Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi)", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 10, Güz-2006/2, s. 1-6.

## B. İş Sözleşmesinin Belirsiz Süreli Olması

İş güvencesi kapsamında olmamanın yanı sıra belirsiz süreli olarak çalıştırılma da kötüniyet tazminatının talep edilebilmesinin şartlarından biridir. Bu nedenle iş güvencesinden yararlanmamasına rağmen belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler kötüniyet tazminatından faydalanamayacaktır.

İş Kanunu madde 11/1 gereğince iş sözleşmesinin belirli bir süreye bağlı olarak yapılmadığı durumlarda sözleşme belirsiz sürelidir. Belirli süreli işlerde yahut belirli bir işin bitmesi veya belirlenmiş bir olgunun meydana gelmesi şartına bağlanması hallerinde de sözleşme belirli süreli kabul edilir. İş sözleşmelerinde esas olan belirsiz süreli değildir, istisnai olan ise belirli süreli değildir.<sup>6</sup>

İş Kanunu madde 11/2 gereğince belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden hali istisna olmak üzere zincirleme şekilde gerçekleştirilemez. Aksi durumda sözleşme başından itibaren belirsiz süreli olarak değerlendirilir. Bu durumda da diğer koşulların sağlanması halinde iş sözleşmesi dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kötüniyetle feshedildiğinde kötüniyet tazminatı söz konusu olabilecektir.

Süreli fesih hakkı belirsiz süreli iş sözleşmelerine özgüdür. Belirli süreli sözleşmelerde ise iş sözleşmesinin süresinin bitiminden evvel haklı sebep bulunmaksızın sözleşme sona erdirildiği hallerde, sözleşmenin kötüniyetle feshinden hareketle kötüniyet tazminatı yerine haksız fesih uygulama alanı bulacaktır.<sup>7</sup>

## C. Fesih Bildiriminin Hakkın Kötüye Kullanımına Yol Açması

Hakkın kötüye kullanımından söz edilebilmesi için öncelikle hukuken tanınmış meşru ve geçerli bir hakkın varlığı gereklidir.<sup>8</sup> Hukuken tanınmış bir hakkın bulunmadığı sözleşmelerde hakkın kötüye kullanılması mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda kötüniyet tazminatı talep edilebilmesinin bir diğer koşulu da fesih hakkının kullanımının özü ve esas itibarıyla işçiye zarar vermek amacıyla kötüniyetle yapılmasıdır.

Kötüniyet tazminatının talep edilebilmesi için iş sözleşmesinin feshine ilişkin kötüniyetin işçi tarafından ispatı gerekmektedir. Feshe ilişkin kötüniyet ispatlanmadıkça kötüniyet tazminatı da söz konusu olamayacaktır.

Kötüniyet tazminatına hak kazanılabilmesi için iş güvencesi hükümlerine tabii olmama, iş sözleşmesinin belirsiz süreli olması ve fesih bildiriminin hakkın kötüye kullanılmasına yol açması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.

<sup>6</sup> SÜZEK (2020), s. 238.

<sup>7</sup> KORKMAZ, Fahrettin / ALP, Nihat Seyhun; Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 186.

<sup>8</sup> SÜZEK (2020), s. 543.

### III. Kötüniyet ve Fesih Hakkının Kötüye Kullanılmasındaki Ölçüt

4857 sayılı İş Kanunu'nun gerekçesinde işçinin işvereni şikayet etmesi, işveren aleyhine dava açması yahut tanıklık yapması halleri kötüniyetli feshe örnek olarak gösterilmektedir. Kötüniyetle ilgili haller sayılan sebeplerle sınırlı değildir.<sup>9</sup> İş sözleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde feshedildiği diğer hallerde de kötüniyet tazminatı söz konusu olacaktır.

Türk Hukuku'nda doktrin ve yargı kararlarına göre egemen olan görüş fesih hakkının kötüye kullanılmasındaki temel ölçütün objektif iyiniyet (dürüstlük) kurallarına aykırılık olduğudur.<sup>10</sup> Yargıtay tarafından işçinin sigortasının yapılmaması üzerine SGK il müdürlüğüne şikayette bulunulması,<sup>11</sup> izin hakkının kullandırılmaması üzerine Çalışma ve İş Kurumu Müdürlüğü'ne şikayet dilekçesi verilmesi,<sup>12</sup> işveren aleyhine tanıklık yapması,<sup>13</sup> işçinin hamile kalması,<sup>14</sup> iş güvencesinden yararlanmak için gerekli altı aylık kıdemnin dolmasının engellenmesi,<sup>15</sup> sendikaya üye olması veya sendikal faaliyete katılması<sup>16</sup> gibi nedenlerle yapılan

<sup>9</sup> ÇELİK, CANIKLIOĞLU VE CANBOLAT (2020), s. 441.

<sup>10</sup> SÜZEK, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş, 2002, C. 6, S. 4, s. 73-94., SÜZEK (2020), s. 544.

<sup>11</sup> 9. HD. 2011/11965 E. 2013/14285 K. 13/05/2013, Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 26.09.2021) "... Somut olayda iş sözleşmesinin davacının işverenin SGK ya şikâyet edilmesi sonrasında yapılan denetim akabinde fesih gerçekleştiğinden davacının kötüniyet tazminat talebinin reddi hatalıdır."

<sup>12</sup> 9. HD, E. 2007/13525, K. 2008/5584, Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 26.09.2021), "... Davacının İş Müfettişliğine şikâyet evrakı da incelenerek, sözleşmenin bu nedenle işverence feshedildiği hususu araştırılmalı ve İş Kanunu gereğince kötüniyet tazminatının koşullarının oluşup oluşmadığı da değerlendirilerek sonuca gidilmelidir."

<sup>13</sup> 9. HD, E. 2011/36179, K. 2011/41305, Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 26.09.2021), "...Davacının tanıklığı sonrasında sözleşmesinin feshedilmesinin kötüniyetli olarak yapıldığının kabul edilmelidir. Buna rağmen kötüniyet tazminatının reddine karar verilmesi hatalıdır."

<sup>14</sup> 9. HD, E. 2011/25631, K. 2012/193 "Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 26.09.2021), "... Hamilelik nedeniyle fesih ileri sürülerek kötü niyet tazminatı talep edilmiştir. Mahkemece kötüniyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile talebin reddine karar verilmiştir. Kötüniyet iddiasının, tanık beyanları ve dosya kapsamında hamilelik nedeniyle feshedildiği sabit olduğundan kötüniyet tazminatının kabulü gerekmektedir."

<sup>15</sup> 9. HD, E. 2008/24861, K. 2010/11656, Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 26.09.2021), "...Uyuşmazlık işçinin kıdeminin dolmasına 5 gün kala iş sözleşmesinin performansının yetersiz olması nedeniyle yapılan feshinin kötü niyetli olup olmadığına ilişkindir. Mahkemece dosya kapsamında performansına dair belge olmadığı ve işin niteliği gereğince yazılı bir uyarıda bulunulmadığı gerekçesiyle işçinin kıdeminin dolmasına az bir süre kala yapılan feshin kötüniyetli olduğu hüküm altına alınmıştır. Fakat tanık beyanları açısından işverenin kayıtları incelenmemiştir. İşyerinde söz konusu uygulamaya yönelik genel bir uygulamanın olup olmadığı, fesih sonrasında çıkarılan işçinin yerine yeni işçi alınıp alınmadığı hususları da işverenin kötü niyetli olup olmadığı hususunda araştırılmalıdır Bu kapsamda feshin kötü niyetli yapıp yapılmadığı belirlenmelidir.. Nitekim dairenin emsal kararları da bu yöndedir."

<sup>16</sup> 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu 25/1 maddesinde de benzer düzenleme yer almaktadır. İlgili madde gereği "İşçilerin işe alınmaları; sendikaya girmeleri yahut girmemeleri, herhangi bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri, sürdürmemeleri veya herhangi bir sendikaya üye olup, olamam şartına bağlı tutulamaz."

fesihler kötünietli fesih olarak değerlendirilmiştir. Her ne kadar salt olarak işçinin hamile kalması yahut rapor alması sonrasında işten çıkarılması Yargıtay tarafından kötünietli fesih örneği olarak kabul edilse de yine Yargıtay'a göre hamilelik nedeniyle işin verimliliği noktasından hareketle işverenin takdirine dayanan ve işverene fesih hakkı tanınan hallerde feshin kötünietli olmadığı ve kötüniet kavramının bu derece genişletilemeyeceği belirtilmiştir.<sup>17</sup>

Gerek verilen kararlardan gerek de uygulamadan anlaşılacağı üzere fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığının net bir biçimde tespiti mümkün değildir. Bu durumda işverenin iş sözleşmesini feshetmesiyle sağlayacağı fayda ile fesih sonucunda işçiye verilecek zararın objektif bir şekilde karşılaştırılması fesih hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını gösterecektir.<sup>18</sup>

Objektif iyiniyet kuralları temelinde değerlendirildiğinde fesih hakkı meşru nedenlere dayanmalıdır. Kötünietli fesihte kötüniet somut bir biçimde ortaya konulmalıdır. Cinsiyet, ailevi durum, köken ve ırk gibi kişinin doğuştan gelen özelliklerine dayanarak yapılan fesih kötünietlidir.<sup>19</sup> Aynı zamanda; dünya görüşü, din, giyim tarzı gibi genel görünüme ait bir özellik; çekingenlik yahut temizlik hastalığı gibi karakter özellikleri temelinde yapılan fesihlerinde kötünietli olduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda eşcinsellik ya da cinsiyet değiştirme de fesih nedeni kabul edilemeyecektir. Aynı şekilde akrabalık ya da yakın arkadaşlık halleri de meşru fesih nedeni olarak kabul edilemeyeceğinden kötünietli fesih söz konusu olacaktır.<sup>20</sup>

1475 sayılı mülga İş Kanunu'nda, sendikaya üyelik ve şikayet yoluna başvurulması halleri örnekseme yoluyla kötü niyet halleri olarak sayılmıştır. Fakat yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nda ise genel anlamda fesih hakkının kötüye kullanılmasından söz edilmiş olup, örnekseme yoluyla sayım yoluna başvurulmamıştır. İlgili maddenin gerekçesinde, işçinin işvereni şikayeti, işverene karşı dava açması yahut işverene karşı şahitlikte bulunması temelinde yapılan fesihlerin kötünietli olduğu belirtilmiştir.<sup>21</sup> Bu kapsamda objektif iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturmayan, meşru ve makul sebeplere dayanan süreli fesihte kötüniet tazminatına hak kazanılmayacaktır. Meşru neden ise sözleşmenin sona erdirilmesine sebebiyet vermeyip haklı neden teşkil etmeyen fakat fesih hakkının dürüstlük kuralına uygun kullanıldığı hallerdir. Bu hallere örnek olarak işletmenin içinde bulunduğu

<sup>17</sup> 9. HD, E. 1997/6254, K. 1997/10175" <https://www.hukukturk.com>, Erişim Tarihi: 26.09.2021), "... Feshin, işçinin rapor alması ve işverence daha önce açılmış olan davaların sonuçlanması nedeniyle dayandığı anlaşıldığına göre, bu kapsamda kötüniet tazminatına hükmedilmesi gerekirken, sendikal tazminata karar verilmesi bozma nedenidir."

<sup>18</sup> GÜLTAN, Algan, İş Sözleşmesinde Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Hüküm ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2010, s. 22.

<sup>19</sup> GÜLTAN (2010), s. 104.

<sup>20</sup> KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal; İş Kanunu Şerhi, Cilt: 1, Legal Yayıncılık, 2008, s. 276.

<sup>21</sup> GÖKTAŞ, Seracattin; Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2020, s. 116.



mali zaruretlere, işçinin yetersizliği, işçinin geçimsizliği verilebilir.<sup>22</sup> Bu kapsamda değerlendirildiğinde işçi ve işveren arasındaki meşru menfaat dengesini bozan yahut saptıran hallerin iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturduğu kabul edilebilir. Kötüniyetli feshin temelinde karşı tarafa zarar verme amacı yatmaktadır.<sup>23</sup>

#### IV. Kötüniyet Tazminatında İspat Yükü

İşverenin fesih hakkını kötüye kullandığının ispat yükü, sözleşmesi kötüniyetli olarak feshedilen ve bu tazminatı talep eden işçiye aittir. İşçi söz konusu bu iddiasını somut vakıalara dayanarak ispat etmelidir. İspat yükünün somutlaştırılması açısından Yargıtay'ın görüşü de iddianın somut delillere dayandırılması yönündedir. Sadece iş kazası sonrasında yapılan feshin kötü niyetli olduğunu kabul etmek mümkün değildir. İşçinin rapor süresinin bitiminde işe başlatılmaması da salt olarak kötüniyetli fesih olarak kabul edilemez. Buna karşın işçinin uzun süreli rapor alması sonucunda işçiden beklenen verim ve yeterliliğin elde edilememesi sonucunda işveren geçerli feshiye dayanarak sözleşmeyi feshedebilir.<sup>24</sup> Davacının emekliliğine ilişkin prime esas gün sayısı dolmadan işten çıkartılması, fesih hakkının işveren tarafından kötüniyetli olarak feshedildiği anlamına gelmez.<sup>25</sup>

Yargıtay başka bir kararında ise davacı işçinin iş sözleşmesinin gerekçe sunulmaksızın sonlandırılmasını ve eşit davranma yükümlülüğünün ihlalinin salt olarak kötüniyet tazminatına hükmedilmesi için yeterli gerekçeler olmadığına hükmetmiştir.<sup>26</sup>

İş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda ispat yükü işverene yüklenmişken, iş güvencesine tabi olmayan işçiler de

<sup>22</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI VE BAYSAL (2020), s. 271.

<sup>23</sup> GEREK, Nüvit; İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih-süzsüz Fesih-Kötü Niyetli Fesih, Karatahta / İş Yazıları Dergisi, Sayı: 2, 2015, s. 1-17.

<sup>24</sup> 9.HD, E. 2008/32278, K. 2010/24142, Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 27.09.2021) "...İş kazası sonrası iş sözleşmesinin feshedilmesinin kötü niyetli fesih olduğu belirtilmiştir. Fakat, sadece iş kazası sonrası yapılan feshin salt olarak kötü niyetli olduğunu kabul etmek için yeterli değildir. Bu kapsamda kötüniyet tazminatının şartları oluşmamıştır. Kötüniyet tazminatı isteğinin reddi gerekmektedir"

<sup>25</sup> 9.HD, E. 2009/48750, K. 2012/8412, Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 27.09.2021) "...Davacının emekliliğe ilişkin prime esas gün sayısı dolmadan işten çıkartılması iş sözleşmesinin kötü niyetli olarak feshedildiği anlamına gelmez. Kaldı ki davacı tarafın prime esas gün sayısını doldurduktan sonra iş sözleşmesini feshedip etmeyeceği hususu da kesin değildir. Bu nedenle iş sözleşmesinin kötü niyetli olarak feshedildiği ispatlanmamışken mahkemece kötü niyet tazminatına hükmedilmesi isabetsizdir."

<sup>26</sup> 9. HD, E. 2009/29096, K. 2011/46619, Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 27.09.2021) "...Somut olayda; mahkemece, davacının herhangi bir neden belirtilmeden işten çıkarılması ve eşitlik ilkesine aykırılık nedeniyle işverenin feshi kötüniyetli olarak gerçekleştirdiği kabul edilmiş ise de, söz konusu sebepler kötü niyet tazminatına hükmetmek için yeterli değildir. Somut olayda kötüniyet tazminatının koşulları oluşmamıştır."

ise ispat yükü işçilerin üzerinde bırakılmıştır. Fakat kötüniyetle feshedildiğinin karine olarak kabul edildiği işveren aleyhine dava açma yahut sosyal güvenlik mevzuatından doğan haklarını talep etmesi gibi nedenlerle yapılan feshin kötüniyetle olmadığı iddia edildiğinde ise bu halde vakıaları ispat etme yükümlülüğü yer değiştirecek ve işveren feshin kötüniyetle olmadığını kanıtlamakla sorumluluktan kurtulacaktır. İşverene karşı daha güçsüz durumda bulunan işçinin korunması gerekirken kötüniyetle fesih yapıldığının ispat yükünün işçiye yükletilmesi işçi lehine yorum ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu kapsamda mülga İş Kanunu'nda kötüniyetli fesih hallerinin örnekseme yoluyla sayıldığı gibi, sendikal fesih, işçinin şikayete başvurması sonrasında yapılan fesih yahut işçinin cinsiyeti ve kökeni gibi doğuştan gelen özelliklerine dayalı olarak yapılan feshin kötüniyetli olduğunun düzenlenmesi ve söz konusu bu hallerde yapılan feshin kötüniyetli olmadığını işverence ispatlanması gerektiğinin hüküm altına alınması gerekmektedir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda 25/1'de de bu kapsamda bir düzenleme yer almaktadır. İlgili madde uyarınca işçilerin işe alınmaları belirli bir sendikaya girip-girmeme, üyeliği sonlandırıp-sonlandırmama yahut üye olup-olmama şartına bağlı tutulamaz. Kanaatimizce bu kapsamda benzer bir düzenlemeye İş Kanunu'nda da yer verilmesi gerekmektedir.

## V. Kötüniyet Tazminatının Miktarı ve Hesaplanması

İş Kanunu madde 17/4 düzenlemesi gereğince kötüniyet tazminatının miktarı kötüniyetli feshin gerçekleştiği hallerde işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat üzerinden hesaplanmaktadır. Bu açıdan hem faiz hem de zamanaşımı açısından ihbar tazminatına ilişkin esaslar dikkate alınacaktır. Kötüniyet tazminatının hesaplanabilmesi için işçinin çalışma süresi belirlenmeli ve buna göre hesaplanacak bildirim süreleri üzerinden hesaplama yapılmalıdır.

Yargıtay tarafından belirtildiği üzere yasal tazminat yerine toplu iş sözleşmesinde düzenlenen fesih bildirim süresinin iki katı tutarındaki kötüniyet tazminatı geçerli olarak kabul edilemez.<sup>27</sup> İşçinin bildirim süresinin belirlenmesinde temel ölçüt alınacak olan çalışma süresi işçinin fiilen işe başladığı tarih ile kötüniyetli feshine ilişkin bildiriminin kendisine ulaştığı gün arasında geçen süredir. Bu süre aralığına deneme süresi ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler de dahildir.

İş Kanunu'nda bildirim süreleri işçinin kıdemi esas alınarak düzenlenmiştir. İş Kanunu madde 17 uyarınca "*İş sözleşmeleri*;

- a) *Altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimden başlayarak iki hafta sonra,*
- b) *Altı aydan bir buçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimden başlayarak dört hafta sonra,*

<sup>27</sup> ÇELİK, CANIKLIOĞLU VE CANBOLAT (2020), s. 441.

c) *Bir buçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimden başlayarak altı hafta sonra,*

d) *Üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirimden başlayarak sekiz hafta sonra iş sözleşmesi feshedilmiş sayılır.*” Söz konusu madde uyarınca bu sürelerin asgari olarak belirlendiği ve işçi lehine olduğu için sözleşme ile bildirim sürelerinin arttırılabileceği belirtilmiştir. Bu durumda arttırılması mümkün olmakla beraber azaltılması veya kaldırılması mümkün olmayan bildirim sürelerini düzenleyen hükümler nispi emredici nitelikte hükümlerdir.<sup>28</sup>

Kötüniyet tazminatı hesaplanırken madde 17’de belirtilen fesih bildirim süresinin 3 katı alınmak suretiyle günlük süreye çevrilir. Daha sonra işçinin iş sözleşmesinin feshedildiği son günlük ücretine ilave olarak son bir yıl içerisinde kanundan yahut sözleşme ilişkisinden doğan sürekli para veya para ile ölçülmesi mümkün olan ödeme ve menfaatlerin tümü giydirilmiş ücrete eklenerek günlük brüt tutar tespit edilir. Toplam gün sayısının tazminata esas son brüt ücretle çarpılması sonucu ortaya çıkan meblağ kötüniyet tazminatı olacaktır. Kötüniyet tazminatı hesaplanırken işçinin son ücreti üzerinden hesaplama yapılmalıdır. İşçinin hesaplamaya konu olacak son ücreti bildirim süresinin son günündeki ücretidir.<sup>29</sup>

Kötüniyet tazminatının hesabında İş Kanunu 17/7 uyarınca asıl ücretin yanı sıra işçiye sağlanmış para yahut para ile ölçülebilmesi mümkün olan, sözleşme yahut kanundan doğan çıkarlar da göz önünde tutulur. Yani kısaca giydirilmiş ücret esas alınacaktır.<sup>30</sup> Tazminat miktarının belirlenmesi de 4857 sayılı İş Kanunu ile açıklığa kavuşturulmuş, kötüniyet tazminatının ihbar süresine dair ücretin üç katı tutarında olduğu ve ayrıca ihbar tazminatının da ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Yargıtay’ın görüşü de kötüniyet tazminatının hesaplanmasında işçinin ücreti yanı sıra işçiye tanınmış para yahut para ile ölçülebilir menfaatlerin de dikkate alınması gerektiği yönündedir.<sup>31</sup>

## VI. Kötüniyet Tazminatının İhbar Tazminatı ve Ayrımcılık Tazminatı ile İlişkisi

Kötüniyet tazminatının ihbar tazminatının üç katı tutarında ayrı bir tazminat olup olmadığı hususu tartışmalı bir konudur. Yargıtay eski tarihli bir kararında kötüniyet tazminatını ihbar tazminatının vasıflı bir şekli olarak kabul etmiş ve ihbar

<sup>28</sup> MOLLAMAHMUTOĞLU, ASTARLI VE BAYSAL (2020), s. 260.

<sup>29</sup> AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 240.

<sup>30</sup> SÜMER, Haluk Hadi; İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 126.

<sup>31</sup> 9.HD, E. 2007/21422, K. 2008/15336, Sinerji İçtihat Bankası, www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim Tarihi: 28.09.2021) “... 4857 Sayılı İş Kanunu ile kötüniyet tazminatının hesaplanması hususu aydınlatılmıştır. Kötüniyet tazminatı ihbar sürelerine ait ücretin üç katı tutarında düzenlenmiş olup ayrıca ihbar tazminatının ödenmesinin gerektiği belirtilmiştir. Kötüniyet tazminatının hesaplanmasında işçiye ücreti dışında sağlanan parasal veya para ile ölçülebilir diğer menfaatlerinde dikkate alınması gerekmektedir.”

tazminatı ödendiği takdirde ayrıca ihbar tazminatının 2 katı tutarındaki kötüniyet tazminatının ödenmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>32</sup> Hatta zarardan bağımsız olarak ödenmesi gerektiği kabul edildiği için hukuki ve teknik anlamda bir tazminat olarak da kabul edilmeyip, medeni ceza yahut hususi ceza olarak nitelendirilebilir.<sup>33</sup>

Fakat ihbar tazminatının ve kötüniyet tazminatının gerek nitelik gerekse de yönetsel olarak farklılıkları mevcuttur. İhbar tazminatının temel gerekçesi tarafların bildirim sürelerine uymasını sağlamaktır. Kötüniyet tazminatında ise temel amaç objektif iyiniyet kuralları temelinde kötüniyetli feshin önüne geçmektir. Kaldı ki ihbar tazminatı iş güvencesi hükümlerinde yararlanan ve yararlanmayan işçileri bir bütün olarak kapsadığı için daha geniş bir uygulama alanına haizdir. Bu nedenle ihbar tazminatı ve kötüniyet tazminatının birbirlerinden ayrı iki farklı yaptırım olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

İş Kanunu madde 5'te öğretilen ayrımcılık ya da ayırım tazminatı olarak adlandırılan özel bir tazminat türüne yer verilmiştir. Ayrımcılık tazminatı işverenin eşit davranma yükümlülüğüne aykırı davranmasının yaptırımıdır. Söz konusu madde uyarınca işin devamında yahut sonrasında ilgili kanun hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminatın yanı sıra bu sebeple yoksun bırakıldığı diğer haklarını da talep edebileceği düzenlenmiştir.

Doktrinde ihtilafli olan nokta ise kötüniyetli feshin ve eşit davranma borcuna aykırılığın bir arada bulunması durumunda işçiye yalnızca madde 5'de düzenlenen en çok 4 aya kadar olan ücreti tutarındaki tazminatın mı, bildirim sürelerinin üç katı tutarındaki kötüniyet tazminatının mı, miktarca fazla olanının mı, yahut her iki tazminatında mı ödeneceği hususudur.<sup>34</sup>

Bu kapsamda ayrımcılık tazminatı düzenlemesine değinmek gerekir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen eşit davranma ilkesi, Anayasanın 10. Maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine benzer amaçla getirilmiş bir düzenlemedir. İlgili madde uyarınca, "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz." Söz konusu maddenin altıncı fıkrasında ise işverenin eşit davranma borcunu ihlal etmesi halinde, aynı zamanda sendikal tazminatı da gerektirebileceği öngörülmüştür.<sup>35</sup>

Kötüniyet tazminatı ile ayrımcılık tazminatının beraber istenip istenemeyeceği konusunda öğretilen farklı görüşler vardır. Bir görüş ayrımcılığın kötüniyetin özel bir görünüşü olduğunu ve benzer davranışlar sonucunda iki ayrı tazmina-

<sup>32</sup> 9. HD, E. 1991/1310, K. 1992/120, ALGAN (2010), s. 82.

<sup>33</sup> OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 282.

<sup>34</sup> ZENGİN, Selçuk, Ayrımcılık Tazminatı Hükümünün Kötüniyet ve İş Güvencesi Tazminat Hükümleriyle Yarışması, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2018.

<sup>35</sup> SÜMER, Haluk Hadi; İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 126.

ta hükmedilemeyeceğini ileri sürer.<sup>36</sup> İlk bakışta ayrımcılık kötüniyetin özel bir hali olarak gözüke de İş Kanunu madde 5'te düzenlenen tazminatın yalnızca iş sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili olmayıp uygulanmasıyla da ilgili olduğu göz önüne alınırsa bunun daha genel nitelikte bir düzenleme çerçevesinde yer aldığı kabul edilmelidir. Bu nedenle işveren fesih hakkını kullandığında sadece madde 17 kapsamındaki tazminatın uygulanması gerekir.<sup>37</sup> Kötüniyetli olarak kabul edilen hallerin aynı anda ayrımcılık oluşturması nedeniyle aynı nitelikteki davranışlar için iki ayrı tazminatın talep edilmesi uygun değildir.<sup>38</sup>

Bir diğer görüşe göre de ayrımcılığa yol açan diğer olaylardan farklı olarak kötüniyetli feshin yaptırımı Kanun'un 17. maddesinde ayrı bir şekilde düzenlendiği için iş sözleşmesinin feshinin ayrımcılığa yol açması halinde her iki tazminatın da talep edilebilmesinin mümkün olduğu yönündedir.<sup>39</sup>

Kanaatimizce gerek işçi lehine yoruma uygun olması gerekse de objektif iyiniyet temelli olarak feshin kötüye kullanımına yaptırım olarak getirilen kötüniyet tazminatının esas amacına daha uygun olması sebebiyle kötüniyetli fesih halinde her iki tazminatında ödenmesi daha uygun olacaktır. Bu şekilde kötüniyetli feshin önüne daha kolay geçilebileceği savunulabilir. Kötüniyetli fesih sonucunda iş sözleşmesi feshedilen işçiye kötüniyet tazminatı verilmesi; işçinin ihbar tazminatı, kıdem tazminatı, maddi veya manevi tazminat almasına engel oluşturmadığından ve işçi adı geçen her bir tazminatı ayrı ayrı talep edebildiğinden her birinin ayrı olarak ele alınması daha yerinde olacaktır.

## VII. Sonuç

Sürelî fesih hakkının kullanımına hukuk düzenimizde yer alan diğer tüm haklarda düzenlendiği üzere hakkın kötüye kullanılmaması ve iyiniyet temelinde bir sınırlama getirilmiştir. Bu kapsamda hukuk düzeninde mevcut olan diğer haklarda olduğu gibi fesih hakkının da dürüstlük ve objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmayacak şekilde kullanılması gerekmektedir. Bunun sonucu olarak işverenin fesih hakkını kötüye kullandığı yani kötüniyetle fesih yaptığı hallerde kötüniyet tazminatına başvurulmaktadır. Modern İş Hukukunda yer alan bu düzenlemenin temelinde ekonomik olarak zayıf durumda bulunan işçiyi korumak ve işçinin feshin ekonomik ve sosyal zorluklarıyla karşılaşmasının önüne geçilmesi düşüncesi yer almaktadır. Bu düzenlemeyle fesih sebepleri meşrulaştırılmaya çalışılmış ve objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde nedenlere bağlanması öngörülmüştür.

<sup>36</sup> GÖKTAŞ, Seracettin; Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 127.

<sup>37</sup> ÇELİK, CANIKLIOĞLU VE CANBOLAT (2020), s. 444.

<sup>38</sup> BAKIRCI, Kadriye, İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminat ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 2, 2006, s. 114-121.

<sup>39</sup> SÜZEK (2020), s. 548.

Belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışıp, iş güvencesi kapsamında olmayan işçinin iş sözleşmesinin işverence kötünîyetle feshedildiği hallerde kötünîyet tazminatı ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar kanuni düzenleme gereğince iş güvencesi kapsamındaki işçilerin kötünîyetli feshe maruz kalması durumunda kötünîyet tazminatı talebi yerine işe iade sürecinin öngörölmüşse de kanaatimizce bu düzenleme eksik ve yetersizdir.

İş güvencesi kapsamında olmasına rağmen kötünîyetli fesih sonucunda iş sözleşmesi sona eren işçilerin işe tekrar başlama isteğinde olmaması yahut işe tekrar başlama imkânlarının fiili olarak mümkün olmaması hallerinde mevcut düzenleme yetersiz kalmakta ve işçiyi yeteri kadar korumamaktadır. Bu gibi hallerde işçi, iş güvencesi tazminatından da kötünîyet tazminatından da mahrum kalmaktadır.

Bu durum Anayasanın 10. Maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve sosyal devletin gerekliliklerine aykırı olup, işverence yapılması muhtemel kötünîyetli fesihlere zemin hazırlamaktadır. Bu durum işçinin korunması gereken menfaatlerini zedelemekte olup, işverene göre daha zayıf durumda bulunan ve kötünîyetli fesih sonucunda kanuni haklarını talep eden işçinin mağduriyetine yol açmaktadır. Bu nedenle kötünîyet tazminatının iş güvencesi kapsamında olsun yahut olmasın tüm işçilere uygulanması, sendikal fesih gibi belirli kötünîyet hallerine tıpkı mülga kanunda olduğu gibi 4857 sayılı İş Kanunu'nda da örnekseme yoluyla yer verilmesi yerinde olacaktır.

## Kaynakça

- AKYİĞİT, Ercan; İş Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş / MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku Ders Kitabı Cilt 1 Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Lykeion Yayınları, İstanbul, 2020.
- BAKIRCI, Kadriye; İş Güvencesi Kapsamındaki İşçilerin Doğrudan Tazminat Talep Hakları ve Kötüniyet veya Sendikal Tazminatı ile Ayrımcılık Tazminatı İlişkisi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 2, 2006.
- ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat; İş Hukuku Dersleri, 33. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- ÇELİK, Nuri; İş Güvencesi- Kötüniyet Tazminatı İlişkisi (Karar İncelemesi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 5, Sayı: 10, Güz-2006/2.
- GEREK, Nüvit; İşveren Tarafından Gerçekleştirilen Haksız Fesih Usulsüz Fesih-Kötü Niyetli Fesih, Karatahta / İş Yazıları Dergisi, Sayı: 2, 2015.
- GÖKTAŞ, Seracetin; Türk İş Hukukunda Haksız Fesih, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- GÜLTAN, Algan; İş Sözleşmesinde Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Hüküm ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, 2010.
- KILIÇOĞLU, Mustafa / ŞENOCAK, Kemal; İş Kanunu Şerhi, Cilt: 1, Legal Yayıncılık, 2008.
- KORKMAZ, Fahrettin / ALP, Nihat Seyhun; Bireysel İş Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 2017.
- SÜMER, Haluk Hadi; İş Hukuku, 25. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SÜMER, Haluk Hadi; İş Hukuku Uygulamaları, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- SÜZEK, Sarper; İş Hukuku, 20. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- SÜZEK, Sarper; İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu-İş, C. 6, S. 4, 2002.
- ZENGİN, Selçuk; Ayrımcılık Tazminatı Hükümünün Kötüniyet ve İş Güvencesi Tazminat Hükümleriyle Yarışması, Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2018.

## Elektronik Kaynaklar

- <https://legalbank.net>.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr>.
- <https://www.hukukturk.com>.
- <https://www.turcademy.com>.
- <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>.





# KAMU HUKUKU

---



# Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Sağlık Personelinin İstihdamı Nedeniyle İdarenin Mali Sorumluluğu<sup>(\*)</sup>

*Due to Health Services and Employment of Health Personnel, Financial Management of the Administration Responsibility*

Doç. Dr. Atila ERKAL<sup>(\*\*)</sup>

## Öz

Sağlık kamu hizmetinin yürütülmesi, devletin önemli görevleri arasında yer almaktadır. Devlet bu hizmetleri kamu ve özel kesimdeki sağlık kuruluşlarından faydalanarak tek elden planlayarak sunmaktadır. Sağlık hizmeti sunumundan kaynaklanan zararlar ve tazmini bu hizmetin görülüş usulüne, hekimin istihdamı ile hasta ile hukuki ilişkiye göre değişiklik göstermektedir. Emanet usulü ve şehir hastanesi örneğindeki kamu özel iş birliğinde, sağlık hizmetlerinin kuruluşundan hekimin kusuruna kadar tüm süreçte doğan zararlardan idarenin mali sorumluluğu söz konusudur. Ruhsat usulüyle sağlık hizmeti sunan özel sağlık kuruluşlarında ise hasta hekim arasında özel hukuka dayanan bir ilişki olduğundan sağlık kuruluşu ve hekimin özel hukuk kurallarına göre sorumluluğu söz konusudur. Buna karşılık izinle faaliyette bulunan tüm sağlık kuruluşları üzerinde idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunduğundan, bu yükümlülüğün ihmal edilmesi halinde idarenin mali sorumluluğu devam etmektedir. Sağlık kuruluşlarının farklı modellerde iş birliğinde ve hekimlerin istihdamında ise her somut duruma göre ayrı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

## Anahtar Kelimeler

Sağlık Kamu Hizmeti, İdarenin Sorumluluğu, Kamu Özel İş Birliği, Hasta Hastane İlişkisi, Sağlık Personeli.

## Abstract

Health public services are among the important duties of the State. The state provides these services by making use of public and private health institutions and planning from a single source. The damages and compensation arising from the provision of health services vary according to the method of providing this service, the employment of the physician and the legal relationship with the patient. In the case of public-private cooperation in the case of the escrow procedure and the city hospital, the financial responsibility of the administration is in question for the damages arising in the whole process from the establishment of the health services to the fault of the physician. In private health institutions that provide health services with a license procedure, since there is a relationship between the patient and the doctor based on private law, the health institution and the doctor have responsibility according to the rules of private law. On the other

<sup>(\*)</sup> [Makale geliş tarihi:](#) 24.11.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 07.12.2021.

<sup>(\*\*)</sup> Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi.

[E-posta:](mailto:atilaerkal@sakarya.edu.tr) atilaerkal@sakarya.edu.tr.

[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0002-7394-5414) <https://orcid.org/0000-0002-7394-5414>.

hand, since the administration has an inspection and surveillance obligation on all health institutions operating with permission, the financial responsibility of the administration continues in case of non-compliance. In the cooperation of health institutions in different models and in the employment of physicians, a separate evaluation should be made according to each concrete situation.

### Keywords

Health Public Service, Responsibility of the Administration, Public-Private Cooperation, Patient Hospital Relationship, Medical Personnel.

## I. Giriş

Kişilerin bedensel ve zihinsel anlamda sağlıklı bir hayat sürmesi temel insan hakları içerisinde yer almaktadır. Tıp bilimi de bunu sağlamaya yönelik olağanüstü teknolojik gelişmeler göstermekte ve sağlık hizmetleri yoluyla da kişilerin sağlıklı bir hayat sürmesi hedeflenmektedir. Bu bağlamda sağlık hizmetleri koruyucu, tedavi edici ve rehabilite edici olmak üzere üç temel alanda sunulmaktadır.<sup>1</sup> Sağlık hizmetlerinden eşit ve etkili bir şekilde faydalanılmasını sağlamak ise devletim temel görevleri arasında yer almaktadır. Sosyal haklar arasında yer alan sağlık hakkı, Anayasa'nın 56. maddesiyle güvence altına alınmıştır. Devlet hem sağlık hakkının birey tarafından etkili bir şekilde kullanılmasını sağlayıcı tedbirler almak hem de sağlık hizmetlerini buna göre kurmakla yükümlüdür. Devlet bu görevini, kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirmekte ve sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini sağlamaktadır. Yaşam hakkıyla da sıkı ilişkisi olan sağlık hizmetlerinin tıp biliminin gelişmeleri doğrultusunda öngörülen en ileri tıbbi uygulamalar ve cihazlarla yerine getirilmesi için gerekli tedbirleri almak ve altyapıyı hazırlamak da devletin görevleri içerisinde yer almaktadır. Ayrıca çalışma alanı insan bedeni olan hekimlerin iyi yetiştirilmesi ve hastanın sağlık hizmetine ve uzman hekime erişmesini kolaylaştırıcı haklar tanınması gerekmektedir.

İdare sağlık kamu hizmetlerini farklı usuller ile yerine getirmektedir. Kamu hizmetlerinin klasik usullerle görülmesi yanında yasa koyucu yeni usuller de getirmektedir. Sağlık alanındaki hizmetlerin mutlaka klasik idari usullere göre bizzat idare tarafından ve idarenin kendi personeli eliyle yürütülmesi gerektiğine dair anayasal bir zorunluluk bulunmamaktadır.<sup>2</sup> Sağlık kamu hizmetleri emanet usulü, kamu özel iş birliği ve ruhsat usulü ile yerine getirilmekle birlikte devlet üniversiteleri ile Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastanelerin iş birliği ve ayrıca vakıf

<sup>1</sup> Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleşmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesi sağlık hizmetlerini: "İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler" olarak tanımlamaktadır.

<sup>2</sup> AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, KT. 14.2.2013, RG. 25.06.2013, Sy. 28688.

üniversiteleri ile özel hastane iş birliği usulü ile de yerine getirilebilmektedir.<sup>3</sup> Ayrıca sağlık turizmi bağlamında da iş birliği yapılması da öngörülmektedir. Bu modellerde iş birliği usulü mevzuatta belirtilen şartlar çerçevesinde protokolle sağlanmakta ve sağlık kamu hizmeti sunulmaktadır.

Sağlık hakkı, hekimler ve diğer sağlık personelinden ayrı düşünülemez. Özellikle hastanın rahatsızlığına derman olabilecek hekime erişim imkânı tanınması sağlık hizmetine erişim gibi temel bir insan hakkıdır. Kanun koyucu hekime erişim sağlamaya yönelik düzenlemeler yapmış, hekimlere farklı çalışma imkanları tanımıştır. Hekimler genel olarak kamu kurumunda kamu görevlisi olarak, özel hastanelerde hizmet akdiyle ya da kendi muayenesinde serbest çalışarak sanatlarını icra edebilmektedir. Ancak bunun yanında özel sağlık kuruluşlarında kısmi statüde çalışabilmekte, serbest çalışanlar aynı zamanda vakıf üniversitelerine ait sağlık kuruluşlarında teşhis ve tedavi imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla da kamu görevlisi olduğu halde kanunun tanıdığı imkanlar dahilinde özel hastanelerde çalışan hekimlerin yanında mesleğini serbest yerine getiren hekimlerin de vakıf üniversitesinde teşhis ve tedavi yapabildikleri görülmektedir. Diğer bir konu da öğretim üyelerinden tam gün çalışma esasına geçmeden önce muayenehane açmış olanların muayenehanelerin devam etmesidir. Dolayısıyla hem kamu görevlisi olarak hem de serbest meslek faaliyeti olarak sanatlarını icraya devam etmektedirler. Bu imkânlar hastanın hekime erişme hakkını, mali imkânlar dâhilinde nispeten kolaylaştırmaktadır.

Sağlık hizmetleri sebebiyle idarenin sorumluluğuna bakıldığında da kamu hizmetinin görülüş usulüne göre idarenin sorumluluk sebebi değişmektedir. Kamu hizmetini emanet usulüyle ve kamu özel ortaklığında farklılıklar olabilese de bu şekilde hizmetin yürütülmesinden kaynaklanan sorumluluk söz konusu iken, özel sağlık kuruluşlarının denetimden kaynaklanan sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Diğer taraftan, devlet üniversiteleri ile Sağlık Bakanlığı'nın iş birliği ile sağlık hizmeti sunulması ya da vakıf üniversitesi ile özel hastane iş birliği ile sağlık hizmeti sunulması da söz konusu olmaktadır. Bunun yanında Sağlık Bakanlığı'nın, üniversitelere ve özel sektöre ait uluslararası sağlık turizmi bağlamında iş birliği yapılabilmesi de mümkündür. Bu tür iş birliği yapılan sağlık kuruluşlarında hastanın zarar görmesi sebebiyle idarenin sorumluluğunun hangi ölçüde olacağı da diğer bir tartışma konusu olmaktadır.

Hekimlerin kamu görevlisi olup olmadıklarına ve kamu veya özel hastane- de teşhis ve tedavi yapmalarına göre de idarenin sorumluluğuna gidilip gidilme- yeceğinin somut duruma göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle kamu

<sup>3</sup> Bu usuller dışında sağlık hizmetleri imtiyaz, özelleştirme usulü ve hizmet alım yöntemi ile de görülebilmektedir. Ayrıntılı olarak bkz. Çakır, Hüseyin Melih, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, İstanbul 2015, s. 341 vd.

görevlisi hekimlerin özel sağlık kuruluşlarında sanatlarını icra ederken ifa ettiği hekimliğin niteliğine göre farklı hukuki ilişki kurulmaktadır. Mevzuatta bir kısmı için sözleşme, bir kısmı için iş sözleşmesi bir kısmı için ise görevlendirme ilişkisinden bahsedilmektedir. Bunun dışında özel kurumların sağlık hizmetlerinde idarenin sorumlu olup olmayacağı meselesi de önem arz etmektedir. Hekimlerin sanatlarını icra etmesi bakımından, karmaşık ve bir o kadar da iç içe geçmiş düzenlemeler bulunduğundan, hekimler mesleklerini birden fazla sağlık kuruluşunda icra edebilmektedir. Bu da kamu görevlisinin istihdam biçimi ve mesleğini icra ettiği sağlık kuruluşunun özel hukuk ya da kamu hukuku kişisi olması ve ortaya çıkan zararlardan hangisinin hangi oranda sorumlu olacağı sorununu beraberinde getirmektedir. Kamu görevlisi olan hekimin aynı zamanda özel sağlık kuruluşunda sanatını icra ederken verdiği zararlardan idarenin sorumluluğuna gidilebilecek midir? Diğer bir husus, serbest veya özel sağlık kuruluşunda çalışan bir hekimin kamu hastanesinde (Vakıf Üniversitesi) sanatını icra ederken verdiği zararlardan idare sorumlu olacak mıdır? Bu hususlardaki tartışmaların sağlam bir temele oturtulması için, öncelikle sağlık hizmetleri sebebiyle idarenin sorumluluğuna ilişkin temel ilkelerin izahına ihtiyaç bulunmaktadır. Bu sebeple, aşağıda ilk olarak sağlık hizmetleri sebebiyle idarenin sorumluluğuna ilişkin temel ilkelere değinilecek sonrasında ise tartışmaları hususlar ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

## II. Sağlık Hizmetleri Sebebiyle İdarenin Sorumluluğuna İlişkin Temel İlkeler

İnsanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileşmeleri, tıbbi bakım görebilmeleri ve tedavi edilebilmeleri için devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanması olan sağlık hakkı, doğuştan kazanılan, vazgeçilemez ve devredilemez haklarının başında gelmektedir.<sup>4</sup> İdarenin de bu hakkın gereği gibi kullanılmasını ve tıbbi teşhis ve tedavi hizmetlerinin gerekli özen içinde yerine getirilmesini sağlayacak tedbirler alması gerekmektedir.

İdarenin sorumluluğu anayasal bir sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40. maddesinin 3. fıkrasında "*Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.*" hükmüyle devletin sorumluluğunu düzenlemektedir. Fıkarda geçen "*resmî görevliler*" kavramından geniş anlamda kamu görevlisi tanımının kabul edildiğini ifade edebiliriz. Bu bağlamda devletin üç gücünü oluşturan yasama, yürütme ve yargı erklerinin sorumluluğunu kapsayan geniş bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık Anayasa'nın md.125/son fıkrası doğrudan idarenin sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre "*idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle*

<sup>4</sup> AYM, E. 2012/103, K. 2013/105, KT. 03.10.2013, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>.

*yükümlüdür.” 129/5 hükmüne göre de “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işle dikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir”.*

İdarenin tüzel kişilerden teşekkül etmesi, ancak kamu hizmetlerini personeli aracılığıyla yerine getirmesi ve hukuki ilişkilerde kamusal yönetim usullerinin uygulanması sebebiyle idarenin sorumluluğu özel hukuk sorumluluğundan farklı olarak objektif niteliktedir.<sup>5</sup> İdarenin sorumluluğu, hizmet kusuru diğer bir ifadeyle kusurlu ve kusursuz sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu sorumluluk türleri, temelini özel hukuktan almakla birlikte, idari yargı mercilerinin içtihatları ile idare hukukuna özgü bir şekilde gelişmektedir. Bu nedenle idarenin sorumluluğu özel hukuktan farklı olup, kendine has özelliği olan bağımsız ve değişen olaylara ayak uyduran esnek bir sorumluluktur.<sup>6</sup> Tıp bilimindeki tıbbi uygulamalardaki gelişmeler yanında tıbbi cihazlardaki teknolojik yenilikler, idarenin sağlık hizmetleri alanındaki sorumluluğunu da genişletmektedir.

Kamuya ait sağlık tesislerinde sunulan sağlık hizmeti ile hasta, hastane arasındaki ilişki kamu hukuku kuralları çerçevesinde gerçekleşmektedir.<sup>7</sup> İdare kamu hizmetlerini kar amacıyla yapmaz/yapmamalıdır. Sağlık hizmetlerinin sunulmasında organizasyon eksikliği ya da hatasından, tıbbi cihaz eksikliğinden / cihaz hatasından, tıbbi teşhis ve tedavinin hatalı olmasından,<sup>8</sup> bakım, gözetim, denetim ve güvenlik önlemlerinin alınmamasından,<sup>9</sup> aydınlatma yükümlülüğü<sup>10</sup> gibi diğer yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden zarar doğabilmektedir. Dolayısıyla sağlık hizmetlerinin sunulmasından dolayı, idarenin farklı sebeplerle sorumluluğuna gidilebilmektedir. Bu sorumluluk, sağlık hizmetinin organizasyonundan diğer bir ifadeyle kendisinden kaynaklanabileceği gibi kamu görevlisi hekimlerin tıbbi uygulama hatalarından da kaynaklanabilmektedir. Anayasa md.129/5. fıkrası uyarınca dava her hâlükârda idari yargıda ve idare aleyhine açılır. Zarar görene tazminat

<sup>5</sup> Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1984. s. 24.

<sup>6</sup> Sarıca, Ragıp, Hizmet Kusuru ve Karakterleri, İÜHFM, C. 15, Sy. 4, s. 859; Ulusoy, D. Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara 2021, s. 570; Birtek, Fatih, Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, EÜHFD, Sy. 3-4, 2007, s. 82.

<sup>7</sup> Yargıtay eski tarihli kararlarında hasta ile kamu hastanesi arasında hasta ilişkisi olmasına rağmen, hekim memur ya da kamu görevlisi olsa da hasta ile arasında sözleşme ilişkisi kurulduğunu, hekimin tıbbi müdahalede idari yetkisini kullanmadığını tıp biliminin kurallarına göre sanatını icra ettiğini bu nedenle kendisine karşı adli yargıda doğrudan dava açılabileceğine hükmetmekteydi. YHGK, E. 2001/4-595, K. 2001/643, KT. 26.09.2001 (Legalbank). Yargıtay isabetli olmayan bu kararlarından dönmüş ve kamu hastanesinde sunulan sağlık hizmeti nedeniyle idari yargıda idarenin sorumluluğuna gidileceğine hükmetmiştir.

<sup>8</sup> D. 10. D, E. 1997/4741, K. 1999/1950, KT. 27.4.1999, DD, Sy. 102, s. 653.

<sup>9</sup> D. 10. D, E. 1998/4977, K. 2000/380, KT. 9.2.2000 (Legalbank).

<sup>10</sup> DİDDK, E. 2002/716, K. 2003/91, KT. 07.03.2003 (Legalbank).

ödendikten sonra sorumlu sağlık personeline kusuru oranında rücu edilir.<sup>11</sup> Kamu hastaneleri dışında özel sağlık kuruluşlarında sunulan hizmet ise sözleşme ilişkisine dayanmakta ve bir ücret karşılığında bu hizmetten faydalanılmaktadır. Dolayısıyla özel sağlık kuruluşları, sağlık hizmetini kar gütmeye amacıyla sunmaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/1-I bendi vekalet ve eser sözleşmesini kanun kapsamında aldığından, bu Kanun'a göre hasta, "tüketici" olarak kabul edilmektedir.<sup>12</sup> Özel sağlık kuruluşlarında sunulan sağlık hizmeti nedeniyle ortaya çıkan zararlara ilişkin sorumluluk da özel hukuk kurallarına istinaden adli yargıda (sözleşmeye dayanıyorsa tüketici mahkemelerinde; vekâletsiz iş görme ya da haksız fiile dayanıyorsa asliye hukuk mahkemelerinde) görülmektedir.

### A. Kusurlu Sorumluluk

Hizmet kusuru olarak da ifade edilen kusurlu sorumluluk en kısa tanımıyla idarenin yürüttüğü bir hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde veya işleyişindeki bozukluk ya da aksaklıktır.<sup>13</sup> Hizmet kusuru; "idarenin yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetinde, kuruluş işleyiş ya da personel açısından gereken emir ve talimatların verilmemesi, denetiminin yetersiz olması, hizmete tahsis edilen araç ve gereçlerin hizmet gereklerine uygun ve yeterli olmaması, gereken tedbirlerin alınmaması veya geç veya zamansız alınması gibi nedenlerle bir aksaklık, bozukluk, düzensizlik, eksiklik veya sakatlık meydana gelmiş ve oluştuğu ileri sürülen zararın da bundan kaynaklanması" şeklinde daha kapsamlı tanımlanmaktadır.<sup>14</sup>

İdareye verilen görevlerin gerektirdiği ya da beklenildiği gibi yerine getirilmemiş olması, dikkatsizlik, tedbirsizlik veya ihmâl, hizmet kusuruna sebebiyet vermektedir.<sup>15</sup> Hizmet kusuru idari işlemlerden ya da idari eylemlerden kaynaklanabilir. Hizmet kusuru nedeniyle sorumluluk bakımından Danıştay, hizmetin

<sup>11</sup> Yıldırım, s. 188; D. 10D, E. 2007/4932, K. 2010/5301, KT. 11.06.2010 (Legalbank).

<sup>12</sup> TKHK md.3/1-I hükmünde: "Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi" olarak tanımlanmaktadır: Y. 13. HD, E. 2012/21184, K. 2012/20509, KT 28.09.2012 (Legalbank); Öz-mumcu Seda, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, s. 863 vd. Sağlık hakkının ticari bir anlayışla değerlendirilerek hastanın tüketici, hekimin de ticaret erbabı olarak görülmesinin eleştirisi için bkz. Kök, Ahmet Nezi, Hekim - Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı? UMD, Y. 2015, Sy. 5, s. 614 vd.

<sup>13</sup> Akylmaz / Sezginer / Kaya, Türk İdare Hukuku, s. 159; Günday, İdare Hukuku, s. 369; Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri, s. 687; D. 15. D, E. 2013/3258, K. 2014/1371, KT. 4.03.2014 (Legalbank).

<sup>14</sup> Sarıca, Hizmet Kusuru, s. 858; D. 10. D, E. 1982/2725, K. 1983/2125, KT. 31.10.1983, DD, Sy. 54-55, s. 391.

<sup>15</sup> D. 6. D, E. 2013/549, K. 2013/4734, KT. 10.9.2013, (Kazancı).



kötü işlemesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesi biçiminde üç temel sorumluluk nedenini içtihatlar yoluyla geliştirmiştir. Kamu hizmeti idarenin personeli tarafından yerine getirilmekte ve kusur, kamu görevlisinin davranışlarından kaynaklanmaktadır.<sup>16</sup> Üçüncü kişilere verilen zararların tazmininde kamu görevlisinin kastı, ihmali ya da dikkatsiz davranması gibi sübjektif yönü önem taşımamaktadır. Bu nedenle hizmet kusuru, idare adına hareket eden kamu görevlisinin kusurundan bağımsız olan kişilik dışı, soyut, objektif ve anonim nitelikte ve ifa edilen kamu hizmetinin doğrudan kendisinden kaynaklanan bir kusurdur.<sup>17</sup> Dolayısıyla kamu hizmetindeki kusur kamu görevlisinden kaynaklansa da kusur ilgili görevlinin değil, kamu hizmetini ifa eden idarenin kusurudur. Kamu görevlisinin kusuru, idarenin iç işleyişinde sorumluya rücu edilmesinde önem taşımaktadır.

Sağlık hizmetlerinde idareyi mali olarak sorumlu tutulabilmek için Danıştay uzun bir süre “*ağır hizmet kusuru*” şartı aramıştır.<sup>18</sup> Ancak son yıllarda Danıştay’ın bu şartı yumuşattığı ve hatta terk etme eğilimine girdiği de söylenebilir.<sup>19</sup> Özellikle sağlık kamu hizmeti alanının genişlemesi, eşitlik ve dayanışma fikirlerinin gelişmesi, iyi idare ilkesinin benimsenmesi, Danıştay’ın da içtihatlarında bu yönde değişikliğe gitmesine ve idarenin sorumluluğunu anlayışının gelişmesine etki etmiştir.<sup>20</sup> Günümüzde sağlık hizmeti nedeniyle idarenin sorumluluğu için, kusurun varlığı yeterli görülmektedir.<sup>21</sup> Kaldı ki tıbbi müdahalede ağır kusurun aranması durumunda, hekimin de ağır kusurlu olmadığına ortaya çıkan zarardan idarenin sorumlu olmayacağı gibi bir sonuç çıkmaktadır ki,<sup>22</sup> bu da Anayasa’nın idarenin eylem ve işleminden doğan zarardan idarenin ödemekle yükümlü olduğunu düzenleyen 125/son fıkrası ile çelişecektir. Danıştay ağır kusur şartını yumuşatmış olsa da eski içtihadından tam olarak vazgeçtiği de söylenemez. Nispeten yeni

<sup>16</sup> Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 127.

<sup>17</sup> Sarıca, Hizmet Kusuru, s. 860; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 128 vd.

<sup>18</sup> D. 10. D, E. 1993/363, K. 1994/2402, KT. 1.6.1994, DD., Sy. 90, s. 1088; D. 10. D, E. 1994/3258, K. 1995/2379, K.T. 3.5.1995, DD., Sy. 91, 1996, s. 1118 vd.; D. 7. D, E. 1982/2494, K. 1983/469, KT. 28.03.1983, DD, Sy. 52-53, s. 342; D. 10. D, E. 2004/6540, K. 2007/4237, K.T. 19.09.2007; D. 10. D, E. 2007/2965, K. 2008/4832, KT. 25.6.2008 (Legalbank). Sağlık hizmetlerinde kusur hafif, ağır ve olağanüstü ağır kusur olmak üzere üç kategoriye ayrılmaktadır. Hafif kusur iyi bir idarenin işlemeyeceği bir kusurdur. Ağır kusur, normal şartlarda idarenin işlememesi gereken kusurdur. Olağanüstü ağır kusur ise kötü bir idarenin işleyeceği kusurdur. Birtek, s. 15; Ersöz, Ahmet Kürşat, Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırılığı ve İspat Problemi, İÜHFMD C. LXIX, Sy. 1-2 s. 928.

<sup>19</sup> Güran’a göre kusurun ağır olma koşulunun aranması sosyal devlet anlayışıyla çelişmektedir. Güran, s. 21; Baş, Zuhâl Bereket, Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009, s. 638; Bayındır, Savaş, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu, GÜHFD, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 558.

<sup>20</sup> Akyılmaz / Sezginer / Kaya, Açıklamalı İçtihatlı Türk İdari Yargılama Hukuku, s. 1142, 1182.

<sup>21</sup> Sever, Dilşad Çiğdem, Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, in: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, s. 272 vd.

<sup>22</sup> Birtek, s. 12.

tarihli bazı kararlarında sağlık hizmetlerinin riskli olması sebebiyle idarenin ağır hizmet kusurunun varlığı halinde zararın tazmin edileceğini belirtmektedir.<sup>23</sup>

## B. Kusursuz Sorumluluk

Kusur sorumluluğu dışında idari eylem veya işlem nedeniyle bir zarar doğmuşsa idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilebilmektedir. İdarenin kusursuz sorumluluğu risk (tehlike), fedakarlığın denkleştirilmesi (kamu külfetleri karşısında eşitlik) ve sosyal risk olarak üçe ayrılmaktadır. Bu sorumluluk türlerine göre idarenin sorumlu tutulabilmesi için olumlu ya da olumsuz eylemi veya işlemi olmalı ve bu nedenlerle zarar doğmalı ve eylem ile zarar arasında bir illiyet bağı bulunmalıdır.<sup>24</sup>

Sağlık hizmetleri sebebiyle idarenin sorumluluğu ağırlıklı olarak hizmet kusuruna dayandırılmaktadır. Danıştay gerek sağlık hizmetinin kuruluşunda gerekse kamu görevlisi hekimin eylemini hizmet kusuruna dayandırmaktadır.<sup>25</sup> Ancak sağlık hizmetlerinde idarenin kusurlu sorumluluğu kadar kusursuz sorumluluğu da gözardı edilmemelidir.<sup>26</sup>

Danıştay'ın idarenin kusursuz sorumluluğunu ilişkin az da olsa kararları bulunmaktadır. Buna ilişkin karar gerekçesinde *“İdari hizmetin içinde ve hizmetin görülmesi sırasında aniden ortaya çıkan ve aniden ortaya çıktığı için de önlenemeyen olayları ifade eden beklenmeyen haller, aynı zamanda idarenin iradesi dışında, önceden bilinmesi olanağı bulunmayan bir olay biçiminde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hizmetin içinde meydana gelen olay sebebiyle filin idareye “atıf ve isnat kabiliyeti” devam ettiği için, idarenin kusura dayalı sorumluluğu kalksa da, kusursuz sorumluluğu devam etmektedir. Bu sebeple beklenmeyen haller sebebiyle ortaya çıkan zararların idarenin kusursuz sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Davacıların çocuğunun, ameliyat sırasında, ameliyat masasındaki ısıtıcı cihazın arızalanarak fazla ısınması nedeniyle, çocuğun vücudunda yanma meydana gelmesinin, beklenmeyen bir durum olduğu açıktır”* ifadelerine yer verilmiştir.<sup>27</sup> Görüldüğü üzere sağlık hizmetleri kendi bünyesinde risk taşımaktadır.<sup>28</sup> Ancak bunun yanında olağan dışı riskler de söz konusu olabilmektedir.<sup>29</sup> Özellikle sağlık hizmetlerinde kullanılan tıbbi cihazların arızalanana-

<sup>23</sup> D. 15. D, E. 2015/534, K. 2016/990, KT. 18.2.2016.

<sup>24</sup> D. 10. D, E. 1999/1746, K. 1999/5376, KT. 2.11.1999 (Kazancı); Yaşar, Hasan Nuri, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, İÜHFİM, C. LXVI, Sy. 1, s. 212.

<sup>25</sup> D. 10. D, E. 1994/2110, K. 1995/4255, KT. 09.10.1995, DD, sy. 91, s. 1123.

<sup>26</sup> Güran, Sait, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, DD, Sy. 46, 1982, s. 21.

<sup>27</sup> D. 10. D, E. 2004/9232, K. 2007/2720, KT. 18.5.2007. (Legalbank).

<sup>28</sup> Avcı, Mustafa, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mâlî Sorumluluğu, ABD, 2012/1, s. 111.

<sup>29</sup> *“...kamu hizmetinin görülmesi sırasında kişilerin uğradıkları özel ve olağandışı zararların idarece tazmini; anayasanın 125. maddesi gereği ve Türkiye Cumhuriyeti'nin ‘Sosyal Hukuk Devleti’ niteliğinin doğal bir sonucudur”*. D. 10. D, E. 1996/5023, K. 1998/807, KT. 24.02.1998, DD, sy. 97, s. 685; D. 10. D, E. 1997/6244, K. 1998/2504, KT. 10.06.1998, DD, sy. 98, s. 567.

rak zarar vermesi; röntgen, tomografi gibi tıbbi cihazların radyasyon yayması ve zorunlu olmamasına rağmen hasta üzerinde yoğun kullanılması sebebiyle başka zararlara sebebiyet vermesi; henüz deneme aşamasında olan tedavi yöntemleri ya da ilaçlar da idarenin risk sorumluluğunu kapsamında değerlendirilebilecek durumlar olarak karşımıza çıkabilmektedir.<sup>30</sup>

### III. Sağlık Hizmeti Nedeniyle İdarenin Mali Sorumluluğu

İdare tarafından sunulan sağlık hizmetleri kamu hizmetidir. Diğer usullerle özellikle de özel kişiler tarafından sunulan sağlık hizmetlerin kamu hizmeti olup olmadığı hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay özel kişiler tarafından sunulan sağlık hizmetlerinin asli sahibinin idare olması sebebiyle, kamu hizmeti olarak kabul etmektedirler.<sup>31</sup> Sağlık hizmetlerinin kamu görevlisi ya da özel kişiler tarafından yerine getirilmesi, kamu hizmeti sayılması hususunda bir fark yaratmamaktadır.<sup>32</sup>

Doktrinde özel sağlık kuruluşlarının sunduğu sağlık hizmetlerinin toplumsal gereksinimi karşılama bile özel kişiler tarafından yerine getirildiğinden kamu hizmeti olarak sayılmayacağı, virtüel kamu hizmeti olduğu görüşleri mevcuttur.<sup>33</sup> Sağlık hizmetinin kamu hizmeti ya da virtüel kamu hizmeti sayılması, doğacak zararların tazmininde hukuki rejim bakımından farklılık ortaya çıkartmamaktadır. Buradaki asıl fark, kamu hizmetinin süreklilik ve düzenlilik özelliği sebebiyle özel sağlık kuruluşları üzerinde yapılacak denetimin normal bir kolluk denetimi değil, bunu aşan daha sıkı, içselleşmiş ve yoğun bir denetim olmasıdır.<sup>34</sup> Özel hastanede sunulan sağlık hizmeti nedeniyle, hastanenin ve hekimin özel hukuk hükümlerine göre sorumluluğuna gidilebilmektedir. Danıştay da hastanın özel hastane ve hekimle ilişkisinin sözleşme ilişkisine dayanması sebebiyle zarar ve idari eylem arasında illiyet bağıını kopardığını ifade etmektedir.<sup>35</sup> Dolayısıyla özel sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti sayılması, asli sahibinin idare olması tıbbi müdahale nedeniyle uğranılan zararın doğrudan idareye yöneltilmesi sonucunu doğurmamaktadır.

Anayasa'nın 56. maddesi devlete sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp sağlık kamu hizmetini düzenleme yetkisi tanımakta ve hizmetin kamu ve özel kesimdeki

<sup>30</sup> Doktrinde fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine dayalı kusursuz sorumluluk doğacağı da savunulmaktadır, Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezaî Sorumluluk, Ankara 2017, s. 1139.

<sup>31</sup> AYM, Tarih, E. 2004/114, K. 2007/85, KT. 24.12.2007, RG. 24.12.2007, Sy. 26736; YHGK, E. 2004/13-291, K. 2004/370, KT. 23.06.2004, 2004 (Legalbank); Çınarlı, s. 216; Özdemir, Halit Eyüp / Seçkin, Sinan, Vakıf Üniversiteleri ile Özel Hastaneler Arasında İşbirliğinin Hukuki Rejimi, Medipol ÜHFD 7 (1), Bahar 2020, s. 156.

<sup>32</sup> AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, KT. 14.2.2013; Çakır, s. 177.

<sup>33</sup> Bayındır, s. 562; Ersöz, s. 934.

<sup>34</sup> AYM, E. 2004/114, K. 2007/85, KT. 24.12.2007, RG. 24.12.2007, Sy. 26736; Çakır, s. 177; Çınarlı, s. 216.

<sup>35</sup> D. 15. D. E. 2014/6402, K. 2015/1178, KT. 26.2.2015 (Lexpera).

sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak ve denetleyerek yerine getireceğini belirtmektedir. Anayasa dışında Hususi Hastaneler Kanunu 33. maddesi, Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek 11. maddesi, 1 sayılı CBK md.355/1-e bendi sağlık hizmetlerinin denetimini düzenlemektedir. Özel sağlık tesisleri hem kuruluş hem de faaliyetleri süresince şartları taşımaları gerekmekte ve idare bunun için gerekli denetimi yapmak zorundadır. Bu denetimler il-ilçe sağlık müdürlükleri tarafından düzenli olarak yerine getirmekle birlikte ayrıca şikâyet veya soruşturma üzerine de gerçekleşebilmektedir. Denetimlerin sıklığı ve görev alacak personelin nitelikleri Sağlık Bakanlığı tarafından tespit edilmektedir.<sup>36</sup> Anayasa Mahkemesi de sağlık hizmetlerinde devletin asıl görevinin, “düzenleme ve denetleme” olduğu, sağlık hizmetleri alanında devlete yüklenmiş olan bu görevlerin yerine getirilmesinde “kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal yardım kurumlarından” yararlanılacağını belirtmektedir.<sup>37</sup>

Denetim hem kamu hem de özel sağlık kuruluşları üzerinde gerçekleşmektedir. Ancak burada gerek denetim gerekse tıbbi müdahale için idarenin sorumluluğunun ayrı ele alınması gerekmektedir. Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşları dışında, belediye, il özel idaresi ya da üniversite hastanelerinde tıbbi müdahale sebebiyle zarar bu tüzel kişiliklere yöneltilecek, denetimsizlikten kaynaklanan zararlarda ise Bakanlık kusuru oranında sorumlu olacaktır. Her iki durumda da idari yargı görevlidir. Özel sağlık kuruluşlarında ise ruhsat usulü ile sağlık hizmeti verdiği için denetim kapsamı mevzuatta daha ayrıntılı düzenlenmiştir.

Devlet, gerekli tedbirleri alarak yaşam hakkının korunması için etkin sistemler geliştirmekle yükümlü olduğundan, denetimin de yeni tıbbi gelişmelere uygun ve kapsamlı olması gerekmektedir.<sup>38</sup> Denetimin yapılmaması,<sup>39</sup> eksik yapılması ya da eksikliğe rağmen düzeltilmesi hususunda hareketsiz kalınması- denetim sonucunda yapılacak iş ve işlemlerin takip edilmemesi, göz yumulması, müeyyide uygulaması gerekirken hastanenin çalışmasına müsaade etmesi sebebiyle doğacak zararlardan idare sorumlu olacaktır.<sup>40</sup>

Danıştay, idarenin kendisine verilen kamu hizmetlerinin gereği gibi işlemlerini sağlayacak örgütü kurmakla birlikte araç gereci ve personeli de hizmetin ge-

<sup>36</sup> Denetimlerin hangi aralıklarla yapılacağı önceden kanun ve yönetmeliklerde açıkça düzenlenmişken yapılan değişikliklerle sürelerin belirlenmesi Bakanlığa tevdi edilmiştir. Örneğin değiştirilen Özel Hastaneler Yönetmeliği, md.62/1 ye göre il Sağlık Müdürlükleri tarafından da olağan olarak altı ayda bir denetlenmekteydi. Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, md.32/1 ye göre ise 4 ayda bir olağan denetim yapılmaktaydı. Özel Hastaneler Yönetmeliği, md.62/1.

<sup>37</sup> AYM, E. 2011/150, K. 2013/30, KT. 14.2.2013, RG. 25.06.2013, Sy. 28688.

<sup>38</sup> D. 15. D. E. 2015/7128, K. 2016/606, KT. 4.2.2016 (Lexpera).

<sup>39</sup> D. 15. D. E. 2015/7128, K. 2016/606, KT. 4.2.2016 (Lexpera).

<sup>40</sup> Bu durumda idarenin özel hastane ile birlikte müterafik kusurunun olduğu belirtilmektedir. Kızılyel, Serkan, “İdârenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s. 231.

reğine uygun bir şekilde hazırlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.<sup>41</sup> Sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idarenin tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, yeterliliğe sahip personelle ve gerekli özennin gösterilmesi suretiyle yapılmasını sağlamalıdır.<sup>42</sup> Aynı durum özel hastaneler için de geçerlidir. Dolayısıyla idare, özel sağlık kuruluşlarında tıbbi müdahalenin modern tıp bilimine uygun ve yeterli personelle gerçekleşip gerçekleşmediğini de denetlemelidir.<sup>43</sup> Ancak bu denetim münferit tıbbi müdahaleleri değil, hekim ve hastanenin sunduğu tıp tekniklerini ve uygulamalarını (genel olarak hizmetin sunulmasına ilişkin kaliteyi) kapsayacaktır.<sup>44</sup> Bu bağlamda çalışan sağlık personelinin tıbbi müdahale yetkisi olup olmadığı,<sup>45</sup> gerekli eğitimi alıp almadığını, diplomasının gerçekliği gibi hususları da incelemelidir. Buna karşılık denetimlerini eksiksiz bir şekilde yapmasına rağmen özel sağlık kuruluşunda sağlık hizmeti sunumu sebebiyle hizmetten faydalanan zara görmüşse bundan dolayı idare sorumlu tutulamaz, özel hukuk hükümleri bağlamında ilgili özel sağlık kuruluşunun sorumluluğuna gidilir. Dolayısıyla denetim yükümlülüğü özel sağlık kuruluşlarının tıbbi müdahalesinden doğan zararları kapsamamakta denetim ve gözetim yükümlülüğü ile sınırlı tutulmaktadır.<sup>46</sup> Danıştay, özel hastanede gereken özeni göstermeyen vekilin, Türk Borçlar Kanunu uyarınca sorumlu olduğunu, davalı idarenin kusurlu bir eylemi bulunmadığını, özel hastane/doktor ile hasta arasındaki özel hukuk ilişkisi zarar ile idarenin eylemi / eylemsizliği arasındaki neden sonuç ilişkisini ortadan kaldırdığını, zararın, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olarak ortaya çıkmadığından idarenin sorumlu tutulamayacağını belirtmektedir.<sup>47</sup>

<sup>41</sup> D. 10. D, E. 1982/2613, K. 1983/1959, KT. 6.10.1983.

<sup>42</sup> "Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi ağır hizmet kusuru niteliğinde olup; idarenin tazmin sorumluluğunu doğurur". DİDDK, E. 2004/721, K. 2007/2030, KT. 18.10.2007. (Legalbank).

<sup>43</sup> AYM tıp biliminin gelişimine ve sağlık personelinin buna göre yetiştirilmesine işaret etmektedir. "Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu çerçevede artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, sürekli yenilenen teknolojileri kullanmak, sağlık hizmetlerini yurt sathında eşit ve kaliteli olarak sunmak, maliyetleri asgari düzeye getirmek, mesleki olarak yeterli, sayıca kısıtlı yetişmiş insan gücünü dengeli bir şekilde dağıtmak, değişen şartlara göre planlama yapmak, hizmet kalitesini yükseltirken maliyeti düşürmek ve buna rağmen etkin, verimli, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımı yapmamak, kurumlar arası iş birliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir". AYM, E. 2012/103, K. 2013/105, KT. 03.10.2013, <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>; Gökcan, s. 1113.

<sup>44</sup> D. 13. D, E. 2007/7931, K. 2009/4977, KT. 06.05.2009 (Legalbank).

<sup>45</sup> D. 15. D, E. 2015/2622, K. 2015/7990, KT. 26.11.2015; D. 15. D, E. 2014/6402, K. 2015/1178, KT. 26.2.2015 (Lexpera).

<sup>46</sup> Avci, s. 128.

<sup>47</sup> D. 15. D, E. 2014/6402, K. 2015/1178, KT. 26.2.2015 (Lexpera); D. 15. D, E. 2013/5507, K. 2015/2024, KT. 8.4.2015 (Lexpera).

Sağlık kuruluşlarının sunduğu sağlık hizmetleri sebebiyle idarenin mali sorumluluğunun tespit edilebilmesi için bu hizmetin hangi usulde yerine getirildiği önem arz etmektedir. Ancak bunun yanında hekimlerin birden fazla sağlık kuruluşunda sanatlarını icra etme imkânı ve istihdam biçimine göre idarenin sorumluluğunun da belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

### A. Sağlık Hizmetlerinin Emanet Usulüyle Görülmesi

Emanet usulünde sağlık hizmetleri doğrudan idare tarafından yerine getirilmektedir. İdare sağlık kamu hizmetini kurmakla birlikte kendi personeli ile bu hizmeti yürütmektedir.<sup>48</sup> İdarenin kendi araç, gereç ve personeli ile sağlık hizmeti sunmasından kaynaklanan zararlar tamamıyla idare hukuku kuralları ve sorumluluk ilkeleri çerçevesinde tazmin edilmektedir. Hasta ile hastane ve hekim arasında kamu hizmetinden yararlanmayı içeren ve idare hukuku rejimine dayanan bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Tıbbi müdahaleler kamu görevlisi sağlık personeli tarafından yerine getirilmekte ve eylemleri de idari eylem olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu sağlık kuruluşlarında gerek hizmetin kuruluşu gerekse hekim ve diğer sağlık personelin kusurunda kaynaklı zararlara ilişkin açılacak davalarda idari yargı görevlidir. Devlet hastaneleri, üniversite hastaneleri, belediye ve il özel idaresine bağlı sağlık kuruluşları,<sup>49</sup> sağlık ocakları gibi sağlık kuruluşlarında emanet usulüyle sağlık hizmeti ifa edilmektedir.

Emanet usulüyle yerine getirilen sağlık hizmetlerinde, idare sağlık personeli farklı şekilde istihdam edebilmektedir. Sağlık çalışanları kadrolu memur olarak atanabileceği gibi sözleşmeli ya da hizmet alımı yoluyla da istihdam edilebilir. 4924 sayılı Eleman Teminine ilişkin Kanun,<sup>50</sup> Sağlık Bakanlığı'na hizmet akdi ile idari hizmet sözleşmeli personel olarak istihdamına da olanak sağlamaktadır.<sup>51</sup> Bahsi geçen Kanun ile 657 sayılı DMK 36/1-III fıkrasına hizmet alımı yoluyla da sağlık personeli istihdamı ayrıca eklenmiştir.<sup>52</sup> Emanet yoluyla ifa edilen sağlık

<sup>48</sup> Ramazan, Yıldırım, Sağlık Personelinin İdareye Karşı Mali Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum Mersin 16-17 Ocak 2009, s. 183.

<sup>49</sup> SHTK, ek. md.8.

<sup>50</sup> 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

<sup>51</sup> SHTK md.1, 5. Bu maddelerde her ne kadar hizmet akdinden bahsedilse de sözleşmeli personelin yükümlülükleri, disiplin sorumluluğu bakımından DMK'ye tabi olmaları, hüküm bulunmayan hallerde DMK'nun uygulanması (8, 9. maddeler) sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi olduğunu göstermektedir; Anayasa Mahkemesi de sözleşmeli personel tarafından sunulacak sağlık hizmetinin devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerdendir 4924 sayılı Kanun'da öngörülen sözleşmeli personel diğer kamu görevlileri kapsamında yer almaktadır. AYM. E. 2005/145, K. 2009/112, KT. 23.03.2010, RG, 31.03.2010, sy. 27538.

<sup>52</sup> Anayasa Mahkemesi "Anayasa gereği herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden tam olarak yararlanabilmesini sağlamak amacıyla niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik



kamu hizmetinde istihdam biçimine ya da sağlık personeli teminine (hizmet alımı yoluyla) bakılmaksızın, hizmetin asıl sahibinin idare olması sebebiyle idarenin sorumluluğu söz konusudur.<sup>53</sup>

## B. Sağlık Hizmetlerinin Kamu Özel İşbirliği ile Görülmesi

Kamu- özel iş birliğinde hizmetinin ihtiyaç duyduğu tesisler ile özellikle yüksek teknoloji gerektiren bazı hizmetler özel kişiler tarafından yapılmaktadır. İhtiyaç duyulan sağlık tesisi özel kişi tarafından yapılmakta ve sözleşme süresi sonunda idareye devredilmektedir.<sup>54</sup> İdare sözleşme süresi boyunca tesisin kullanımını için kira ödemektedir. Bu yöntem “*yap-kirala-devret*” modeli olarak da tanımlanmaktadır.<sup>55</sup> Tesis yatırımı özel kişi tarafından yapılsa da sağlık hizmeti Sağlık Bakanlığı personeli eliyle yürütmektedir.

Şehir hastanelerinde kamu-özel iş birliği söz konusu olduğundan karma bir yapı karşımıza çıkmaktadır.<sup>56</sup> Burada yapım işi, finansman ve doğrudan (asıl) tıbbi müdahale dışındaki görüntüleme, rehabilitasyon gibi hizmetler özel hukuk kişisi, tıbbi hizmet sunumu ise idare tarafından üstlenilmektedir.<sup>57</sup> Ancak bir bütün ola-

---

*ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açabilmesi, kamunun iktisadi ve teknik yetersizliği, teknolojik gelişme ve kullanıcıları ve hizmet sunucu ve donanımlarına olan ihtiyaç, görev ve yer yönünden erişim zorlukları, sağlık hizmetlerinin ertelenemez ve ikame edilemez özellikleri, doğal afet, salgın hastalıklar ve acil durumlar sağlık hizmetlerinin hizmet satın alma yoluyla karşılanmasını zorunlu kılmaktadır. Böylece, itiraz konusu kural ile, sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerin, ücretleri döner sermaye gelirlerinden karşılanmak kaydıyla, lüzumu halinde hizmet satın alınması yoluyla gördürülmesi olanaklı hale gelmektedir.”* Gereğiyle oyçokluğu ile Anayasaya uygun bulmuştur. AYM, E. 2004/114, K. 2007/85, KT. 22.11.2007, RG. 24.12.2007, Sy. 26736.

<sup>53</sup> Yasin, Melikşah, “Sağlık Hizmetlerinin Özelleştirilmesi”, Sağlık Hukukunda Dünyada Son Gelişmeler, İstanbul 2009, s. 254.

<sup>54</sup> 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun md.4, 7.

<sup>55</sup> Eleştirel yaklaşım için bkz. Sözer, Ali Nazım, Sağlıkta Yeniden Yapılanmanın (Özelleştirmenin) Devamı Olarak Şehir Hastahaneleri, DEÜHFD, Y. 2013, C. 15, Özel S., s. 239 vd.; Uysal, Yusuf, Kamu-Özel İşbirliği (Yap-Kirala Devret) Modeli ve Şehir Hastanelerinin Sağlık Hizmetlerindeki Değişim ve Dönüşüm Üzerine Etkileri, EOGÜ İİBFD, Y. 2019, C. 14, Sy. 3, s. 878.

<sup>56</sup> 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yapıtılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun md.12 hükmüne göre “*Bu Kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinesin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yapılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir”.*

<sup>57</sup> Evren, Çınar Can, Kamu-Özel İşbirlikleri, Ankara 2016, s. 53.

rak sunulan hizmet, sağlık kamu hizmeti içerisinde yer aldığından, idarenin gözetim ve denetim yükümlülüğü devam etmekte ve ayrıca hizmetin aksamamasından kaynaklanan zararlarda idarenin sorumluluğuna gidilebilmektedir.<sup>58</sup> 6428 sayılı Kanun'un 4. maddesi idareye, sözleşmecî kişi tarafından yapılan yapım, bakım, onarım gibi konularda denetimi yanında yükleniciye bırakılan hizmetlerin denetimini de öngörmektedir. Ancak bunun yanında yükleniciye, sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği zararlardan sorumlu olduğunu hüküm altına almaktadır. Burada sağlık hizmetinin sunucusu idare olduğundan ve özel hukuk kişinin idari yargıda davalı olamayacağından ve aynı olaya ilişkin olarak iki farklı yargı kolunda iki farklı tüzel kişiliğe karşı dava açılması da mümkün olmadığından davada muhatap Sağlık Bakanlığı'dır. İdare tarafından zararın tazmin edilmesinden sonra kusuru oranında yükleniciye rücu edilmelidir. Dolayısıyla kamu özel iş birliği çerçevesinde yapılan sözleşmeye istinaden özel kişinin hastane yapımı ve sağlayacağı diğer hizmetlerin denetiminden idarenin sorumluluğunun yanında, sağlık hizmetinin bizzat yürütülmesinden de sorumluluğu mevcuttur.

### C. Sağlık Hizmetlerinin Ruhsat Usulü ile Görülmesi

İdare ruhsat usulüyle sağlık kamu hizmetini özel kişilere gördürebilmektedir.<sup>59</sup> Özel hastaneler, Hususi Hastaneler Kanunu'nun 3. maddesine göre Sağlık Bakanlığı'nın izni ile kurulmaktadır. Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 5/2. fıkrası uyarınca özel hastaneler, yirmi dört saat süreyle sürekli ve düzenli olarak, bir veya birden fazla uzmanlık dalında hastalara ayakta ve yatırarak muayene, teşhis ve tedavi hizmeti veren kuruluşlardır.<sup>60</sup>

Özel hastaneler, yatarak tedavi hizmeti sundukları için özel sağlık kuruluşlarından ayrılmaktadır. Bu hastanelerin Yönetmelik'te asgari olarak öngörülen bina, hizmet ve personel standartlarını haiz olması zorunludur. Bu standartların hastane ruhsatı alındığında ve faaliyet süresince mevcut olması gerekmektedir. Hususi Hastaneler Kanunu, hastanelerin özellikleri konusunda temel esaslara yer vermiş, Yönetmelik ile de hastanelerin yeri, binanın alt yapısı, bulundurulması zorunlu cihazlar, uzman hekim, hekim, sağlık personeli ve diğer personele kadar ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmiştir. Özel sağlık kuruluşları çeşitli kapsamda sağlık hizmeti sunmaktadır. Sağlık

<sup>58</sup> UM, 2013/1282, K. 2013/1770, KT. 30.12.2013. kararlar.uyusmazlik.gov.tr.

<sup>59</sup> Yargıtay'a göre özel hastane işleteni, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Yargıtay özel hastane işleteni tarafından sunulsa da hizmeti "kamu hizmeti" olarak görmektedir. YHGK, E. 2004/13-291, K. 2004/370, KT. 23.06.2004 (Legalbank).

<sup>60</sup> Hususi Hastaneler Kanunu'nun 1. maddesine göre "yatırılarak hasta tedavi etmek veya yeni hastalık geçmişlerin zayıfları yeniden eski kuvvetlerini buluncaya kadar sıhhi şartlar içinde beslemek ve doğum yardımlarında bulunmak için açılan ve açılacak olan sağlık yurtları "hususî hastaneler" den sayılır" şeklinde tanımlanmaktadır.



Hizmetleri Temel Kanunu kamu-özel ayrımı yapmaksızın tüm sağlık kuruluşlarına ilişkin temel esasları düzenlese de bunların neler olduğunu saymamıştır. Buna karşılık Hususi Hastaneler Kanunu, Özel Hastaneler Yönetmeliği ve Sağlık Uygulama Tebliği'nde ve diğer mevzuatta özel sağlık kuruluşlarının hangileri olduğu belirtilmektedir. Özel hastaneler, tıp merkezleri, ağız ve diş sağlığı merkezleri, poliklinikler, muayenehaneler, laboratuvarlar ve diğer sağlık kuruluşlarından oluşmaktadır.

Özel hastanenin açılışından sağlık hizmeti sunulmasına kadarki tüm süreçte Sağlık Bakanlığı ve taşra teşkilatının denetimi söz konusudur. Bu denetim normal kolluk faaliyetinden daha sıkı ve kapsamlı yapılmalıdır. Denetim sonunda şartlara uymayan sağlık kuruluşlarına kanunda öngörülen müeyyideler uygulanmaktadır. İdarenin denetimi şikâyet üzerine olabileceği periyodik ve resen de olabilmektedir. Bu denetimlerde sağlık kuruluşlarının ifa ettiği sağlık hizmeti sunumunun mevzuata uygulanışının yanında etkili verimli ve kaliteli yerine getirilip getirilmediği de denetlenmektedir.<sup>61</sup> Diğer bir ifade ile kullanılan tıbbi cihazların uygun olması, polikliniklerden ameliyathanelere kadar her odanın sağlık hizmetini sunmaya elverişli olarak oluşturulmasını istihdam edilen sağlık personelinin mevzuatta yer alan şartları taşıması gerekmektedir.

Özel sağlık kuruluşlarının sunduğu sağlık hizmetlerinden faydalanan kişiler ile bu kuruluşlar tedavinin niteliğine göre de özel hastane ve hekim ile hasta arasında farklı sözleşme ilişkisi kurulmaktadır.<sup>62</sup> Örneğin hekimin tıp bilimi çerçevesinde teşhis ve tedavide bulunması karşılığında hastadan bir bedel alması sebebiyle vekalet sözleşmesi<sup>63</sup> ya da estetik amaçlı yapılan cerrahi müdahalede bir eser sözleşmesi yapıldığı kabul edilmektedir.<sup>64</sup> Hastane ile hasta arasında ise hastaneye kabul sözleşmesi yapılmakta ve vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmaktadır.<sup>65</sup> Hekim ya da hastanenin sorumluluğu da haksız fiil veya sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>66</sup>

#### D. Sağlık Hizmetlerinin Sağlık Kuruluşları Arasında İşbirliği ile Görülmesi

Sağlık hizmetlerinin klasik usullerde görülmesi yanında mevzuatta farklı modellere göre yapılabilmesine de imkân sağlamaktadır. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ek 9. madde devlet üniversiteleri ile Sağlık Bakanlığı'na ait hastaneler arası iş birli-

<sup>61</sup> Özel Hastaneler Yönetmeliği md.1.

<sup>62</sup> Ayrıntılı olarak bkz. Canbolat, Ferhat, Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı, TBB Dergisi, Sayı 80, 2009, s. 163 vd.

<sup>63</sup> Y. 13. HD, E. 2016/29696, K. 2019/12880, KT. 19.12.2019; Y. 13. HD, E. 2002/13959 K. 2003/2380, KT. 06.03.2003; Y. 13. HD, E. 2004/6493 K. 2004/15431, KT. 26.10.2004.

<sup>64</sup> Y. 3. HD E. 2018/3044 K. 2018/3032, KT. 11.07.2018. (Kazancı).

<sup>65</sup> Y. 13. HD, E. 2019/4707, K. 2019/11431, KT, 25.11.2019; Özdemir, Gençer, Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu, Ankara 2021, s. 190, 192.

<sup>66</sup> Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, El Kitabı, Ankara 2021, s. 383.

ğini düzenlemektedir. Ek 15. maddesi ise vakıf üniversitesi ile özel hastane arasındaki iş birliğini mümkün kılmaktadır. Buna göre özel hastaneler ve vakıf üniversitesi hastaneleri, Devlet üniversitesi ile Sağlık Bakanlığı arasında protokol yaparak işbirliği ile sağlık hizmeti sunulabilmektedir. Bunun yanında uluslararası sağlık turizmi kapsamında kamu vakıf ve özel hastaneler arasında iş birliği de yapılabilmektedir. Afiliasyon olarak ifade edilen bu iş birliği modelleri<sup>67</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından da Anayasa'ya uygun bulunmaktadır.<sup>68</sup> Ayrıca Yükseköğretim Kanunu md.37 hasta muayenesi ve tedavisini de kapsayan uygulama alanında üniversiteler arasında yardımlaşmayı öngörmekte ve sağlık hizmeti bu kapsamda birlikte sunulabilmektedir.

#### IV. Sağlık Hizmetlerinin İşbirliği Çerçevesinde Yerine Getirilmesi ve İdarenin Sorumluluğu

Bu modelde Sağlık Bakanlığı'nın içinde yer aldığı devlet tüzel kişiliği ile üniversite ayrı kamu tüzel kişiliğe sahip olduğundan birlikte kullanım nedeniyle kendi sorumluluk alanına göre zararı tazmin edecektir. Ancak birlikte kullanım için sayılan konulara bakıldığında içi içe geçmiş bir sağlık hizmeti sunumu söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda Sağlık Bakanlığı ya da üniversiteden hangisinin sorumlu olduğunu ayırt etmek çok da kolay değildir. Bu nedenle her ikisinin de müştereken sorumluluğuna gidilmelidir. Sağlık hizmetinden yararlanan kişinin zararı tazmin edildikten sonra kendi iç işleyişinde kimin hangi oranda kusurlu olduğu tespit edilerek genel hükümlere göre rücu imkânı bulunmaktadır. Buna karşılık kamu-özel iş birliği ve sağlık turizmi bağlamında iş birliğinde karma bir hukuki rejim bulunmaktadır.

##### A. Devlet Üniversitesi ile Sağlık Bakanlığı'na Ait Hastanelerin İşbirliği

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları ile devlet üniversiteleri ile yapacakları protokol ile afiliasyon olarak ifade edilen birlikte kullanım ve/veya iş birliği imkanı tanımaktadır. SHTK Ek 9/1. fıkraya göre “*Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı sağlık tesisleri ile üniversitelerin tıp ve dış he-*

<sup>67</sup> Ayrıntılı düzenlemeler için bkz. Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik, RG. 4.03.2020, Sy. 31058.

<sup>68</sup> AYM, Anayasa'nın 56. maddesine dayanarak: “*Belirtilen madde uyarınca sağlık kurum ve kuruluşlarının kurulması ve işletilmesi bu esas içerisinde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecektir. Sağlık Bakanlığı, sağlık ve yardımcı sağlık personelinin yurt düzeyinde dengeli dağılımını sağlamak üzere istihdam planlaması yapmak zorundadır. Bakanlık görevini yerine getirirken üniversitelerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kamu kurum ve kuruluşlarının imkânlarından da yararlanacaktır. Sağlık hizmetlerinin yurt çapında istenilen seviyeye ulaştırılması amacıyla; bakanlıklar seviyesinden en uçtaki hizmet birimine kadar kamu ve özel sağlık kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında koordinasyon ve iş birliği yapılabilir. Sağlık kurum ve kuruluşları, coğrafik ve fonksiyonel hizmet alanları, verecekleri hizmetler, yönetim, hizmet ilişkisi ve bağlantıları gibi konularda tespit edilen esaslara uymak ve verilen görevleri yapmakla yükümlüdürler*”. AYM, E. 2012/103, K. 2013/105, KT. 03.10.2013, <http://www.kararlar.yeni.anayasa.gov.tr>.

*kimliği alanında lisans ve uzmanlık eğitimi veren kurumları; eğitim, araştırma ve sağlık hizmeti sunumu için insan gücü, mali kaynak, fiziki donanım, bina, tıbbi cihaz ve diğer kaynakları karşılıklı olarak aşağıdaki usul ve esaslara göre birlikte kullanılabilir. Ancak, büyükşehir olan iller dışındaki illerde eğitim ve araştırma hizmetleri, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanesi veya üniversite sağlık uygulama ve araştırma merkezlerinden yalnızca biri tarafından verilebilir. Bu illerde Bakanlık ve bağlı kuruluşları ile üniversiteler, tıp lisans eğitimi ve/veya tıpta uzmanlık eğitimi için ortak kullanım ve iş birliği yapar”.*

Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere devlet üniversiteleri ile Sağlık Bakanlığı'na ait hastaneler arasında protokol yapılarak hem ortak kullanım hem de iş birliği olmak üzere iki şekilde faaliyette bulunabilmektedirler.<sup>69</sup> Yönetmeliğin<sup>70</sup> md.4/1-c bendine göre birlikte kullanım Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık tesisleri ile üniversitelerin tıp ve diş hekimliği alanında lisans ve uzmanlık eğitimi veren kurumlarının eğitim, araştırma ve sağlık hizmeti sunumu için insan gücü, mali kaynak, fiziki donanım, bina, tıbbi cihaz ve diğer kaynaklarının imzalanacak protokol çerçevesinde birlikte kullanılması olarak ifade edilmektedir. İş birliği ise md.4/1-ğ bendinde; Sağlık Bakanlığı'na bağlı sağlık tesisleri ile üniversitelerin ilgili birimlerinin görev ve hizmetlerinin etkin ve verimli yürütülmesi, ortak gaye ve menfaatlerinin gerçekleştirilmesi için döner sermayeleri ayrı olmak üzere sağlık hizmeti sunumu, eğitim, araştırma, halk sağlığını geliştirme ve kurumların diğer faaliyet alanlarında imzalanacak protokol çerçevesinde tarafların birlikte hareket etmesi, yardımlaşması ve çalışması olarak tanımlanmaktadır.

SHTK Ek Madde 9/3. fıkra uyarınca fakülte içinden ya da dışından personelle sözleşme yapılabilme imkânı tanımaktadır. 4. fıkraya göre üniversitelerin sağlık uygulama ve araştırma merkezleri ile ağız ve diş sağlığı uygulama ve araştırma merkezlerinin uygulamaları üniversiteler tarafından işletilen hastanelerde ve sağlık tesislerinde veyahut üniversitelerin birlikte kullanım protokolü imzaladığı hastanelerde veya sağlık tesislerinde yapılabilir. 5. fıkraya göre eğitim işleri dekanın sorumluluğunda yerine getirilmekte, ancak birlikte kullanıma geçilen sağlık tesisleri, Bakanlığın tâbi olduğu mevzuat uyarınca işletilir ve tesis, üniversitenin görüşü alınarak Bakanlıkça atanan başhekim tarafından yönetilir.

SHTK Ek Madde 9/11. fıkra iş birliğini düzenlemektedir. Buna göre Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının sağlık tesisleri ile üniversitelerin sağlık bilimleri eğitimi veren birimleri arasında, döner sermayeleri ayrı olmak suretiyle sağlık hizmeti sunumu, eğitim, araştırma, halk sağlığını geliştirme ve kurumların diğer faaliyet alanlarında iş birliği yapılabilir.

<sup>69</sup> Çakır, s. 518.

<sup>70</sup> Sağlık Bakanlığına Ait Kurum ve Kuruluşlar ile Devlet Üniversitelerinin İlgili Birimlerinin Birlikte Kullanımı ile İşbirliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik.

Birlikte kullanım veya iş birliği çerçevesinde sağlık hizmetinden faydalanan kişilerin uğradığı zararlarda sorumluluğun kime ait olacağı konusunda ayrı incelemekte fayda bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı ve devlet üniversitesi hastanelerinin iş birliğine dayanarak sundukları sağlık hizmetlerinden doğan zararlarda sorumluluğun belirlenmesinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Her iki tarafın kamu kuruluşu olması sebebiyle idari yargıda idarenin sorumluluğu cihetine gidilecektir.

Afiliasyon yoluyla sağlık hizmeti sunumunda SHTK Ek Madde 9/3. fıkraya uyarınca fakülte dışından sözleşme yaparak istihdam edilen sağlık personelinin verdiği zararlardan da iş birliği yapan sağlık kuruluşları birlikte sorumludur. Ayrıca sözleşmeyle istihdam edilen personelin hak sorumluluk ve yükümlülükleri bağlamında DMK'ye atıfta bulunduğu ve idari sözleşmenin unsurlarını bünyesinde barındırdığından idari hizmet sözleşmesidir ve bu hizmeti sağlayan personel kamu görevlisidir. Ancak iş birliği ve birlikte kullanım ile sağlık hizmeti sunulduğunda Sağlık Bakanlığı bağlı kuruluş ya da üniversiteden hangisinin sorumluluğuna gidileceği konusunda tereddüt yaşanabilecektir. SHTK Ek Madde 9/5. fıkrada yer alan sağlık tesislerinin işletilmesi hususunda Sağlık Bakanlığı mevzuatının işletileceği hükmü yanında Yönetmelik'in 9. maddesi benzer bir hüküm içermekte ve ayrıca *“Sağlık tesisindeki her türlü sağlık ve destek hizmeti, üniversite personelinin sağlık hizmeti sunumu da dâhil olmak üzere Başhekimin sorumluluğundadır. Başhekim, eğitim ve sağlık hizmetlerinin aksamadan ve verimli şekilde yürütülmesi için ilgili mevzuat çerçevesinde her türlü tedbiri almakta yetkilidir ve bu konuda Dekan ile iş birliği içinde çalışır.”* hükmüyle sağlık hizmetinden sorumluluğun bakanlıkça atanan başhekime ait olduğu belirtilmektedir.<sup>71</sup> Bu hükme göre Bakanlık'a hasım olarak gösterilmesi söz konusu olabilese de sağlık hizmetinin müştereken yerine getirilmesi her iki kurum bünyesindeki personelin birlikte çalışması ve kişisel kusur sebebiyle rücnun gerekli olduğu durumlar da göz önünde bulundurulduğunda üniversite ile birlikte hasım gösterilmesinde fayda bulunmaktadır.<sup>72</sup>

## B. Vakıf Üniversitesi ile Özel Hastane İş Birliği

Vakıf üniversitesi ile özel hastane iş birliği SHTK Ek 15. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre *“Tıp ve/veya diş hekimliği fakültesi bulunan ancak sağlık uygulama ve araştırma merkezi bulunmayan veya sağlık uygulama ve araştırma*

<sup>71</sup> Yönetmelik md.4/1-b: *“Başhekim: Birlikte kullanım protokolü bulunan sağlık tesisinin, ilgili üniversitenin görüşü alınarak profesör veya doçent unvanını haiz veyahut doktor öğretim üyesi veya eğitim görevlisi kadrosunda bulunan tabiplerden Bakanlıkça atanan başhekimini; aynı yerleşke içinde birden fazla hastane bulunması durumunda bu hastanelerin müşterek yönetimi için görevlendirilmiş koordinatör başhekimini”* ifade eder.

<sup>72</sup> *“...davacının cezaevi olaylarında kolundan yaralanması ve hastanede kusurlu tedavi iddialarıyla ilgili olarak herbir bakanlık yönünden hizmet kusuru araştırılmalıdır.* D. 10. D. E. 2614/1340, KT 25.2.2009.

*merkezinde yeterli kapasite ve eğitim altyapısı bulunmayan vakıf üniversiteleri; tıp ve dış hekimliğinde lisans eğitimi, tıp, dış hekimliği ve eczacılıkta uzmanlık eğitimi ile araştırma faaliyetleri için yeterli kapasite ve eğitim altyapısı bulunan özel hastaneler ile bütçeleri ayrı olmak şartıyla iş birliği yapabilir.”* Burada fiilen görev yapacak olan üniversite öğretim elemanları, ilgili dekan ve hastane yöneticisinin talebi üzerine rektör tarafından görevlendirilir. Görevlendirilen üniversite personeline kendi mevzuatı uygulanır. Ayrıca iş birliği yapılan özel hastane, öğretim üyelerinin faaliyetleri ve üniversitenin eğitim ve araştırma işlevleri dışında kendi mevzuatına tabi olmaya devam edeceği açıkça düzenlenmiştir.

Devlet üniversiteleri ile Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastaneler arasında hem birlikte kullanım hem de iş birliği mümkün iken, vakıf üniversiteleri ve özel hastaneler için Kanun'da iş birliği imkânı öngörülmekte birlikte kullanım ise düzenlenmemektedir. Vakıf üniversiteleri ile Özel Hastanelerin İşbirliği Usul ve Esasları da benzer şekilde sadece iş birliğinden bahsetmektedir. Buna karşılık iş birliği hem eğitim hem de sağlık hizmetlerinin sunulmasına ilişkin olarak yapılabilir. Bu iş birliği idari sözleşme niteliğine sahip protokol ile yapılmaktadır.<sup>73</sup> Bu iş birliği ile vakıf üniversitesi eğitim öğretim ve sağlık hizmeti sunumunda ihtiyaç duyduğu altyapı hizmetlerini özel hastane tarafından sağlanmaktadır.<sup>74</sup> Ayrıca üniversitenin öğretim üyeleri hastanede sağlık hizmeti sunmakta, karşılığında ise SGK'den ve sağlık hizmetlerinden yararlananlardan bir bedel alınmaktadır. Ancak Usul ve Esaslar'ın 6. maddesine göre iş birliği yapılabilmesi vakıf üniversitesinin sağlık uygulama ve araştırma merkezinin olmaması veya varsa bile yeterli kapasite ve eğitim altyapısının olmaması şartına bağlıdır.

Sağlık hizmetlerinin sunulmasında özel hastane ile bu hizmetten faydalanan arasında özel hukuka tabi sözleşme ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla zarar doğduğunda özel hukuk hükümlerine göre giderilir. Ancak SHTK Ek Madde 15/2. fıkra iş birliği yapılan özel hastane, üniversite için sağlık uygulama ve araştırma merkezi kabul edileceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte SHTK Ek Madde 15/3. fıkra özel hastanenin öğretim üyelerinin faaliyetleri ve üniversitenin eğitim ve araştırma işlevleri dışında Özel Hastaneler Yönetmeliği'ne tabi oldukları hüküm altına alınmaktadır. Bu hükümler özel hastane ve kamu hastanesi olan vakıf üniversitesi hastanesi bakımından karma bir hukuki rejim ortaya koysa ve özel hastaneler ruhsat usulüyle çalışsa da sağlık hizmetlerinin sunumu bakımından burada kamu tüzel kişiliği olan vakıf üniversitesi ile bir protokol yapan özel hastane üniversite diğer bir ifadeyle kamu hastanesi niteliğine dönüşmektedir.<sup>75</sup> Özel hastanenin vakıf üniversitesinin eğitim ve araştırma hastanesine dönüşmesi

<sup>73</sup> Özdemir / Seçkin, s. 135; 3 UM, E. 2017/798, K. 2018/29, KT. 29.01.2018, <http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>.

<sup>74</sup> Özdemir / Seçkin, s. 130.

<sup>75</sup> Özdemir / Seçkin, s. 145 vd.

için iş birliği protokolünün usulüne uygun tamamlanması gerekmektedir. Aksi takdirde özel hastane kamu hastanesi niteliğine dönüşmeyeceğinden, özel hastane ve hekimin özel hukuk sorumluluğu devam edecektir. Yargıtay buna ilişkin kararında “Yönetmeliğin “Vakıf Üniversiteleri ile Özel Hastane iş birliği” başlıklı ek. 8 maddesi ve Yüksek Öğretim Kurumu Başkanlığının 19/04/2012 tarih 2012.8.481 sayılı Genel Kurul Kararında ilan edilen “Vakıf Yüksek Öğretim Kurumları ile Özel Hastanelerin İşbirliğine ilişkin Usul ve Esaslar” çerçevesinde ... Üniversitesi ile 17/10/2011 tarihinde imza edilen protokol, YÖK tarafından 25.09.2014 tarihinde uygun bulunmuş ise de, bu kararın YÖK Genel Kurulu tarafından 28.05.2015 tarihinde iptal edilmiş olduğu ve söz konusu protokolün IX. numaralı yürürlük maddesi gereğince protokolün ancak Yükseköğretim Kurulu tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe gireceğinin düzenlendiği, o halde, söz konusu protokolün YÖK tarafından onaylanmadığından yürürlüğe de girmediği anlaşılmıştır.” diyerek hastanenin özel hukuk sorumluluğuna işaret etmiştir.<sup>76</sup>

Usulüne uygun bir şekilde iş birliği sürecinin tamamlanmasından sonra kamu hastanesi niteliğine dönüşen özel hastanede tıbbi teşhis ve tedaviden kaynaklanan zararlarda kamu hastanesi için geçerli olan idarenin sorumluluğu ilkeleri uygulanacaktır. Özel hastane kadrosundaki hekimlerin sunduğu ya da öğretim üyesi hekimlerle birlikte sunduğu sağlık hizmetlerden ve ayrıca vakıf üniversitesi hastanesine dönüşen özel hastanenin sunduğu sağlık hizmetlerinin bütün olarak idari yargıda idarenin sorumluluğu yoluna gidilmelidir.<sup>77</sup> Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi “aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez.”<sup>78</sup> Aksi durum yargılamamanın bütünlüğünü bozacaktır.<sup>79</sup>

### C. Uluslararası Sağlık Turizmi Kapsamında İşbirliği

Diğer bir iş birliği modeli ise uluslararası sağlık turizmi kapsamında yapılan iş birliğidir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un md.12/4. fıkrası bunu hüküm altına almış ve Uluslararası Sağlık Turizmi ve Turistin Sağlığı Hakkında Yönetmelik ile iş birliğinin kapsamı ve ayrıntıları düzenlen-

<sup>76</sup> Y. 13. HD, E. 2019/3633, K. 2019/8383, KT. 17.9.2019. (Legalbank).

<sup>77</sup> İstanbul 6. İM, E. 2018/244, K. 2019/2457; İstanbul 7. İdare Mahkemesi E. 2015/1008, K. 2018/34; İstanbul BAM 18. HDB, E. 2019/1114 K. 2019/1028; nakleden Özdemir / Seçkin, s. 155.

<sup>78</sup> AYM, E. 2011/35, K. 2012/23, KT. 16.2.2012, RG. 19.5.2012, Sy. 28297.

<sup>79</sup> Yargıtay’a göre “Diğer davalı doktorlar ... ve ...’ün; SGK kayıtlarına göre ameliyat tarihi itibarıyla Özel ... Park ... hastanesi çalışanı oldukları, davalı Dr. ...’ün ise ameliyat tarihi itibarıyla SGK kayıtlarına göre çalışmıyor olması bilgisi karşısında; bu davalılar hakkında gerekçede gösterildiği üzere davacı ...’in tedavisi sırasında ... Üniversitesi Tıp Fakültesinde öğretim üyesi olarak görev yaptığı ve kamu görevlisi sıfatını taşıdıkları da doğru değildir”. Y. 13. HD, E. 2019/3633, K. 2019/8383, KT. 17.9.2019 (Legalbank).



miştir. Buna göre sağlık tesisi ruhsatına sahip olan ve Bakanlıkça uluslararası sağlık turizmi yetki belgesi verilen kamu, üniversite ve özel sağlık kurum ve kuruluşu arasında iş birliği yapılabilmesi imkânı tanınmaktadır.<sup>80</sup> Madde ilgili kanunlardaki sınırlamalara tabi olmadan bakanlık ve üniversitenin yapacağı iş birliği protokolü ile hekimlerin bakanlık veya üniversite hastanelerinde çalışması mümkündür. Buna karşılık Sağlık Bakanlığı veya devlet üniversiteleri personeli, özel sağlık kuruluşu ve vakıf üniversitelerine ait sağlık kuruluşlarında uluslararası sağlık turizmi iş birliği kapsamında sağlık hizmeti sunmasına izin verilmemektedir.<sup>81</sup>

Uluslararası sağlık turizmi kapsamında yapılan sağlık hizmeti sunumunda bu hizmetten faydalanan kişilerin zarar görmesi durumunda sorumluluğun hangi hukuk rejimine göre belirleneceği önem taşımaktadır. Sağlık turizmi bağlamında sunulan sağlık hizmeti nitelik itibarıyla farklılık arz etmektedir. Sağlık kuruluşları ve aracı kuruluşlar ile sağlık hizmetinden faydalanmak isteyen “sağlık turistleri” arasında özel sözleşme ilişkisine dayanan bir hukuki ilişki bulunmaktadır.<sup>82</sup> Dolayısıyla gerek kamu hastaneleri arasındaki iş birliğinde gerekse özel hastane ve vakıf üniversiteleri arasındaki iş birliğinde, hasta veya aracı kuruluşlar ile aralarında ücret karşılığı sağlık hizmetinden faydalanmayı amaçlayan bir özel hukuk ilişkisi kurulmaktadır.

Uluslararası sağlık turizmi iş birliğinde, kamu hastaneleri ile devlet üniversite hastaneleri birlikte sağlık hizmeti sunumu yapabilmektedir. Bu hastanelerden her iki tarafında kamu kurumu olmakla birlikte sözleşme ilişkisine dayalı olarak sağlık hizmeti sunduğundan sağlık turisti tüketici olarak bundan faydalanmaktadır. Her ne kadar kamu hastanesinde sunulan hizmetten faydalanma sözleşme ilişkisine dayanmasa da yukarıda yer alan hükümlere bakıldığında sağlık turizmi iş birliği modelinde kazanç getirici amaçla bir nevi ticari faaliyette bulunmaktadır.<sup>83</sup> Dolayısıyla bu iş birliği modelinde hasta ile hastane arasında sözleşme ilişkisi kurulduğundan ve hizmet karşılığında bir ücret ödendiğinden hastanın uğradığı zararlar özel hukuka göre adli yargıda giderilecektir. Buna karşılık sağlık turizmi kapsamında bulunmayan bir turist Türkiye’de bulunduğu süre içinde sağlık hizmetinden faydalaniyorsa bu durumda kamu hizmeti kapsamında hastanenin bir faaliyeti bulunmaktadır. İkili anlaşmalar ile de bu hizmetten istifade eden turistler ücretini ödeyip ülkelerinden geri alabilecekleri gibi vatandaşı oldukları ülkenin sağlık sigortasına ilişkin belgeleri hazırlayarak ücret ödmeden de bu hizmetten faydalanabilmektedir. Bu durumda SGK, ilgili ülke sigortasından ücreti talep etmektedir.

<sup>80</sup> Yönetmelik md.4/1-ğ vd.

<sup>81</sup> Özdemir / Seçkin, s. 121.

<sup>82</sup> Uyanık Ayfer, Estetik Sağlık Turizmi Hukuku, TıpHD, Sy. 19, Y. 2021, s. 24.

<sup>83</sup> Gökcan, s. 1087; Özdemir, Tıbbi Müdahale, s. 408.

Kamu tüzel kişiliğini haiz vakıf üniversiteleri ile özel sağlık kuruluşlarının iş birliğinde gerçekleşen sağlık hizmeti sunumunda özel bir durum bulunmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere vakıf üniversitesi ile bir protokol yapan özel sağlık kuruluşu, üniversite için sağlık uygulama ve araştırma merkezi kabul edilmekte ve üniversite hastanesine dönüşmektedir. Ayrıca vakıf üniversitesinin sağlık uygulama ve araştırma merkezi olmaması veya yetersiz olması durumunda iş birliği yapılabilmektedir. Uluslararası sağlık turizminde ise sağlık tesisleri alacakları yetki belgesinden sonra bütçeleri ayrı olmak şartıyla iş birliği yapılabilmektedir. Bu modelde özel sağlık kuruluşu ile vakıf üniversitesinin kendi sağlık tesisi bulunmaktadır. Her ne kadar vakıf üniversitesi ile özel sağlık kuruluşunda ayrı bütçe olsa da iş birliği bağlamında hastane ortak kullanılabilir ve hekimler her iki hastanede de teşhis ve tedavi yapabilmektedir. Özel hastane kadrosunda bulunan hekimin kamu hastanesi niteliğini haiz vakıf üniversitesi hastanesinde teşhis ve tedavi yapabilmesi ya da vakıf üniversitesi kadrosunda bulunan hekimin özel hastanede teşhis ve tedavi etmesi söz konusu olabilmektedir. Ancak vakıf üniversitesi özel hastane iş birliğinde sunulan sağlık hizmetinde de “*sağlık turisti*” aralarında özel hukuka dayanan tüketici ilişkisi bulunmaktadır. Sağlık turistinin uğradığı zararlardan dolayı özel hukuk kurallarına göre adli yargıda dava açılabilir.

## V. Hekimlerin Kamu ya da Özel Sektörde Çalışmaları ve İdarenin Sorumluluğu

Hekimlerin çalışması konusunda 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 12. maddesi farklı imkanlar öngörmektedir. Hekimler, sanatını icra etmek üzere bir muayenehane açarak serbest meslek icrasında bulunabileceği gibi özel sağlık kuruluşlarında çalışabilmektedirler. Bunun yanında Sağlık Bakanlığı’nca yapılan istihdam planlamaları çerçevesinde Kanun’un md.12/2 hükmünün her bir bendi kapsamında olmak ve ticaret ve kazanç getirici faaliyette bulunma yasağını düzenleyen DMK md.28 ve diğer mevzuat saklı kalmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda çalışabilme imkânı da bulunmaktadır. Buna göre:

*“a) Kamu kurum ve kuruluşları.*

*b) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversiteleri.*

*c) Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kurum ve kuruluşları, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri, serbest meslek icrasında bulunabileceklerdir”.*



Ayrıca md.12/3. fıkraya göre mesleğini serbest olarak icra edenler, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumundan talep edilmemek kaydıyla, (b) bendi kapsamında sayılan sağlık kuruluşlarında da hastalarının teşhis ve tedavisini yapabilir. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve yöneticilik görevi bulunmayan tabipler ile aile hekimleri, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere iş yeri hekimliği yapabilir.

Dolayısıyla ilgili tabip odasına kayıtlı bir hekim serbest olarak sanatını icra etmek üzere muayenehane ya da diğer sağlık kuruluşlarını açabilir ve kamu ya da özel sağlık kuruluşlarında çalışabilir. Ancak bunun dışında serbest veya özel sağlık kuruluşlarında çalışan hekimlere kamuda, kamuda çalışan hekimlere de özel sağlık kuruluşlarında teşhis ve tedavi imkânı ile birlikte çalışma imkânı da tanınmaktadır.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği 63. maddesine göre “*Özel hastane bulunmayan yerlerde yataklı tedavi kurumları dışındaki serbest uzman tabipler, acil müdahaleyi gerektiren vak’alarda kurumun o şubede uzmanı olmadığı takdirde, ameliyat ve tedavilerini kendileri yapmak kaydıyla özel hastalarını yatırabilirler*”. Bu takdirde teşhis ve tedaviye ait bütün sorumluluklar hastayı yatıran tabibe aittir. *Bu şekilde yatırılacak hastaya yapılacak işlemler ve hasta ücretleri bu yönetmelik ve yataklı tedavi kurumlarının diğer ilgili mevzuatına tabidir.*

## A. Kamu Görevlisi Olan Hekimlerin Serbest Meslek İcrası ve İdarenin Sorumluluğu

### 1. Üniversite Öğretim Üyelerinin Özel Muayenehanesi

Yükseköğretim Kanunu’nda 5947 sayılı “Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”<sup>84</sup> ile yapılan değişiklikle öğretim üyeleri için kısmi çalışma statüsüne son verilmiş ve tam gün çalışma esası getirilmiştir. Kanun ve daha sonra yapılan değişiklikler için Anayasa Mahkemesi’nde tam gün ile ilgili bazı hükümlerin iptali istenmiş ve söz konusu düzenlemelerin bir kısmı iptal edilmiştir.<sup>85</sup> 2547 sayılı Kanun’un 36.

<sup>84</sup> RG, 30.01.2010, Sy. 27478.

<sup>85</sup> 5947 sayılı kanundan sonra 650 sayılı KHK ile yeni bir düzenleme yapılmış bu da Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Daha sonra ise 6514 sayılı Kanun ile tekrar bir düzenleme yapılmıştır. Geçici 64. madde ile “*Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla mesai saatleri dışında serbest meslek faaliyetinde bulunmakta veya özel kuruluşlarda çalışmakta olan öğretim üyeleri, bu maddenin yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde bu faaliyetlerini sona erdirir; bu süre içinde sona erdirmeyen öğretim üyelerinin üniversiteyle ilişkileri kesilir*” hükmü getirilmiş bu hüküm Anayasa Mahkemesi’nin 07/11/2014 tarih ve E: 2014/61, K: 2014/166 sayılı kararı ile iptal edilmiştir (RG. 19.6.2015, Sy. 29391). Daha sonra, 2547 sayılı Kanun’a 6569 sayılı Kanun’un 32. maddesi ile geçici 70. madde eklenmiştir. Buna göre; “*... Bunlardan belirtilen faaliyetlerini sona erdirmek isteyenler, 31/12/2014 tarihine kadar bu konudaki iradelerini görevli oldukları kurum yönetimlerine bildirirler ve bunların en geç 31/5/2015 tarihine kadar*

Maddesine eklenen tam gün çalışma esasıyla birlikte kanunla DMK 28. maddeye atıfta bulunarak muayenehane açma ve serbest meslek icrasını yasaklamıştır.<sup>86</sup>

Ancak hem Anayasa Mahkemesi hem de Danıştay, 6514 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği<sup>87</sup> 18.01.2014 tarihine kadar geçen süreçte serbest meslek icra etme hakkı olan öğretim üyelerinden, serbest meslek icra etmekte olanların ile serbest meslek icra etmeyenler mesai saatleri sonrası serbest olarak çalışabilmeleri bakımından hukuksal olarak eşit statüde olduklarını ifade etmektedir. *"Bu nedenle, anılan süreçte serbest meslek icra eden öğretim üyeleri gibi serbest meslek icra etmeyen öğretim üyelerinin de, Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde belirtildiği şekilde "önceki sistemin uygulanacağı ve mesai sonrası serbest olarak çalışabilme statülerinin devam edeceği yönünde" haklı bir beklentileri bulunduğu ve haklı beklentileri korunarak 6514 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra da serbest meslek icra edebileceklerinin hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olan hukuki güvenlik ve hukuki belirlilik ilkeleri gereği kabulü gerekir"*. Dolayısıyla 6514 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen süreçte yükseköğretim kurumunda görev yapan ve bu süreçte muayenehane açma hakkı olan öğretim üyeleri hukuki güvenlik, hukuki belirlilik ve eşitlik ilkeleri gereği 6514 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden sonra da serbest meslek icrasında bulunabilmektedirler.<sup>88</sup>

*bu faaliyetleri sona ermiş sayılır ve çalışma uygunluk belgesi veya izni iptal edilir. Bu süre içinde mali hakları ve ek ödemeleri tam olarak ödenmeye devam olunur. Bu madde kapsamında bulunan öğretim üyelerinden belirtilen faaliyetlerinden dolayı görevi kötüye kullandıkları yargı kararı ile tespit edilenlerin, genel hükümlere göre sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla, serbest meslek veya özel sağlık kuruluşlarında çalışma uygunluk belgesi veya izni iptal edilir".* Bu düzenlemenin 1. fıkrasının birinci cümlesi ve 3. fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa Mahkemesi'nin 22/06/2016 tarih ve E: 2016/13, K: 2016/127 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. (RG, T. 21.09.2016, Sy. 29834). Tam gün serüveni konusunda bkz. Erkal, Atıla, Tam Gün Çalışma Esasın Geçiş Serüveni ve Hekimler ile Öğretim Üyesi Hekimler İçin Mevcut Durum, ERÜHFD. C. VIII, Sy. 2, Y. 2013, s. 326 vd.

<sup>86</sup> *"Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz"*.

<sup>87</sup> Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG, 18.01.2014, Sy. 28886.

<sup>88</sup> D. 10. D, E. 2019/12078, K. 2020/6704, KT. 21.12.2020 (lexpera); D. 10. D, E. 2019/12078, K. 2020/6704 KT. 21.12.2020 (lexpera); D. 10. D, E. 2019/11915, K. 2020/6712, KT. 21.12.2020 (lexpera); D. 10. D, E. 2019/12718, K. 2020/6715, KT. 21.12.2020 (lexpera); Danıştay başka bir kararında 1219 sayılı kanun 12. Maddesi ile 2547 sayılı kanunu (36, 58. Maddeler) birlikte değerlendirerek *"Her iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesinden, davacının, dava konusu işlem tarihinde 2547 sayılı Kanun kapsamında kadrosunun bulunduğu Gazi Üniversitesinde yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmamak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde meslekî faaliyette bulunabilmesi ve muayenehane açmak suretiyle meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır"*. Gerekçesiyle mevzuata uygun bulmaktadır. Danıştay İDDK ise yakın tarihli bir kararında 18.01.2014 tarihinden önce özel muayenehanesi bulu-

Danıştay başka bir kararında 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesi, 2547 sayılı Kanun'un 36 ve 58. maddeleri ile 375 sayılı KHK'nin ek 3. maddesini birlikte değerlendirerek *"Her iki düzenlemenin birlikte değerlendirilmesinden, davacının, dava konusu işlem tarihinde 2547 sayılı Kanun kapsamında kadrosunun bulunduğu Gazi Üniversitesinde yalnızca eğitim ve araştırma faaliyetlerinde bulunmak ve döner sermaye faaliyetleri kapsamında gelir elde edilen hizmetlerde çalışmak kaydıyla mesai saatleri dışında yükseköğretim kurumlarından başka yerlerde meslekî faaliyette bulunabilmesi ve muayenehane açmak suretiyle meslek veya sanatlarını serbest olarak icra edebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır"*.<sup>89</sup> Bu kararda 6514 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarih kıstas alınmadığından bu karara göre kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da muayenehane açma ve serbest meslek icra haklarının bulunduğu sonucu çıkmaktadır.

Üniversite öğretim üyeleri kamu görevlisi olmakla birlikte 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesi uyarınca kendi muayenehanelerinde serbest meslek faaliyeti icra etme hakkına da sahiptirler. Kendi muayenehanelerinde yaptıkları teşhis ve tedavi üniversitedeki görevlerinden bağımsız olarak icra edildiğinden, hasta ile arasındaki özel hukuk ilişkisi bulunmaktadır. Bundan kaynaklanan zararlar doktorun salt kişisel kusurlarına dayanacağından idarenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak muayenehane açma için gerekli koşulları sağlama ve sağlık hizmeti sunumu süresince bunların denetlenmesi idareye ait bir yükümlülük olduğundan denetim nedeniyle sorumluluğu devam etmektedir.<sup>90</sup>

nan öğretim üyeleri ile muayenehanesi bulunmayan öğretim üyelerinin aynı statüde bulunmadıklarına karar vermiştir. Danıştay'a göre *"... somut olayda, statüyü belirleyen husus "hekim olmak" değil, 18/01/2014 tarihi itibarıyla usulüne uygun olarak muayenehane faaliyetinde bulunmaktır. Bu nedenle, yalnızca 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun uyarınca hekimlik yetki ve hakkına sahip olmak ya da 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca profesör, doçent veya yardımcı doçent gibi akademik unvanlara sahip olmak, yalnızca anılan kanunlar kapsamında bir eşit statü oluşturmaktadır. Bu statü, Geçici 64. maddenin iptaline ilişkin yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesinin E: 2014/61 sayılı kararında açıkça vurgulanan hukuken korunması gereken beklentinin doğrudan kabul edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Aksi yorum Anayasa Mahkemesinin gerekçesi ile de bağdaşmayacaktır, zira kararda, haklı beklenti her hekim için değil yargı kararları sonucu var olan durumun devamı yönünde beklentiyle planlama yapan hekimler için kabul edilmiştir. Bu haliyle, Anayasa Mahkemesinin anılan kararına göre, ancak 18/01/2014 tarihi itibarıyla usulüne uygun olarak muayenehane açmak suretiyle serbest meslek icra eden öğretim üyelerinin haklı beklentilerinin varlığından söz edilebileceğinden, yine ancak bu öğretim üyelerinin beklentilerinin korunması gerekmektedir. Bu durumda, 18/01/2014 tarihi itibarıyla öğretim üyelerinin, aynı akademik unvanında olmaları, her anlamda eşit statüde oldukları anlamına gelmediği gibi bu uyumsuzluk bağlamında da yukarıda belirtildiği üzere eşit statüde oldukları kabul edilemeyeceğinden, 18/01/2014 tarihi itibarıyla muayenehane faaliyetinde bulunmayan ve 2547 sayılı Kanun'un 36. maddesi uyarınca muayenehane açması hukuken mümkün olmayan davacı hakkında tesis edilen dava konusu işlemden Anayasa'nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine ve hakkaniyete aykırı bir yön de bulunmamaktadır"*. DİDDK, E. 2021/1178, K. 2021/1410, KT. 07.07.2021.

<sup>89</sup> D. 15. D, E. 2017/1313, K. 2018/1193, KT. 06.2.2018 (Legalbank).

<sup>90</sup> Avcı, s. 128.

Üniversite öğretim üyesi muayenehanesinde yaptığı teşhis ve tedavi süresince, röntgen, kan tahlili, tomografi gibi verilere ihtiyaç duyması ve muayenehanesinde bu tür tıbbi cihazlar olmaması sebebiyle kamu hastanesine yönlendirilmesi ve buralardan temin edilmesi gerekebilmektedir. Bu durumda kamu hastanesinde elde edilen verilerin hatalı olması ve buna istinaden muayenehanede teşhis ve tedaviye devam edilmesi sebebiyle ortaya çıkan zararlardan öğretim üyesi hekimin ve hastanenin sorumluluğu devam edecektir. Hastane hizmetin kötü işlemesi,<sup>91</sup> hekim ise verilerin doğruluğuna ilişkin teyit ettirmemesi sebebiyle özen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden<sup>92</sup> sorumlu olacaktır.

Üniversitede kişilerin özel ücret karşılığında öğretim üyeleri tarafından teşhis ve tedavi edilmesi de söz konusu olmaktadır. Bu durumda sağlık hizmeti üniversite hastanesi tarafından yerine getirilmekte, ancak bu alanda uzman öğretim üyelerinden doğrudan hizmet almak isteyen hastalar belli bir ücret ödemektedirler. Bu ücret 2547 sayılı Kanun'un 58. maddesine göre döner sermaye hesabına girmekte ve üniversite belli bir pay almakta geri kalan ise ilgili öğretim üyesine ödenmektedir. Ödenen ücret karşılığında bir tedavi yapılırsa da bu hastanenin tıbbi cihaz ve personeli ile yerine getirilmekte, kamu hastanesi tarafından sunulan bir kamu hizmeti söz konusu olmaktadır.<sup>93</sup> Bu sebeple, söz konusu hizmet nedeniyle bir zarar doğarsa idare hukuku kuralları çerçevesinde idarenin sorumluluğuna gidilecektir.

Diğer serbest çalışan hekimlerde olduğu gibi Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 63. maddesi uyarınca kamu hastanesine hasta yatırması durumunda ise tüm sorumluluğun hekime ait olması, hasta ile arasında sözleşme ilişkisi olması sebebiyle zarardan da özel hukuk çerçevesinde kendisi sorumluluk söz konusu olacaktır. Ancak hekimin tıbbi müdahalesinde kamu hastanesinin yardımcı personelinin katılması durumunda kamu personelin kusuru oranında idare de sorumlu tutulabilecektir.<sup>94</sup>

## 2. Sağlık Bakanlığı ve Diğer Kamu Kurumlarında Çalışan Hekimlerin Özel Muayenehanesi

Üniversite öğretim üyeleri gibi Sağlık Bakanlığı ve diğer kamu kurumunda çalışan hekimler kamu görevlisidir. Hekimler kamuda yukarıda ifade edildiği üzere memur olarak, sözleşmeli olarak ve hizmet alımı yoluyla istihdam edi-

<sup>91</sup> D. 15. D, E. 2013/3669, K. 2014/760, KT. 17.02.2014 (Legalbank); D. 10. D, E. 2003/3146, K. 2006/5850, KT. 20.10.2006 (Legalbank); D. 10. D, E. 2019/6294, K. 2020/1009, KT. 9.3.2020(Lexpera).

<sup>92</sup> Y. 13. HD, E. 2018/3376, K. 2018/7454, KT. 28.06.2018 (Legalbank).

<sup>93</sup> Kaplan, Gürsel, İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler", Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 19, Kitap: 1, s. 173 vd.

<sup>94</sup> Gökcan, s. 1134.

lebilmektedir. 2368 sayılı Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun'un 4. maddesinde öngörülen şartlar uyarınca, özel kanunlar izin verdiği sürece mesleklerini ayrıca serbest olarak icra etmelerine imkan tanı-maktaydı.<sup>95</sup> Kamuda çalışan hekimlerin serbest çalışmasının dayanağı özel kanunlar olmakla birlikte, Bu Kanun, 5947 sayılı Kanun'un 19. maddesinin (a) bendi ile yürürlükten kaldırıldığından üniversite öğretim üyeleri dışındaki kamu görevlisi hekimlerin serbest meslek icrası da son bulmuştur.<sup>96</sup> Memur sta-tüsüne sahip hekimler ve idari hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen hekimler DMK 28. madde hükümlerine tabi olduğundan muayenehane açmamakta ve serbest çalışmamaktadır.<sup>97</sup>

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na göre hizmet alımı yoluyla istihdam edilen hekimlerde asıl işveren idare, alt işveren ise yüklenicidir.<sup>98</sup> Ancak, İş Kanunu'nun öngördüğü biçimde bir asıl işveren- alt işveren ilişkisinden oluşmamakta, asıl işveren olarak idarenin başlangıçtan itibaren işçinin işvereni olduğu kabul edil-mektedir.<sup>99</sup> İdare ile yüklenici veya hekim arasında özel hukuk sözleşmesi bu-lunmaktadır. Bu sözleşmede hekimin ayrıca muayenehane açma ve çalışmasına ilişkin hüküm bulunması durumunda, serbest çalışması önünde bir engel bulun-mamaktadır. İhale dokümanı ve sözleşmelerin KİK tarafından tip sözleşme ola-rak düzenlendiğinden bu şekilde bir imkân tanınması zor görünmektedir. Buna karşılık kamu hizmeti sunumunda hizmet alımı ile istihdam edilen doktorun ver-diği zararlarda kamu hizmetinin asıl sahibi olan idare sorumludur.

<sup>95</sup> D. 12. D, E. 2008/7233, K. 2010/6275, KT. 14.12.2010 (Legalbank).

<sup>96</sup> "1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yapılan değişiklikler, yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararı birlikte değerlendirildiğinde; tabipler, diş tabipleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların, 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin 2. fıkrasının her bir bendi kapsamında olmak kaydıyla birden fazla sağlık kurum ve kuruluşunda mesleklerini icra edebileceği; anılan Kanun'un 12. maddesinin 2. fıkrasında yer alan (a), (b), ve (c) bentlerinde belirtilen sağlık kurum ve kuruluşları arasında meslek icrası açısındandır geçişin mümkün olmadığı, farklı bentlerde yer alan sağlık kuruluşlarında aynı zamanda çalışılamayacağı sonucuna varılmakla, bu bağlamda, 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendi kapsamında kamuda görev yapan hekimlerin (üniversite öğretim üyeleri hariç) muayenehane açmaları ya da aynı fıkranın (b) ve (c) bentlerinde belirtilen özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde çalışmalarını hukuken mümkün değildir". D. 15. D, E. 2019/1, K. 2019/407, KT. 6.2.2019 (Lexpera).

<sup>97</sup> Buna karşılık işyeri hekimi olarak çalışabilirler. İSGK md.8/8. hükmüne göre: "Kamu sağlık hizmetlerinde tam süreli çalışmaya ilişkin mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla, işyeri hekimlerinin ve diğer sağlık personelinin işyeri sağlık ve güvenlik birimi ile ortak sağlık ve güvenlik birimlerinde görevlendirilmelerinde ve hizmet verilen işyerlerinde çalışanlarla sınırlı olmak üzere görevlerini yerine getirmelerinde, diğer kanunların kısıtlayıcı hükümleri uygulanmaz".

<sup>98</sup> Görmüş, Ayhan, Kamu Kurumlarında Hizmet Alımı Yoluyla İstihdam Edilenlerin Kıdem Tazminatı Sorunu, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s. 156.

<sup>99</sup> Y. 9. HD, E. 2010/30244, K. 2010/24328, KT. 20.09.2010. (Legalbank).

### 3. Kamuda Çalışan Hekimlerin ve Aile Hekimlerinin İşyeri Hekimi Olarak Sanatını İcra Etmesi

1219 sayılı Kanun'un md.12/3. fıkrası uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan ve yöneticilik görevi bulunmayan tabipler ile aile hekimleri, kurum ve kuruluşlarındaki çalışma saatleri dışında ve kurumlarının izniyle aylık otuz saati geçmemek üzere işyeri hekimliği yapabilmektedir. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 6. maddesi özel işyerlerinin yanında kamu işyerlerinde, işyeri hekimliği istihdamını zorunlu kılmaktadır. Ancak yapılan düzenleme ile kamu kurumlarında iş yeri hekimi bulundurma zorunluluğuna ilişkin hükmün yürürlüğe girmesi 2023 yıl sonuna ertelenmiştir.<sup>100</sup>

Bu hükümler doğrultusunda kamuda çalışan hekimlerin kamu işyerlerinde ve özel işyerlerinde istihdamı da söz konusu olmaktadır. Ayrıca kamu işyerlerinde işyeri hekiminin istihdam edilmesi ve kamuda çalışan hekimlerin işyeri hekimi olarak istihdam edilmesi olmak üzere iki farklı husus karşımıza çıkmaktadır.

İşyeri hekimleri ile ilgili ayrıntılar İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmektedir. İSGK md.6/1 ve Yönetmelik'in 7. maddesi ile işyeri hekimleri, işveren tarafından görevlendirilmektedir. Diğer sağlık personeli ise Yönetmelik'in 14. maddesi uyarınca işveren tarafından görevlendirilmektedir. İşyeri hekimliği ve diğer sağlık personelinin görevlendirilebilmesi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca yetkilendirilmesine ilişkin belge sahibi olmalarını gerektirmektedir.

#### a. Kamuda Çalışan Hekimlerinin İşyeri Hekimi Olarak Sanatını İcrası

İşyeri hekiminin istihdamına ilişkin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Yönetmelik, kamu-özel işyeri ayrımı yapmaksızın düzenlemeye gitmektedir. İşveren İSGK md.6/1-a hükmü uyarınca işyeri hekimi ve diğer sağlık çalışanı varsa kendi personeli arasından da görevlendirebilir. Yoksa bu hizmetin tamamını veya bir kısmını İş Sağlığı ve Güvenliği Genel Müdürlüğü tarafından akredite edilmiş ortak sağlık ve güvenlik birimi ya da toplum sağlığı merkez birimi<sup>101</sup> ile yapacağı bir hizmet sözleşmesi ile alabilir. Ancak belirlenen niteliklere ve gerekli belgeye sahip olması hâlinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı dikkate alınarak, bu hizmetin yerine getirilmesini işveren kendisi üstlenebilir. Yönetmelik'in md.11/2. fıkrası uyarınca işyeri hekimleri, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesindeki ihmallerinden dolayı, hizmet sundukları işverene karşı sorumludur.

<sup>100</sup> Sosyal Güvenlik Kanunu md.38/1-a uyarınca 4857 sayılı İş Kanunu'nun mülga 81'inci maddesi kapsamında çalışanlar hariç, kamu kurumları ile 50'den az çalışanı olan ve az tehlikeli sınıfta yer alan işyerleri için 31/12/2023 tarihinde yürürlüğe girer hükmüyle, bu tarihten önce bir yükümlülük getirmemektedir.

<sup>101</sup> İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmelik md.17/7.



Özel hukuk kişilerine ait iş yerlerinde işverenin kendi çalışanları arasından görevlendirdiği işyeri hekimi ile arasında mesleki statü olan işçi ilişkisi bulunmaktadır.<sup>102</sup> Çalışanın ayrıca işyeri hekimi olarak görevlendirilmesi durumunda İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik'in md.14/1. fıkrası uyarınca bir sözleşme akdedilir. İşyeri hekiminin görevlendirme yoluyla ortak sağlık ve güvenlik biriminden ya da toplum sağlığı merkez biriminden dışarıdan hizmet alımı şeklinde gerçekleştiğinden, işyeri hekimi ile işveren arasında doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. İşyeri hekiminin hangi işyerinde görevlendirileceği, çalışma süreleri, hekimin yürüteceği faaliyetlerin belirlenmesi ile ücret ödemesi ilgili birim tarafından gerçekleştiğinden işyeri hekimi ile ilgili birim arasında iş ilişkisi mevcuttur.<sup>103</sup> İş sözleşmesinin ise belirsiz süreli iş sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.<sup>104</sup> Yargıtay başka bir kararında “işverenin belli bir süre için aldığı iş kapsamında işçi çalıştırması ve işyeri hekimi çalıştırma yükününün de ihale yoluyla alınan iş süresince ortaya çıkması gibi durumlarda işyeri hekimi ile işveren arasında belirli süreli iş sözleşmesi yapabileceğini” ifade etmektedir.<sup>105</sup> İşveren ile ilgili birim arasında ise hizmet akdi bulunmaktadır.

Kamuda çalışan hekimler ile aile hekimlerinin özel işyerlerinde işveren ile ilişkisi konusu farklı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Kamuya ait işyerlerinde kendi kurum bünyesinde şartları taşıyan personelin işyeri hekimi olarak görevlendirilmesi ve dışarıdan görevlendirme olmak üzere iki farklı şekilde görevlendirilmektedir. Kamuya ait işyerlerinde İSGK md.8/7 fıkra uyarınca işyeri hekimliği belgesine sahip personel, asıl olarak ifa ettikleri görevin yanında işyeri hekimi olarak da görevlendirilebilecektir. Bu durumda işyeri hekimi olarak görevlendirilecek kamu görevlisinin rızası aranmamaktadır, üst yöneticinin oluru ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarında da personelin rızası dâhilinde işyeri hekimi olarak görevlendirilmesi mümkündür. Kamu görevlisinin ayrıca kendi işyerinde, işyeri hekimi olarak görevlendirilmesi idari işlemle gerçekleştiğinden kamu görevlisi statüsü devam etmektedir.

#### **b. Aile Hekimlerinin İşyeri Hekimi Olarak Sanatını İcrası**

Aile hekimlerinin statüsü konusunda tartışmalar bulunması sebebiyle öncelikle bu hususun tespiti gerekmektedir. Aile hekimlerinin istihdamında Aile Hekimliği Kanunu 3. madde personelin statüsüne yer vermektedir. Buna göre

<sup>102</sup> Güzel, Ali, Dünyada ve Ülkemizde İşyeri Hekimliğine Yaklaşım Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Ankara 2003, (s. 9-64), s. 46; Özdemir, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014, s. 149.

<sup>103</sup> Yamakoğlu Efe, İşverenin İşyeri Hekimi ve İşyeri Güvenliği Uzmanı Çalıştırma Yükümlülüğü, Ankara 2016, s. 92.

<sup>104</sup> Y. 9. HD, E. 2009/37, K. 35882, KT. 2.12.10, (Kazancı).

<sup>105</sup> Y. 9. HD, E. 2006/32500, K. 2007/3291, KT. 13.02.2007 (Legalbank).

kamu görevlisi olan hekimlerin hakları saklı kalmak kaydıyla kendilerinin talebi kurumlarının veya Sağlık Bakanlığı'nın muvafakati ile DMK'de öngörülen sözleşmeli personel hükümlerine bağlı kalmaksızın sözleşmeli olarak çalıştırılabilir. Bu suretle eleman temin edilememesi halinde, Sağlık Bakanlığı, personelini bu hizmetler için görevlendirebilir. Kanun'da her ne kadar DMK'de öngörülen sözleşmeli personel hükümlerine bağlı kalmaksızın ibaresi bulunsa da Aile Hekimliği Kanunu'ndaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde idari hizmet sözleşmesi olduğu sonucuna varılmaktadır.<sup>106</sup> Dolayısıyla aile hekimi olarak görevlendirilenlerin kamu görevlisi statüsü devam etmektedir. Bunun yanında kamu görevlisi olmayan hekimler de hizmet sözleşmesi akdederek çalıştırılabilmektedir. Aile hekimi ile yapılan sözleşmenin tarafının Sağlık Bakanlığı olması,<sup>107</sup> konusunun sağlık kamu hizmetinin yürütülmesi ve idareye özel hukuku aşan üstün yetkilerin vermesi sebebiyle idarî sözleşmenin özelliklerini bünyesinde taşımaktadır.<sup>108</sup> Dolayısıyla aile hekimleri kamu görevlisidir. Aile hekimi ile hasta arasındaki ilişki de kamu hukukundan kaynaklanan bir ilişki olduğundan zarar durumunda kurum aleyhine idari yargıda dava açılır.<sup>109</sup>

### c. İşyeri Hekiminin Sorumluluğu

Kamu görevlisi olarak görev yapan işyeri hekimlerinin, idare ile aralarında statü ilişkisi bulunmaktadır. Kamu da memur ve idari hizmet sözleşmesi ile istihdam edilen personel bu kapsamda yer almaktadır. Kamu görevlilerinin ikinci bir görev almaları istisnai ve ilgili idarenin görevlendirmesine bağlıyken,<sup>110</sup> işyeri hekimliği yapabilmeleri 1219 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle izin almak kaydıyla

<sup>106</sup> Çağlayan, Ramazan, Aile Sağlığı Merkezi Personelinin Hukuki Statüsü, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2016, Sy. 7 s. 405.

<sup>107</sup> Aile Hekimliği Sözleşme ve Ödeme Yönetmeliği 6/3. fıkrasına göre sözleşmeleri, Bakanlık adına imzalamaya ve sona erdirmeye il sağlık müdürü yetkilidir.

<sup>108</sup> "Sözleşmeli çalışacak aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının idare ile imzalayacakları sözleşmenin idari hizmet sözleşmesi niteliğinde bulunması, sözleşmeli aile hekimi ve aile sağlığı elemanlarının ücretlerinin idarece ödenmesi, aile hekimlerinin düzenledikleri tüm kayıt, evrak ve belgelerin resmi kayıt ve evrak niteliğinde olması, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının mevzuat ve sözleşmeye uygunluk ve diğer konularda, Bakanlık, ilgili mülki idare ve sağlık idaresinin denetimine tabi olmaları, görevleriyle ilgili ya da görevleri başında işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlarda Devlet memuru gibi kabul edilmeleri gözetildiğinde, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarıncı sunulacak olan aile hekimliği hizmetlerinin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler olduğu" AYM, E. 2005/10, 2008/63 KT 21.2.2008, RG. 7.11.2008, Sy. 27047; "Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarıncı sunulacak olan aile hekimliği hizmetleri, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerdendir. Bu şekilde çalışanlar Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "diğer kamu görevlisi" kapsamındadır". AYM, E. 2015/17, K. 2015/20, KT. 5.3.2015, RG, 19.6.2015 Sy. 29391; Çağlayan, s. 411; farklı yönde bkz. Çakır, Hüseyin Melih, Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü, Medipol ÜHFD 2 (2), s. 122 vd.

<sup>109</sup> Hakeri, s. 383.

<sup>110</sup> DMK md.87.



mümkündür. Söz konusu hekimler ortak sağlık ve güvenlik birimi ya da toplum sağlığı merkez birimi ile iş yeri hekimliği sözleşmesi imzalamaktadır.<sup>111</sup>

İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği md.4/1-f bendine göre “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 etmektedir. Yönetmelik’in md.4/1-g bendinde ise “Toplum Sağlığı Merkezi Birimi (TSMB): Sağlık Bakanlığına bağlı, işyerlerine iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini sunmak üzere kurulan gerekli donanım ve personele sahip olan ve Bakanlıkça yetkilendirilen birim” olarak tanımlanmaktadır. Maddeden de anlaşılacağı üzere OSGB’ler, kamu kuruluşları, organize sanayi bölgeleri ve şirketler tarafından kurulabilmektedir. İşyeri hekimleri bunlarla sözleşme imzalamakta, bu kuruluşlar da işyerlerine hizmet sunmaktadır. Bu hizmetlerin kamu ve özel hukuk kişilerince görülebilmesi hekim ile kuruluş arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği bakımından farklılık yaratıp yaratmayacağı sorusunu akla getirmektedir. Özellikle kamu kurumu tarafından kurulan OSGB ile kamu görevlisi arasında akdedilen sözleşmenin niteliği fark yaratır mı? Yukarıda da ifade edildiği üzere idari sözleşmeler tasnifinde taraflardan birinin idare, konusunun kamu hizmeti olması ve idareye ayrıcalıklı ve üstün yetkiler tanınması söz konusu olmalıdır. Yönetmelik’in md.12/1. fıkrası uyarınca OSGB kurulabilmesi ve hizmet sunabilmesi için tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan en az bir işyeri hekimi, güvenlik uzmanı ve diğer sağlık personeli istihdamını şart koşarken kamu veya özel işyeri ayrımı yapılmamıştır. Kamu kurumunca kurulan OSGB’lerde de işyeri hekimi iş sözleşmesi ile istihdam edilecektir. Sözleşme yapılması ve içeriği bakımından da kamu veya özel işyeri ayrımı yapılmamaktadır. Benzer durumun TSMB için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla işyeri hekimi iş sözleşmesi ile çalışmaktadır. Aradaki ilişki özel hukuk ilişkisi olduğundan çalışanların uğradığı zararların giderilmesi özel hukuk hükümlerine tabidir. Ancak kamu görevlileri mesai saatinden sonra çalışabileceğinden dolayı kısmı süreli hizmet sözleşmesi akdedebileceklerdir.

İşyeri hekimlerinin görev ve yükümlülüklerine ilişkin İSGK ve Yönetmelik’e bakıldığında asli fonksiyonu korucu/önleyici sağlık hizmeti yerine getirmek olduğu görülmektedir.<sup>112</sup> İşçinin tedaviye ihtiyaç duyması durumunda işyeri hekimi vizite kâğıdı düzenleyerek sağlık kuruluşuna yönlendirmektedir. Ancak doktrinde tedavi hizmetinin de yapıldığı ve sözleşmeye görev tanımı içinde tedavi hizmetlerinin de eklenmesi önünde bir engel bulunmadığı ifade edilmektedir.<sup>113</sup> İşyeri hekimliğinin kamusal yönü de göz önünde bulundurulduğunda sözleşme-

<sup>111</sup> D. 2. D. E. 2018/430, K. 2020/3250, KT. 5.11.2020 (Lexpera).

<sup>112</sup> Özdemir, s. 183.

<sup>113</sup> Yamakoğlu, s. 112.

ye böyle bir hükmün eklenmesi ve kanunla kendisine verilmemiş bir görev ve yükümlülüğü yerine getirmesi sebebiyle ortaya çıkan zararlardan vekâletsiz iş görme (haksız fiil) hükümleri kapsamında sorumluluğu devam edecektir.<sup>114</sup> Buna karşılık acil müdahale zorunlu ise bunu yapması önünde engel bulunmamaktadır.

İşyeri hekimi ile çalışanlar arasında sözleşme ilişkisi olup olmadığı varsa nasıl bir ilişki olduğu ise tartışmalıdır. Vekalet sözleşmesi olamayacağı, buna karşılık TBK 502/2 vekaletle ilişkin hükümlerin niteliklere uygun düştüğü ölçüde Kanun'da düzenlenmemiş iş görme ilişkilerine uygulanacağına ilişkin hükme istinaden çalışanların zarar görmesi durumunda buna istinaden zararı talep edebileceği belirtilmektedir.<sup>115</sup> Diğer taraftan işyeri hekimi ile çalışan arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından bahisle, işyeri hekiminin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olduğu savunulmaktadır.<sup>116</sup> İSGK md.8/3. fıkraya göre iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesindeki ihmallerinden dolayı, hizmet sundukları işverene karşı sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir.<sup>117</sup>

Kamuya bağlı işyerlerinde kurum içinden bir hekimin görevlendirilmesi durumunda ortaya çıkan zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Dışarıdan hizmet alımında asıl işverenin idare olarak kabul edilmesi sebebiyle işyeri hekiminin verdiği zararlara karşı yine idare hukuku kurallarına göre idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Diğer yandan işyeri hekimlerin belgelerinin verilmesi ve işyeri hekimlerinin yönetmelik uyarınca kendisine verilen yükümlülükleri bağlamında bildirim yapmasına rağmen idarenin denetim yapmaması veya gerekli tedbiri almamasından kaynaklanan zararlardan idarenin denetim ve gözetim sorumluluğu yoluna gidilebilecektir.<sup>118</sup>

#### 4. Özel Çalışan Hekimlerin Kamuya Ait Sağlık Kuruluşlarında Sanatını İcrası ve İdarenin Sorumluluğu

Hekimlerin 1219 sayılı Kanun'un md.12/2 de yer alan her bir bent kapsamında birden fazla sağlık kuruluşunda çalışma imkânı söz konusu olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Buna göre kamuya ait bir sağlık kuruluşunda çalışan bir hekim görevlendirmeye yine kamuya ait başka bir sağlık kurumunda çalışma imkânı bulun-

<sup>114</sup> Farklı gerekçelerle Özdemir, s. 183 vd.

<sup>115</sup> Yamakoğlu, s. 140.

<sup>116</sup> Özdemir, s. 227.

<sup>117</sup> Benzer hüküm İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelik md.11/2. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre "İşyeri hekimleri, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin yürütülmesindeki ihmallerinden dolayı, hizmet sundukları işverene karşı sorumludur".

<sup>118</sup> Örn. Yönetmelik'in md.11/3. fıkrası hükmü uyarınca "İşyeri hekimleri, işverene yazılı olarak bildirdikleri iş sağlığı ve güvenliğiyle ilgili alınması gereken tedbirlerden acil durdurma gerektiren haller ile yangın, patlama, göçme, kimyasal sızıntı gibi hayati tehlike arz edenleri, belirlenecek makul bir süre içinde işveren tarafından yerine getirilmemesi hâlinde, işyerinin bağlı bulunduğu çalışma ve iş kurumu il müdürlüğüne yazılı olarak bildirmekle yükümlüdürler."

maktadır. Bunun yanında özel çalışan hekimler özellikle b) ve c) bendleri uyarınca özel -kamu sağlık kuruluşlarında sanatlarını icra edebilmektedirler. B bendi uyarınca Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumu ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kuruluşları ve vakıf üniversitelerinde çalışan hekimlerin aynı zamanda her iki sağlık kuruluşunda çalışma imkânı bulunmaktadır. Özel sağlık kuruluşu özel hukuk tüzel kişisi olmakla birlikte vakıf üniversiteleri kamu tüzel kişiliğe sahip olduğundan buna bağlı tıp fakültesi hastaneleri de kamu tüzel kişi olarak kabul edilmektedir.

C bendi ise Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmesi bulunmayan özel sağlık kuruluşları ile sözleşmesi bulunmayan vakıf üniversiteleri ve serbest meslek icrasında bulunabileceklerdir. Hem özel sağlık kuruluşunda hem de serbest meslek icrası sebebiyle hastanın zarar görmesi durumunda hekim ve ilgili özel sağlık kuruluşunda özel hukuka dayanan bir sözleşmeyle tedavi gerçekleştirilmesinden özel hukuk hükümlerine tabi olarak hastane ve hekimin sorumluluğuna gidilecektir. Vakıf üniversitesi kamu tüzel kişiliği olduğundan burada çalışan öğretim üyeleri arasındaki sözleşmenin niteliği bakımından farklı kararlar mevcuttur. Danıştay bir taraftan idari hizmet sözleşmesi kabul ederken bir taraftan Borçlar Kanunu bağlamında hizmet sözleşmesi olduğuna ilişkin kararları da mevcuttur.

1219 sayılı Kanun md.2/3. fıkraya göre mesleğini serbest olarak icra edenler, hizmet bedeli hasta tarafından karşılanmak ve Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan talep edilmemek kaydıyla, Sosyal Güvenlik Kurumu ve kamu kurumları ile sözleşmeli çalışan özel sağlık kurum ve kuruluşları ile sözleşmeli çalışan vakıf üniversitelerine ait sağlık kuruluşlarında da hastalarının teşhis ve tedavisini yapabilme imkanı bulunmaktadır. Bu durumda da hekim ile ilgili sağlık kuruluşu arasında özel hukuka dayanan bir sözleşme ilişkisi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla ortaya çıkan zarardan hekim ve hastane özel hukuk hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.

### **5. Yükseköğretim Kanunu Uyarınca Öğretim Üyelerinin Özel Hastane veya Vakıf Hastanesinde Çalışabilmesi**

2547 sayılı Kanun'un md.36/7. fıkrası uyarınca, profesör ve doçent kadrosunda olanlar bir yıla kadar kurumsal sözleşme yapılmak ve geliri üniversite döner sermayesi hesabına kaydedilmek şartıyla ve ilgilinin muvafakati ile mesai dışında özel hastaneler veya vakıf üniversitesi hastanelerinde çalıştırılabilmektedir.

Vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişisi olması yanında vakıf üniversitelerinin hastaneleri de kamu hastanesi olarak kabul edilmektedir.<sup>119</sup> Bu nedenle

<sup>119</sup> "Tüm devlet hastaneleri ile birlikte, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu hükümlerine göre kurulmuş bulunan üniversiteler ile kamu tüzel kişiliği niteliğinde olduğu yargı kararları ile belirlenmiş bulunan vakıf üniversitelerine ait uygulama ve araştırma hastaneleri, halka sundukları sağlık hizmeti bakımından mezkûr tebliğ hükümlerine [ 29/4/2006 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği] tabi bulunmaktadır." Başbakanlık, 2017/13 sayılı Genelge, RG. 26.5.2007, Sy. 26533.

hastanın uğradığı zararların idarenin sorumluluğu bağlamında idari yargıda görülmektedir.<sup>120</sup>

## VI. Sonuç

Sağlık hizmetlerinin sunulması temelde sağlık hakkıyla ilgili olsa da esasında yaşama hakkını tamamlayan bir nitelik taşımaktadır. Anayasa bunu sağlama hususunda devlete gerek kamu gerekse özel sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp sağlık hizmetinin sunulmasını ve bunu denetleme görevi yüklemektedir. Bu bağlamda devlet, sağlık hizmeti talebini doğru şekilde karşılamalı, teknolojik gelişmelere ayak uydurmalı ve sağlık hizmetlerini yurt çapında eşit ve kaliteli olarak sunmalıdır. Bunu da kamu ve özel sağlık kuruluşları eliyle yerine getirmektedir. Sağlık Bakanlığı sağlık hizmetlerini farklı usullerle yerine getirmektedir. Kendisinin yanında, kamu özel iş birliği yönetimleriyle ya da ruhsat usulüyle tamamen kendisi yerine getirmektedir.

Kanun koyucu hekime erişimi sağlamak amacıyla da birden fazla yerde farklı hukuki statülerle çalışma imkânı tanımaktadır. Bu bağlamda kamuda, özelde ve muayenehanesinde serbest çalışma imkanına sahiptir. Hatta kamu görevlisi hekimlerin özelde, özelde çalışan hekimlerin kamuda hatta serbest çalışan hekimlerin kamu hastanesi olan vakıf üniversitesi hastanesinde çalışma imkânı da bulunmaktadır. Kamu görevlisi hekimlerin işyeri hekimi olarak çalışabilmesi de söz konusu olmaktadır. Bu çalışma çeşitliliği de hasta-hastane ve hekim ilişkisi ile bu ilişkinin hukuki rejiminde duraksama yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Zarar gören hastanın hangi hukuk kuralları çerçevesinde hani yargı merciinde zararının tazmin edileceği tartışmasını beraberinde getirmektedir.

İdarenin denetim ve gözetim yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğu gerek kamu gerekse özel sağlık kuruluşları bağlamında söz konusudur. Bunun yanında Sağlık Bakanlığı'nın izni ile açılan muayenehaneler ve diğer sağlık tesisleri içinde denetim ve gözetim sorumluluğu bulunmaktadır. İşbirliği modelleri çerçevesinde sunulan sağlık hizmetlerinde de gözetim ve denetim yükümlülüğü

<sup>120</sup> "Bu haliyle kamu tüzel kişisi olarak kanunla kuruldukları ve kamu hizmeti sundukları tartışmasız olan vakıf üniversitelerinin hastanelerinin, Devlet üniversiteleri hastanelerinden farklı tutulması hukuken olanaksızdır. Bu bağlamda, sağlık hizmetinin sunulmasından kaynaklanan zararların da, tazmin sorumluluğunun doğup doğmadığının, idari yargı yerince hizmet kusuru ilkesi kapsamında incelenerek karar verilmesi gerekir." YHGK, E. 2014/13-566, K. 2015/1339, KT. 13.5.2015 (Kazancı); "Vakıf Üniversitesi Hastanesinin kamu hizmetini yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan bu davada, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir. Bu hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, tam yargı davasının görüm ve çözümünde idari yargı yerleri görevlidir." UM, E. 2012/57 K. 2012/213, KT. 5.11.2012; UM, E. 2012/68, K. 2012/145, KT. 2.7.2012 (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>); UM, E. 2019/895, K. 2020/311, KT. 28.5.2020 (<https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>).

bulunmaktadır. Bu durum idarenin sağlık hizmetleri nedeniyle en geniş sorumluluğunun denetim ve gözetimden kaynaklandığını göstermektedir. Sağlık hizmetlerinin ayırım yapmaksızın kamu hizmeti ve asli sahibi idare kabul edildiğinden, hizmetin sürekli ve düzenli bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak da idarenin görevidir. Ayrıca idare tarafından, sıkı, içselleşmiş ve kapsamlı bir denetim yapılmalıdır. Aksi durumda idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Hastane ve hekimin sunduğu sağlık hizmeti karşılığında uğranılan zararlarda ise kamuya ait sağlık kuruluşları ve özel sağlık kuruluşları ayırımına gidilmektedir. Kamuya ait sağlık kuruluşlarında doğan zararlardan idarenin idare hukuku kurallarına göre sorumluluğu esastır. Özel sağlık kuruluşlarında ise hastanenin ve hekimin özel hukuk kurallarına göre sorumluluğu esastır. İdarenin özel sağlık kuruluşlarında sorumluluğu denetim ve gözetim ile sınırlıdır. Tıbbi müdahale ve diğer sağlık hizmetlerinde hasta ile hastane ve hekim arasında sözleşme kurulduğundan idari eylem ve zarar arasındaki illiyet bağı kopmakta ve idarenin sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.

Hekimlerin farklı kuruluşlarda sanatını icra edebilmesi sebebiyle idarenin sorumluluğu hususunda somut duruma göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Kamu görevlisi bir hekimin aynı zamanda özel muayenehanesinde serbest çalışırken ya da özel sağlık kuruluşunda çalışırken hastaya verdiği zararlardan ötürü, sırf kamu görevlisi olması idarenin sorumluluğunu gerektirmez. Serbest çalışmasında salt kişisel kusur söz konusudur. Buna karşılık özel hastane ile sözleşme ilişkisinden kaynaklanan müdahale yetkisi ve kamu görevinden ayrılan sanatın icrası söz konusudur. İşyeri hekimliğinde ise kamu görevlisi ile işyeri arasındaki ilişkiye göre değerlendirme yapmak gerekmektedir. Kamu görevlisi hekim görevlendirme ile kamuya ait bir işyerinde görev yapıyorsa idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Buna karşılık aldığı yetki belgesi ile sözleşme ilişkisine dayanarak özel işyerlerinde çalışıyorsa özel hukuk kuralların göre sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Afiliasyon diğer bir ifadeyle iş birliği modeli çerçevesinde birlikte sağlık hizmeti sunuluyorsa iş birliğinin kamu-özel kuruluşlar arasında olup olmadığına göre değerlendirme yapılmalıdır. Devlet üniversiteleri ile Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastaneler arasında yapılan iş birliğinde her ikisinin de kamu kurumu olması sebebiyle verilen zararlardan dolayı idarenin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak tıbbi müdahalenin kurum kadrosunda bulunan sağlık personeli tarafından gerçekleşmesi durumunda müşterek faaliyetten dolayı davanın her iki kuruma yöneltilmesi gerekmektedir. Özel hastane ile vakıf üniversitesi iş birliğinde özel hastane üniversitenin eğitim ve araştırma hastanesine dönüştüğünden yine idari yargıda idarenin sorumluluğuna gidilmelidir. Buna karşılık sağlık turizmi bağlamında yapılan iş birliğinde sunulan sağlık hizmeti bir sözleşme ilişkisine dayanması ve belli bir ücret karşılığı sunulması sebebiyle doğan zararlar özel hukuka tabi olacaktır.

## Kaynakça

- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya Cemil, Türk İdare Hukuku, Ankara 2021.
- Avcı, Mustafa, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Mâli Sorumluluğu, ABD, 2012/1, s. 107-140.
- Baş, Zuhâl Bereket, Sağlık Hizmetleri Dolayısıyla İdarenin Sorumluluğu, Sorumluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009, s. 637-652.
- Bayındır, Savaş, Sağlık Hizmetlerinde İdarenin ve Hekimlerin Sorumluluğu, GÜHFD, C. 11, S. 1-2, 2007, s. 551-590.
- Birtek, Fatih, Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinde İdarenin Kusura Dayanan Sorumluluğu, EÜHFD, sy. 3-4, 2007, s. 82.
- Canbolat, Ferhat, Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı, TBB Dergisi, Sayı 80, 2009, s. 156-181.
- Çağlayan, Ramazan, Aile Sağlığı Merkezi Personelinin Hukuki Statüsü, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 2016, Sy. 7 s. 399-415.
- Çağlayan, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 2021.
- Çakır, Hüseyin Melih, Aile Hekimlerinin Hukuki Statüsü, Medipol ÜHFD 2 (2), s. 113-156.
- Çakır, Hüseyin Melih, Sağlık Hizmetlerinin Özel Hukuk Kişileri Tarafından Yürütülmesi, İstanbul 2015.
- Çınarlı, Serkan, İdari Yargı Kararları Işığında Özel Hastanelerde Meydana Gelen Tıbbi Uygulama Hatasından İdarenin Denetim Yetkisi Nedeniyle Sorumluluğunun Tartışılması, TıpHD, Sy. 10, Y. 2016, s. 207-227.
- Duran, Lütfi, Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1984.
- Erkal, Atıla, Tam Gün Çalışma Esasın Geçiş Serüveni ve Hekimler ile Öğretim Üyesi Hekimler İçin Mevcut Durum, ERÜHFD. C. VIII, Sy. 2, Y. 2013, s. 323-362.
- Ersöz, Ahmet Kürşat, Sağlık Hizmetleri Açısından Hizmet Kusurunun Ağırlığı ve İspat Problemi, İÜHFM C. LXIX, Sy. 1-2, s. 927-934.
- Evren, Çınar Can, Kamu-Özel İşbirlikleri, Ankara 2016.
- Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, Ankara 2017.
- Görmüş, Ayhan, Kamu Kurumlarında Hizmet Alımı Yoluyla İstihdam Edilenlerin Kıdem Tazminatı Sorunu, Çalışma ve Toplum, 2013/3, s. 141-172.
- Güran, Sait, Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, DD, Sy. 46-47, Y. 1982, s. 16-22.
- Güzel, Ali, Dünyada ve ülkemizde işyeri hekimliğine yaklaşım Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Uluslararası ve Ulusal Hukuk Sisteminde İşyeri Hekimliği Sempozyumu, Ankara 2003, s. 9-64.
- Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, El Kitabı, Ankara 2021.
- Kaplan, Gürsel, İdarenin Sağlık Kamu Hizmetinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler”, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi, Sayı: 19, Kitap: 1, s. 173-199.

- Kızılyel, Serkan, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, s. 231.
- Kök, Ahmet Nezih, Hekim - Hasta İlişkisi Tüketici Hukuku Anlayışı ile Bağdaşır mı? UMD Y. 2015, Sy. 5, s. 605-616.
- Özdemir, Erdem, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014 s. 149.
- Özdemir, Halit Eyüp / Seçkin, Sinan, Vakıf Üniversiteleri ile Özel Hastaneler Arasında İşbirliğinin Hukuki Rejimi, Medipol ÜHFD 7(1), Bahar 2020, s. 115-158.
- Özmumcu Seda, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Hükümleri ve Yargıtay Kararları Çerçevesinde Tüketici Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Uyuşmazlıklara Genel Bir Bakış, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, s. 831-871.
- Sarıca, Ragıp, Hizmet Kusuru ve Karakterleri, İÜHFM, C. 15, Sy. 4, s. 858-895.
- Sever, Dilşad Çiğdem, Danıştay Kararları Işığında Sağlık Hizmetlerinden Dolayı İdarenin Sorumluluğu, in: Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Ankara 2018.
- Sözer, Ali Nazım, Sağlıkta Yeniden Yapılanmanın (Özelleştirmenin) Devamı Olarak Şehir Hastahaneleri, DEÜHFD, Y. 2013, C. 15, Özel Sy., s. 215-253.
- Şahbaz, İbrahim, Bir Sosyal Hak Olarak Sağlık Hakkı, TBBD Sy. 86, Y. 2009, s. 405-423.
- Ulusoy, D. Ali, Yeni Türk İdare Hukuku, Ankara 2021.
- Uyanık Ayfer, Estetik Sağlık Turizmi Hukuku, TıpHDSy. 19, Y. 2021, s. 21-33.
- Uysal, Yusuf, Kamu-Özel İşbirliği (Yap-Kirala Devret) Modeli ve Şehir Hastanelerinin Sağlık Hizmetlerindeki Değişim ve Dönüşüm Üzerine Etkileri, EOGÜ İİBFD, Y. 2019, C. 14, Sy. 3, s. 877-898.
- Yasin, Melikşah, “Sağlık Hizmetlerinin Özelleştirilmesi”, Sağlık Hukukunda Dünyada Son Gelişmeler, İstanbul 2009.
- Yaşar, Hasan Nuri, “İdarenin Sorumluluğu Üzerine Düşünceler”, İÜHFM, C. LXVI, Sy. 1, s. 201-220.
- Yıldırım, Ramazan, Sağlık Personelinin İdareye Karşı Mali Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Sempozyum Mersin 16-17 Ocak 2009, s. 179-198.





# Uluslararası Hukukta Uluslararası Teamül Kurallarının Antlaşmalar ile İlişkisi<sup>(\*)</sup>

## *The Relationship of Rules of International Customary Law with Treaties in International Law*

Arş. Gör. Betül GÜLTEKİN ALBAYRAK<sup>(\*\*)</sup>  
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ALBAYRAK<sup>(\*\*\*)</sup>

### Öz

Uluslararası antlaşmalar, teamül kuralları ve genel hukuk ilkeleri uluslararası hukukun başlıca kaynaklarını oluştururlar. İç hukuktaki hiyerarşik düzenin aksine, tek bir kanun koyucunun olmadığı uluslararası hukukta kaynaklar arasında ilişkiler karmaşık olabilmektedir. Kendine özgü yapısı gereği uluslararası hukukun kaynaklarının ortaya çıkışı ve kaynakların birbirleri ile olan ilişkileri tartışmaya açıktır. Uluslararası teamül kuralları ile antlaşmalar arasındaki çok boyutlu ilişkiler de bu sebeple incelenmeye değerdir. Teamül kurallarının antlaşmalarla olan ilişkisi bazı teamül kurallarının daha oluşum aşamasında başlamaktadır. Keza teamül kurallarının kanıtı olarak antlaşmalardan yararlanmak da muhtemeldir. Antlaşmaların uygulanmasının değiştirilmesi, yorumlanması ve bazen de batıl kılınması yine teamül kuralları aracılığıyla mümkün olabilmektedir. Ayrıca kodifikasyon ile teamül kurallarının antlaşma haline getirilmesi de iki uluslararası hukuk kaynağının ilişkili olduğu durumlardan biridir. Bu çalışmada yukarıda bahsedilen ilişkiler silsilesi incelenmeye çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Uluslararası Teamül Hukuku, Antlaşmalar, *Jus Cogens* Kurallar, Antlaşmaların Değiştirilmesi, Sistemik Uyum İlkesi, Kodifikasyon.

### Abstract

International treaties, customary rules and general principles of law form the primary sources of international law. Contrary to the hierarchical order in domestic law, relations between sources can be complex in international law where there is no single legislator. Due to its unique structure, the emergence of sources of international law and the relations among the sources are open to discussion. For this reason, the multidimensional relations between international customary rules and treaties are worth examining. The relationship of customary rules with treaties begins at the

<sup>(\*)</sup> [Makale geliş tarihi:](#) 27.10.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 02.12.2021.

<sup>(\*\*)</sup> [Sorumlu Yazar:](#) İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Doktora Programı.  
[E-posta:](#) betul.gultekin@klu.edu.tr.  
[Orcid No:](#) <https://orcid.org/0000-0001-8508-7392>.

<sup>(\*\*\*)</sup> Kırklareli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı.  
[E-posta:](#) albayrak87@gmail.com.  
[Orcid No:](#) <https://orcid.org/0000-0002-1205-2479>.

formation stage of some customary rules. It is also possible to use treaties as evidence of customary rules. Changing, interpreting and sometimes invalidating the implementation of treaties is also possible through customary rules. In addition, codification and making customary rules into treaties is one of the situations in which two sources of international law are connected. In this study, the above-mentioned series of relations are examined.

### Keywords

International Customary Law, Treaties, *Jus Cogens* Norms, Treaty Modification, The Principle of Systemic Integration, Codification.

## Giriş

İç hukukta hukuk üreten merci, genellikle anayasada sınırları belirlenen ve gösterilen mercilerdir. Bu yetki, demokratik ülkelerde yasama meclisi ve yürütmenin içinde yer alan bir merci arasında paylaşılmış haldedir. Demokratik olmayan ülkelerde ise veya demokrasinin uygulanmadığı zamanlarda kral gibi bir monark olabilir veya olmuştur. Uluslararası hukukta ise hukuk üretimi, bu hukuk uluslararası toplumun hukuku olduğu için, merkezi bir yapıda değildir ve eşitler arasında gerçekleşen ortaklaşa bir süreçtir.<sup>1</sup> Uluslararası alanda bir dünya parlamentosu bulunmamaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukukta hukuku üreten, uluslararası hukukun kişileridir ve bu üretim hukuku üreten kişilerin rızası ile şekillenir. Devletlerin ve belli ölçülerde uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk normlarını üretimi büyük oranda rızai bir temele dayanır. Söz konusu bu rızanın ortaya “çıkılmış” hali bir antlaşma veya bir teamül kuralı olabilir.<sup>2</sup> Fakat bu rızanın ortaya çıkmasının arkasında yatan başka kurallar, başka beklenti veya ihtiyaçlar olabilir. Bu noktada uluslararası hukukun kaynaklarının tartışılmasında öncelikle maddi kaynak (*material source*) ve şekli kaynak (*formal source*) ayrımının yapılması elzemdir.<sup>3</sup> Şekli kaynak, hukukun büründüğü form, hukukun ortaya çıkmış hali iken, maddi kaynak ise hukukun üretilmesinde arkada yatan sosyal nedendir.<sup>4</sup> Örneğin bir norm teamül şeklinde ortaya çıkmış olabilir (şekli kaynak), fakat bu teamülün ortaya çıkmasında çok sayıda ikili sözleşme imzalanması ile ortak gereksinimlerin karşılandığı bir pratik yatabilir (maddi kaynak). Özellikle antlaşmalar ile teamül arasındaki dinamik ilişkiyi anlamada bu ayrımın öncelikle yapılması faydalı olur.

<sup>1</sup> Otto Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, K.G. Saur KG, München, 1983, s. 224.

<sup>2</sup> Rafael Casado Raigón, *Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 2020, s. 155.

<sup>3</sup> Hugh Thirlway, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 6; Hüseyin Pazarci, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 34.

<sup>4</sup> Dolayısıyla maddi kaynağın incelenmesinin uluslararası hukukun alanının dışında olduğu ileri sürülmüştür. Guillermo R. Moncayo, Raúl E. Vinuesa, Hortensia D. A. Gutiérrez Posse, *Derecho Internacional Público, Tomo I.*, Zavalía, Buenos Aires, 1990, s. 76.

Uluslararası hukukta kaynaklar ve kaynaklar arası ilişkiler meselelerinde, genellikle kaynak denildiği zaman şekli anlamda kaynak anlaşılmakta ve değerlendirmeler buna göre yapılmaktadır. Bu durum bir anlamda gerekliliktir denebilir. Çünkü özellikle uluslararası uyuşmazlıkların çözülmesinde uluslararası yükümlülüklerin belirlenmesinde bir kesinliğin sağlanması için şekli kaynaklara bakılması bir ihtiyaçtır.<sup>5</sup> Bazen kaynak ifadesi sebep (*cause*) kavramı ile karıştırılabilmektedir.<sup>6</sup> Hukuki normların sebeplerinin araştırılacağı saha, sosyoloji ilmine gerek duyar. Mahkemeler uyuşmazlıkları hukuki kurallara (*legal rules*) göre çözeceklerdir ve bunun için de bakılacak yer, şekli kaynaklar olmak durumundadır. Bu manada uluslararası hukukun kaynakları konusunda dünya üzerindeki en genel yetkili uluslararası mahkeme olan Uluslararası Adalet Divanı'nın Statüsü'nün 38. maddesine atfı yapılması bir adet halini almıştır. Bu maddenin birinci fıkrası Uluslararası Adalet Divanı'nın (Divan) devletler arasındaki bir uyuşmazlıkta uygulayacağı kaynakları belirtmektedir. Madde metninde şunlar ifade edilmektedir:

*"1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:*

*a. anlaşmazlık halinde bulunan devletlerce açık seçik kabul edilmiş kuralları koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;*

*b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası teamül kurallarını;*

*c. medeni uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;*

*d. 59. Madde hükmüne bağlı olmak koşulu ile, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak yargı kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular."*

Madde metninde açıkça kaynak kelimesinden bahsedilmese de, Divan'ın önüne gelen uyuşmazlıklarda hangi kaynaklara bakacağı belirtilmiştir. Maddede antlaşmalar, teamül kuralları ve hukukun genel ilkeleri ve yardımcı kaynaklar olarak içtihatlar ve doktrin belirtilmiştir. 38. madde uluslararası hukukun tüm kurallarını içermemektedir. Maddede sayılanların haricinde, uluslararası hukukun kaynakları arasında devletlerin tek taraflı işlemleri ve uluslararası örgüt kararları da bulunmaktadır.<sup>8</sup> Çalışmada inceleyeceğimiz konu antlaşma ile teamül arasındaki ilişkiler olduğu için üzerinde durulması gereken bir nokta ise madde metninde ve uluslara-

<sup>5</sup> Gennady M. Danilenko, *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, ss. 16-22.

<sup>6</sup> Lassa Oppenheim, *International Law: A Treatise, Vol. 1 Peace*, Hersch Lauterpacht (Ed), Longmans, London, 1955, ss. 24-25.

<sup>7</sup> Statute of the International Court of Justice, 1945, [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj\\_statute\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf), Erişim Tarihi: 16.05.2021.

<sup>8</sup> Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 59.

rası hukukta kaynaklar arasında bir hiyerarşinin olup olmadığıdır. Doktrinde özellikle 38. madde bazında ve genel olarak kaynaklar arasındaki hiyerarşi konusunda çeşitli görüşler olsa da,<sup>9</sup> temel olarak uluslararası hukukta antlaşmalar ile teamül arasında bir hiyerarşinin olmadığı kabul edilmektedir.<sup>10</sup> Bir antlaşma tarafları arasında yürürlüğe girdiğinde bu kurallar (*jus cogens* kurallar örneği dışında) teamül kurallarına göre öncelikle uygulanacaktır.<sup>11</sup> Keza bu durumdaki antlaşma, çatışan teamül kurallarına göre *lex posterior* kural konumunda olacak ve sonraki kural olarak uygulama alanı bulacaktır. Antlaşma, tarafları arasında belirlenmesi ve kanıtlanması kolay olan bir hukuk kaynağıdır. Fakat bu duruma tam ters örneklerin görülmesi, antlaşmalardan sonra oluşan teamül kurallarının antlaşmanın tadil edilmesine veya antlaşmanın metrukiyetine (*desuetude*) yol açması mümkündür.<sup>12</sup> Her zaman bu iki uluslararası hukuk kaynağının arasında ilişki doğması bunların çatışmasına da bağlı değildir. Antlaşma ve teamül kuralları birbirleri ile örtüşür halde bulunabilir ve birbirlerinin yorumlanmasını etkileyebilirler. Örneğin 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin antlaşmaların yorumuna ilişkin 31. maddesinin 3. fıkrasının c bendinde antlaşmaların yorumlanmasında taraflar arasında geçerli ve anlaşma ile ilgili uluslararası hukuk kurallarının dikkate alınacağı belirtilmiştir.<sup>13</sup> Kuşkusuz bu kuralların içeriğine teamül kurallarının dâhil olduğu ve teamüllerin antlaşmaların yorumlanmasında dikkate alınması gerektiği aşikârdır.

Uluslararası teamül, uluslararası hukukun kaynakları arasında en kadim hukuk kaynağıdır demek yanlış olmaz. Uluslararası antlaşmaların yapılmasından önce antik dönemlerden itibaren devletler arasında, ki bunlar ya şehir devletleriydi ya da imparatorluklardı, teamül kuralları oluşmaya başlamıştı. Teamül ile antlaşmalar arasındaki ilişkiler ise “teorik anlamda” yine aynı dönemlerde doğmuştur diyebiliriz. Keza milattan önce 1285 yılında Mısır Kralı ile Hitit Kralı arasında imzalanan saldırmazlık ve askeri yardımı içeren antlaşma<sup>14</sup> gibi belgelerin

<sup>9</sup> Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk, Birinci Cilt*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1965, ss. 235-239.

<sup>10</sup> Yücel Acer, İbrahim Kaya, *Uluslararası Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 67; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 232; Rona Aybay, Elif Oral, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016, s. 40; Loretta Ortiz Ahlf, *Derecho Internacional Publico*, Oxford University Press, Mexico, 2011, s. 52.

<sup>11</sup> Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London, 1997, s. 56.

<sup>12</sup> Emre Öktem, *Uluslararası Teamül Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss. 338-348.

<sup>13</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf), Erişim Tarihi: 22.05.2021.

<sup>14</sup> Bu antlaşma hakkında bilgi için bakınız. Larry May, *Ancient Legal Thought: Equity, Justice, and Humanity From Hammurabi and the Pharaohs to Justinian and the Talmud*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, ss. 191-193. Bu antlaşmanın öncesinde de özellikle Antik Yakın Doğu'da imzalanan antlaşma belgelerine rastlanabilmektedir. Robert Kolb, “The Basis of Obligation in Treaties of Ancient Cultures - Pactum Est Servandum?”, *International Law and Islam: Historical Explorations*, Ed. Ignacio de la Rasilla del Moral, Ayesha Shahid, Brill Nijhoff, Leiden, 2019, s. 113.

imzalanmasından beridir, uluslararası düzene şekil veren normların başlıcaları teamüller ve antlaşmalardır.

Bu makalenin konusunu teşkil eden teamül kurallarının antlaşmalar ile ilişkisini incelemeden önce, teamül kurallarının kısaca uluslararası hukuktaki anlamına ve oluşumuna değinmekte fayda vardır. Bundan sonra ise teamül kuralları ile antlaşma arasındaki ilişkiyi incelemeye geçilecektir.

## I. Uluslararası Teamül Kurallarının Oluşumu

Uluslararası hukuk sisteminin rızai karakteri dolayısıyla, uluslararası teamül kurallarının oluşumunun da büyük ölçüde devletlerin ve belli ölçülerde uluslararası örgütlerin rızası üzerine şekillendiğini söyleyebiliriz. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde teamülden, “*hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı*”<sup>15</sup> olarak bahsedilmektedir. Uluslararası hukukta genel olarak kabul edildiği gibi teamül kuralının oluşumunda iki unsur üzerinden inceleme yapılmaktadır. Bunlar devletlerin ve belli ölçülerde uluslararası örgütlerin pratiği anlamına gelen *usus* ve bu pratiklerin hukuk olduğuna dair inanç olan *opinio juris* olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu iki unsurlu inceleme tarzı hem doktrinde, hem yargı kararlarında<sup>16</sup> hem de son olarak Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun teamüller hakkındaki taslak sonuçlarında<sup>17</sup> benimsenmektedir.

Uluslararası teamül kuralının oluşumunda aranan maddi unsur (*usus*), pratiğin veya davranışların yinelenmesi (*repetitio facti*) ve bunların büyük ölçüde yeknesak olmasını anlatmaktadır. Buradan çıkacak sonuç tek bir davranışın varlığının teamül kuralı yaratmaya yetmeyeceğidir.<sup>18</sup> Fakat burada belirtmek gerekir ki, bir uluslararası teamül kuralının oluşması için gereken süre konusunda kesin bir ölçüt bulunmamaktadır ve her durum için ayrı bir inceleme yapılması gerekir.<sup>19</sup> Yine değinmek gerekir ki, teamül kuralının oluşmasında devletlerin o konuyla ilgili davranışlarının bir örnekliliği kuralın oluşum süreci içinde daha fazla

<sup>15</sup> Statute of the International Court of Justice, 1945, [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj\\_statute\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf), Erişim Tarihi: 16.10.2021.

<sup>16</sup> Rudolf Bernhardt, “Customary International Law”, *Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rudolf Bernhardt, Elsevier, Amsterdam, 1984, ss. 61-66.

<sup>17</sup> International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, A/73/10, 2018.

<sup>18</sup> Joseph G. Starke, *Introduction to International Law*, Butterworths, London, 1977, s. 43.

<sup>19</sup> Ricardo Abello-Galvis, “La Costumbre como Fuente del Derecho Internacional: Una Caja de Pandora Imposible de Cerrar”, *Derecho Internacional: Varias Visiones, un Maestro, Liber Amicorum en Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Ed. Ricardo Abello-Galvis, Editorial Universidad del Rosario, Bogota, 2015, s. 13. Uluslararası hukukta bir teamülün ani olarak oluşabileceği (*instant custom*) hakkında görüşler de bulunmaktadır. Bu konu hakkındaki tartışmayı başlatan çalışma için bakınız. Bin Cheng, “United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?”, *Indian Journal of International Law*, Vol. 5, 1965, ss. 23-48.

etki doğurur.<sup>20</sup> Özellikle evrensel teamül kurallarının oluşmasında tüm devletlerin aynı davranışının oluşması bazı hallerde imkânsız olabilir. Ama teamül kuralının uygulanacağı mekân daraldıkça, örneğin bölgesel teamül kuralları gibi, mekânda yer alan devletlerin davranışlarının yeknesak ve katılımın daha yüksek olması beklenir. Hatta iki devlet arasında hak ve yükümlülükler yaratacak teamüllerin oluşmasına engel yoktur.<sup>21</sup> Hangi davranışların teamül kurallarını oluşturabilen davranışlar olabileceği meselesine bakarsak, devletlerin organlarının sadece dışa yönelik davranışları (antlaşmalar, notalar, uluslararası örgütlerdeki davranışlar vb.) değil, içe yönelik davranışları da (kanunlar, idari işlemler, yargı kararları) maddi unsur bakımından dikkate alınacaktır.<sup>22</sup>

Uluslararası teamülün oluşumunda aranan manevi unsur (*opinio juris*) ise, teamülü yaratacak pratiğin, pratiğe katılacak aktörlerin hukuki yükümlülükler doğurma inancı ile yapılması gereği ile ilgilidir. Devletlerin gerçekleştirdiği bir eylemin sıklığı veya niteliği ne olursa olsun, bu eylemin bir hukuk kuralı olduğuna dair bir inanç olmadığı müddetçe teamül kuralı oluşmamaktadır.<sup>23</sup> Pek tabiidir ki bu inanca vakıf olmak, insanlarda olduğu gibi devletler ve uluslararası örgütlerde (açıklamaları, rızaları veya çekindikleri hususlar gibi) onların davranışlarından çıkarılacak bir husustur.<sup>24</sup> Maddi unsur olarak devlet pratiğinin ve psikolojik unsur olan *opinio juris*'in birbirleri ile iç içe geçmiş olmaları beklenir.<sup>25</sup> İki unsurdan hangisinin daha önce olduğunu sorgulamak sonsuz bir döngüye girilmesine sebep olabilir. Genellikle devletlerin bir davranışı sergilemelerindeki amaçları o davranışın bir hukuk kuralına dönüşmesi emeli değil, devletlerin belli bir takım ihtiyaçlarının karşılanmasıdır.<sup>26</sup> Siyasi çıkarlar veya ekonomik ihtiyaçlar neticesinde ortaya çıkan davranışların, daha sonra hukuk kuralları olduklarına dair inançla birleşmeleri ve sürekli uygulanmaları ile teamül kurallarının oluştuğunu söylemek mümkündür.

Çalışmamızın ana konusu teamül kurallarının ortaya çıkışı olmadığı için bu konudaki tartışmaları incelemekten ziyade doğrudan teamülün antlaşmalarla hangi noktalarda iletişime geçtiği hususuna değinilecektir. Dolayısıyla, öncelikle uluslararası hukukun önemli bir kaynağının diğer başat kaynakla nasıl bir ilişki içinde olduğunu incelemek gerekmektedir. Günümüzde antlaşmaların sayısı-

<sup>20</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 98.

<sup>21</sup> ICJ, Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960, s. 44.

<sup>22</sup> Benedetto Conforti, *Derecho Internacional*, Zavalia, Buenos Aires, 1995, s. 54.

<sup>23</sup> Tullio Treves, *Diritto Internazionale, Problemi Fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, s. 225.

<sup>24</sup> Alfred Verdross, Bruno Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010, s. 355.

<sup>25</sup> Emre Öktem, *a.g.e.*, s. 53.

<sup>26</sup> Emre Öktem, *a.g.e.*, s. 56.

nın epey arttığı bir zamanı yaşamaktayız ve bu yüzden Divanı'nın belirttiği gibi aynı konularda hem antlaşma kuralları hem de teamül kuralları bulunabilmekte ve ikisinin de geçerlilikleri çoğu zaman sürmektedir.<sup>27</sup> Bu yüzden pek çok halde iki kaynağın birbiriyle nasıl ilişkiler içinde olduğu uluslararası hukukun önemli bir meselesi haline gelmektedir. Bu ilişkiler çok çeşitlidir. İki kaynağın arasındaki ilişki tarzlarına bakıldığında, teamülün meydana gelmesinde antlaşmanın rolünden teamül kurallarının antlaşmanın geçerliliğini etkilemesine, antlaşmanın teamül kurallarını sistematik hale getirmesinden antlaşmanın yorumlanmasında teamülün etkisine kadar pek çok ilişki olduğu görülmektedir.<sup>28</sup> Çalışmada bu hususlara ayrı ayrı değinilecektir.

## II. Teamülün Kanıtı Olarak Antlaşmalar

Teamülün oluşumunda uluslararası hukuk kişilerinin (büyük oranda devletlerin) uygulamaları kurucu bir rol üstlenmekte ve bu uygulamaların önemli bir çeşidini de antlaşmalar oluşturmaktadır.<sup>29</sup> Bu bakımdan bir teamülün oluştuğunu kanıtlamak için genellikle antlaşmalara müracaat edildiği, onların teamülün oluştuğunu kanıtlamada bir araç olarak kullanıldığını görmekteyiz. Bu husus Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun teamüller ile ilgili yaptığı taslak sonuçlar çalışmasının 11. maddesinde de belirtilmiştir. Bu madde şu ifadeleri kullanmaktadır:

*“1. Eğer antlaşma kuralı:*

*(a) antlaşmanın yapıldığı zaman var olan bir uluslararası teamül hukuku kuralını kodifiye ettiyse;*

*(b) antlaşmanın yapılmasından önce oluşmaya başlamış bir uluslararası teamül hukuku kristalleşmesine sebep olduysa;*

*(c) hukuk olarak kabul edilen (opinio juris) genel bir uygulamaya, böylece yeni bir uluslararası teamül hukuku kuralını oluşturmaya, sebebiyet verdiyse; bir antlaşmada koyulan bir kural, bir uluslararası teamül hukuku kuralını yansıtabilir.*

*2. Bir kuralın birkaç antlaşmada yer alması, muhakkak olmamakla birlikte, antlaşma kuralının bir uluslararası teamül hukuku yansıttığını gösterebilir.”<sup>30</sup>*

<sup>27</sup> ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986, prg. 179.

<sup>28</sup> José Antonio Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2010, ss. 74-78.

<sup>29</sup> Karol Wolfke, *Custom in Present International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 141.

<sup>30</sup> International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, A/73/10, 2018.



Günümüze gelinceye değin uluslararası hukukta antlaşmaların sayısı epey artmış ve neredeyse uluslararası ilişkilerin her mecrasında antlaşmalar yapılmıştır. Antlaşmalar, taraflarının beklentilerini ve davranışlarını belirlemede ve öngörmeye en önemli vasıtalarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>31</sup> Doğaldır ki, her antlaşma spesifik bir teamülün oluşması anlamına gelmemektedir. Örneğin bir devletin başka bir devlete askeri yardımını öngören antlaşmanın teamül yaratıcı etkisinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Fakat bazı antlaşmaların teamül kurallarını oluşturucu etkileri olabilir. Bu durumu Divan, Kuzey Denizi Kıta Sahaneliği Davaları'nda ortaya koymuştur.<sup>32</sup> Bu manada özellikle iki taraflı antlaşmaların teamülün oluşmasına etki etmesi için bu antlaşmaların geliştirilebilir hükümler içermesi gerekmektedir.<sup>33</sup> Örnek olarak aşağı yukarı aynı ifadelerle kamulaştırma standartlarını ve adil ve hakkaniyetli muamele standardını düzenleyen ikili yatırım antlaşmalarını vermek mümkündür. Yine pek âlâ, bazı devletlerin belli teamüllerin kendilerine uygulanmasından kaçmaları için de antlaşma akdetmeleri ihtimal dâhilindedir.<sup>34</sup> Fakat örneğin bazı kendine has bir rejim yaratan çok taraflı antlaşmaların, evrensel anlamda geniş bir devlet uygulamasını göstermeleri nedeniyle teamülün ispat vasıtası olarak kullanılabilirliği mümkündür. Böyle bir durumun varlığını ortaya koymak için çok taraflı antlaşmanın taraflarının önemli bölümünün antlaşmadan menfaatleri etkilenen taraf olup olmadığı, antlaşmadaki çekince rejiminin yapısı gibi hususlara bakmak gerekecektir.<sup>35</sup> Antlaşmalar devletlerin iradesini yansıtan araçlar oldukları için teamülün oluşması için gereken *opinio juris*'in varlığını da gösterebilir. Bunun için antlaşmaların hazırlık çalışmalarında devletlerin görüşleri, antlaşmalardaki taraf sayısı veya antlaşmalardaki düzenlemelerin niteliği gibi konular kuşkusuz önem teşkil edecektir.<sup>36</sup>

Bazı çok taraflı antlaşmalar ise zaten uygulanan teamül kurallarının kodifiye edilmesi ile oluşturulmaktadır. Bu tip antlaşmaların hükümlerinin hepsi olmasa da çoğunun teamül kurallarını yansıttığını da belirtmek sorun olmayacaktır. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ve 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi bu tip antlaşmalara örnek olarak gösterilebilir. Bu manada antlaşmaların

<sup>31</sup> Anthony A. D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, New York, 1971, s. 104.

<sup>32</sup> ICJ, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969, prg. 71.

<sup>33</sup> Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968, s. 100.

<sup>34</sup> Matthias Herdegen, *Völkerrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2004, s. 138.

<sup>35</sup> Gary L. Scott, Craig L. Carr, "Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 25(1), 1996, ss. 71-94.

<sup>36</sup> Brian D. Lepard, *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, ss. 191-207.



teamül kurallarının kanıtı olarak gösterilmesinde etki olarak farklı seviyeler söz konusudur. Antlaşma zaten daha önce oluştuğuna kanaat edilen teamül kurallarını içerecek açıklayıcı etkide olabilir veya teamülün oluşma safhasında kristalize olmasına yardım edebilir veyahut da bazı alanlarda teamül kurallarının doğrudan yaratılmasını sağlayabilir.<sup>37</sup> Örneğin Divan, Namibya danışma görüşünde 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi daha yürürlüğe girmeden önce antlaşmanın sona erdirilmesi ile ilgili hükümlerinin teamül hukukunu kodifiye ettiğini belirtmiştir.<sup>38</sup> Bu durum antlaşmaların teamül kurallarının varlığını deklare etme etkisine bir örnek teşkil eder. Yine örnek olarak vermek gerekirse Divan, Kuzey Denizi Kıta Sahaneli Davaları'nda, 1958 Cenevre Kıta Sahaneli Sözleşmesi'nin çekince konulamayan ilk üç maddesinin ilgili alandaki teamül kurallarının oluşmasına yardım ettiğini veya bu kuralların kristalize olmasını sağladığını belirtmiştir.<sup>39</sup> Divan'ın bu yaklaşımı da antlaşmaların teamül kurallarının oluşmasında kristalize etme etkisini göstermektedir. Ayrıca bazen antlaşmalar tarihin dönüm noktalarında geniş katılımı ile imzalandıkları durumlarda antlaşmadaki bazı hükümler teamül yaratıcı etki de gösterebilir. Buna en iyi örnek de 1945 yılında İkinci Dünya Savaşı gibi bir dönüm noktasının hemen ertesinde imzalanan Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. maddesindeki kuvvet kullanma yasağıdır. Günümüzde bu yasağın bir teamül kuralından öte bir *jus cogens* norm teşkil ettiği de belirtilmektedir.<sup>40</sup>

### III. Özel Nitelikli Teamül Kuralının Antlaşmayı Batıl Kılması: *Jus Cogens* Örneği

Antlaşmalar ile teamül kuralları arasındaki ilişkilerin bir diğer vechesi özel nitelikli bir teamül hukuku kuralı olarak görebileceğimiz *jus cogens* nitelikteki normların, bu normlara aykırı olan antlaşma kurallarını batıl hale getirmesidir. *Jus cogens* normlar uluslararası hukukun emredici kurallarını teşkil eder ve bu tip normların varlığının uluslararası hukukta kabul edilmesi<sup>41</sup> 1969 Viyana Ant-

<sup>37</sup> Manuel Diez de Velasco Vallejo, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007, s. 142.

<sup>38</sup> ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, prg. 94.

<sup>39</sup> ICJ, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969, prg. 63.

<sup>40</sup> Olivier Corten, Vaïos Koutroulis, "The Jus Cogens Status of the Prohibition on the Use of Force: What is Its Scope and Why Does it Matter?", *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Disputation*, Ed. Dire Tladi, Brill, Leiden, 2021, ss. 629-667.

<sup>41</sup> *Jus cogens* nitelikte kuralların uluslararası hukukta mevcudiyeti hakkında mezkûr Sözleşme öncesinde Alfred von Verdross'un çalışmalarının etkisi yadsınmaz. Alfred von Verdross, "Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner's Report on the Law of Treaties", *American Journal of International Law*, Vol. 31(4), 1937, ss. 571-577; Alfred von Verdross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", *American Journal of International Law*, Vol. 60(1), 1966, ss. 55-63. Ayrıca uluslararası alanda ise 1960'lı yılların sosyalist ve gelişmekte olan ülkelerinin bu tip normların uluslararası hukukta varlığına ilişkin çabaları da bu normların kabul edilmesinde etkili olmuştur.

laşmalar Hukuku Sözleşmesi ile gerçekleşmiştir denebilir. Sözleşmenin 53. maddesinin ikinci cümlesinde *jus cogens*, diğer adıyla emredici norm (*peremptory norm*) şu şekilde tarif edilmiştir:

“Bu Sözleşme açısından, genel uluslararası hukukun bir emredici normu devletlerin uluslararası toplumu tarafından, kendisinden sapılmasına izin verilmeyen ve yalnızca aynı niteliği haiz sonraki bir genel uluslararası hukuk normu değiştirilebilen bir norm olarak kabul edilen ve tanınan bir normdur.”<sup>42</sup>

Dolayısıyla *jus cogens* normlar temel olarak evrensel nitelikte kabul gören genel uluslararası hukuk kuralları şeklinde karşımıza çıkarlar ve kendilerine aykırı olan antlaşmaları mutlak butlan ile geçersiz kılarlar. Bu tipte kuralların kaynağının hangi şekli uluslararası hukuk kaynağı olacağı noktasında doktrinde bazı muğlaklıklar olsa da, temel anlamda *jus cogens* nitelikte normların teamül kurallarından doğduğu hususu kabul görmektedir.<sup>43</sup> Örneğin Divan, Yargılama veya Geri Verme Yükümlüğüne İlişkin Sorunlar Davası’nda işkence yasağının teamül hukukunun bir parçası olduğu ve *jus cogens* norm haline geldiğinden bahsetmektedir.<sup>44</sup> *Jus cogens* normların kaynağını genel ilkeler veya antlaşmalarda arayanlar olduysa da, kaynağının teamül olduğunu belirtenlere göre daha az destek bulduğu ortaya konmuştur.<sup>45</sup> Fakat Cassese’nin belirttiği gibi bir *jus cogens* normun doğması için teamül kuralındaki *usus* (pratikler, maddi unsur) ve *opinio juris* gerekmeyecek, “devletlerin uluslararası toplumunun” bir teamül kuralının emredici karakterini kabul ettiklerini ortaya koymak yeterli olacaktır.<sup>46</sup> Bu noktada teamül kuralının *jus cogens* haline gelmesinde sürekli itiraz eden bir devletin etki doğurmasının güç olduğunu belirtmek gerekir. Keza bir evrensel teamül kuralına sürekli itiraz eden devletin, bu kural *jus cogens* norm haline geldiği takdirde itirazının etkisinin sona ereceğini de kabul etmek zaruri olacaktır.<sup>47</sup>

Hangi örnek uluslararası hukuk kurallarının *jus cogens* nitelik kazandığı konusunda değişik görüşler olmakla birlikte, genellikle verilen örnekler olarak

<sup>42</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf), Erişim Tarihi: 12.10.2021.

<sup>43</sup> Antonio Cassese, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, s. 199; Angel J. Rodrigo, “Los Criterios de Identificación de las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Ius Cogens)”, *Principios y Justicia en el Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Antonio Remiro Brotons*, Ed. Javier Díez-Hochleitner Rodríguez ve diğerleri, Dykinson, Madrid, 2018, s. 124.

<sup>44</sup> ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012, prg. 99.

<sup>45</sup> Bu konuda özellikle bakınız. International Law Commission, Second Report on Jus Cogens by Dire Tladi, 2017, A/CN.4/706, ss. 19-31.

<sup>46</sup> Antonio Cassese, “For an Enhanced Role of Jus Cogens”, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 165.

<sup>47</sup> Torsten Stein, Christian von Buttlar, *Völkerrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2012, s. 47.

soykırım yasağı, kölelik yasağı, devletlerin egemen eşitliği kuralı, self determinasyon ilkesi, deniz haydutluğu yasağı, kuvvet kullanma yasağı zikredilebilir.<sup>48</sup> Listeye farklı örnekler eklemek de mümkündür. İşte bu normlara aykırı bir antlaşma yapıldığında, antlaşmanın ilgili kısmı veya tümü baştan itibaren (*ab initio*) geçersiz olacaktır ve bu geçersizlik tüm devletler tarafından ileri sürülebilecektir.<sup>49</sup> Bu geçersizliğin aslında tüm devletleri ilgilendirmesinin nedeni, *jus cogens* normların *erga omnes* (herkese karşı) yükümlülükler yaratmasıdır. Dolayısıyla iddia edilebilir ki, *jus cogens* normun doğması uluslararası alanda bir uluslararası kamu düzeni etkisi yaratabilmiştir. İlgili geçersizliğin uluslararası camianın tüm üyelerini doğrudan veya dolaylı şekilde etkileme potansiyeli vardır. Son olarak, antlaşma ve özel nitelikli teamül kuralı olan *jus cogens* arasındaki diğer bir ilişki noktası ise, 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 64. maddesinde öngörülen yeni oluşan emredici normun hali hazırda bulunan ama bu normla çatışan antlaşmaları da batıl hale getireceğidir. Fakat böyle bir geçersizliğin etkisi *ex nunc* (ileriye etkili) olacaktır<sup>50</sup> ve emredici normun doğmasından önceki antlaşmadan kaynaklanan yükümlülükler ve haklar hukuk dünyasında varlığını sürdürmeye devam edecektir.

#### IV. Sonraki Teamül Kuralıyla Antlaşmanın Uygulamasının Değiştirilmesi

Antlaşma ile teamül arasındaki ilişkilerin bir başka boyutu, *lex posterior* ilkesi gereği sonraki teamül kuralının kendisi ile çatışan önceki antlaşmanın uygulanmasını engellemesi etkisinden farklı olarak, sonraki teamül kuralının antlaşmanın kendisi ile çatışma durumunda olduğu bazı maddelerinin taraflarınca farklı uygulamalarıyla antlaşmanın uygulamasının değiştirilmesine (*treaty modification*) yol açmaları durumudur. Böyle bir durumun meydana gelmesi için oluşan sonraki teamül kuralının, unsurları itibariyle önceki antlaşma hükümlerinin uygulanmasını değiştirmeye yönelmesi, diğer bir deyişle bu tip teamül bakımından daha yüksek bir kanıt standardının mevcut olması gerekir.<sup>51</sup> Söz konusu duruma

<sup>48</sup> Heintschel von Heinegg, "Die Völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrechts", *Völkerrecht: Ein Studienbuch*, Ed. Knut Ipsen, Beck, München, 2014, s. 453. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun *jus cogens* normlar hakkındaki taslak madde çalışmaları bağlamında Dire Tladi tarafından hazırlanan dördüncü raporda yukarıda sayılan örnekler haricinde saldırı yasağı, apartheid yasağı, insanlığa karşı suçlar yasağı, uluslararası hukukun temel kuralları gibi örnekler de sınırlayıcı bir liste olmamak üzere verilmektedir. International Law Commission, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (*jus cogens*) by Dire Tladi, 2019, A/CN.4/727.

<sup>49</sup> Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, ss. 142-143.

<sup>50</sup> Kirsten Schmalenbach, "Article 64: Emergence of a New Peremptory Norm of General International Law ("jus cogens")", *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Ed. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, Springer, Berlin, 2018, ss. 1204-1205.

<sup>51</sup> Irina Buga, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 223.

yol açabilecek en yatkın teamül kuralı, sözleşmeyle bağlantılı (*treaty-related*) ve sözleşmenin uygulanma alanında oluşan teamül kurallarıdır. Bu duruma örnek olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin oylamasına ilişkin Birleşmiş Milletler Şartı'nın 27. maddesinde geçen daimi üyelerin olumlu oy şartının, sonraki yıllarda daimi üyelerin çekimser olmalarının kararın çıkmasına engel olmaları yönünde anlaşılması durumu gösterilebilir.<sup>52</sup>

Bunun haricinde bir teamül kuralının belli bir zamanda antlaşmanın kaldırılmasına yönelmesi de mümkündür. Bu halde antlaşmanın tarafları antlaşmanın gereklerini yerine getirmekten kaçınarak zamanla bu antlaşmanın kaldırılması yönünde bir teamül oluşturabilirler.<sup>53</sup> Bu durum uluslararası hukukta *desuetude* denilen olgunun bir görünümüdür.<sup>54</sup>

## V. Sistemik Uyum (Entegrasyon) İlkesi ve Antlaşmaların Yorumlanmasında Teamül Kurallarının Etkisi

Antlaşmalar ve teamül kuralları arasında her zaman çatışma olmadığı, bazı durumlarda birlikte uygulanabildikleri veya birbirlerinin yorumlanmasında etkili olabildiklerinden söz etmek mümkündür. Fakat uluslararası hukukta tek bir kanun koyucu otoritenin ve kaynaklar arasında bir hiyerarşinin olmaması, uluslararası hukuk kaynakları arasında bazı durumlarda çatışmaya da neden olabilmektedir. Çatışma olsun ya da olmasın, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin m.31(3) (c) hükmü söz konusu iki uluslararası hukuk kaynağı arasındaki ilişkinin belirlenmesinde rol oynayabilir. Bahsi geçen maddede aşağıdaki ifadeler yer almaktadır;

“ Madde 31- *Genel Yorum Kuralı*

...

3. Bu çerçeve ile birlikte şunlar da *dikkate alınır*.

...

*c-Taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilecek, milletlerarası hukukun konu ile ilgili bir kuralı”*<sup>55</sup>

Bir uyuşmazlıkta uyuşmazlığa konu olan uluslararası hukuk kuralları yorumlanırken, eğer varsa uyuşmazlığın konusuna ilişkin ve taraflar arasında uygulanabilecek diğer uluslararası hukuk kurallarının da dikkate alınmasını gerektiren bu maddenin “sistemik uyum (entegrasyon)” ilkesini (*the principle of systemic integration*) içer-

<sup>52</sup> Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, ss. 200-201.

<sup>53</sup> Andreas von Arnould, *Völkerrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016, s. 119.

<sup>54</sup> Jan Wouters, Sten Verhoeven, “Desuetudo”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2008.

<sup>55</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf), Erişim Tarihi: 12.10.2021.

diği kabul edilmektedir.<sup>56</sup> Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinde antlaşmaların yorumuna ilişkin genel kurallar düzenlenmiştir. Sistemik uyum ilkesi de bizzat yorum ilkelerinden birini teşkil eder. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yoruma ilişkin 31. maddesi bir bütün olarak teamül kuralı olarak kabul edilmektedir.<sup>57</sup> Dolayısıyla, sistemik uyum ilkesinin uygulanması için uyuşmazlığa taraf olan devletlerin Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmaları zorunlu değildir. *Lex posterior legi derogat legi priori* ve *lex specialis legi derogat legi generali* gibi yorum ilkelerinin aksine sistemik uyum ilkesi, bir kuralın diğerine tercih edilmesini gerektirmemektedir. Bilakis, sistemik uyum ilkesinin çıkış noktası tüm uluslararası hukuk normlarının geçerliliklerini aynı hukuk düzeninden alıyor olmasıdır. Hukuksal bir akıl yürütme yolu ile tüm normlar tek bir sistem içerisinde düşünülerek, aralarında ilişki belirlenir ve anlamlı bir bütün haline gelirler.<sup>58</sup>

Konuya dönecek olursak, bir uyuşmazlıkta konuya ilişkin antlaşma ve aynı konuya ilişkin bir teamül kuralı bulunuyor ise yargı mercii, antlaşma maddesini teamül kuralını da dikkate alarak birbirleri ile uyumlu veya birbirlerini tamamlayacak şekilde yorumlayabilir. Mahkemenin aynı konuda başka bir kuralı saptamış ve onu yorumda kullanmış olması, uygulanacak hukuku etkilememektedir. Diğer bir deyişle, uygulanacak hukuk ile bu hukuk yorumlanırken yararlanılan kurallar arasında fark vardır. Genel yargı yetkisi olmayan bir yargı mercisinin bile yorumda diğer kuralları gözetmesi mümkün olabilir. Sistemik uyum ilkesi ile yapılan yorum, teamül ve antlaşma maddesi arasındaki ilişkiyi kurmuş olur denilebilir. Bu ilkeye göre bu anlamda bir antlaşma hükmünün yorumu yapılırken, diğer yorum kuralları dışında ilgili bağlayıcı uluslararası hukuk kuralları da dikkate alınabilir ve bu kuralların içinde daha önce yapılan antlaşmalar bulunabileceği gibi bağlantılı teamül kuralları da temel alınabilir.<sup>59</sup>

Ancak teamül kuralı ile antlaşma maddesi çatışıyor ise, *lex specialis* ve *lex posterior* gibi yorum ilkelerinin de uygulanmadığı takdirde, hâkimin yine uluslararası hukukun bütünlüğünü gözeterek kuralları yorumlaması beklenir. Tarafların antlaşmadan sonra gelen teamülün uygulanmasını kabul etmeleri veya teamülün bir *jus cogens* kural olarak kabul edilmiş olması gibi istisnalar haricinde

<sup>56</sup> Campbell McLachlan, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54(2), 2005, s. 280.

<sup>57</sup> Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law; Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 2006, s. 215, para. 427.

<sup>58</sup> Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law; Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 2006, s. 208, para. 414.

<sup>59</sup> Panos Merkouris, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, s. 19.

genellikle antlaşmalar teamüllere uygulanma bağlamında üstün gelmektedir.<sup>60</sup> Sonuç olarak, antlaşma ve teamül kuralının çatışması da yorumla saptanmış olur. Bahsedilen durumun gerçekleşme ihtimali düşük olsa da, daha fazla devlet tarafından desteklenmesi amacıyla açık uçlu bırakılan veya fazla detay içermeyen çerçeve antlaşmaların teamüllerle çatışabilme ihtimali düşük de olsa vardır.

## VI. Uluslararası Teamül Hukukunun Kodifikasyonu ve Antlaşmaların Oluşması

Teamül kuralları ile antlaşmalar arasındaki ilişkiler hususunda üzerinde durduğumuz son konu ise kodifikasyon meselesidir. Kodifikasyon, yazılı olmayan hukuk kurallarının sistemli bir biçimde yazılı hale dönüştürülmesi olarak tanımlanabilir.<sup>61</sup> Kodifikasyon daha geniş anlamda tanımlandığında ise var olan teamül hukukunun saptanması, boşluklarının doldurulması ve hukukun iyileştirilerek sistemli bir hale dönüştürülmesi anlamına gelmektedir.<sup>62</sup> Uluslararası teamül hukukunun yazılı olmayan bir kaynak olması, hukukun belirlenmesini ve teamülün varlığının kanıtlanması işini zorlaştırmaktadır. Devlet pratiğinin ve *opinio juris*'in belirgin olmadığı veya değişkenlik gösterdiği durumlarda teamül hukukunun varlığı ve niteliği de tartışmalı hale gelebilmektedir. Bu nedenle, Uluslararası Hukuk Komisyonu başta olmak üzere farklı uluslararası kuruluşlar tarafından yazılı olmayan uluslararası teamül hukukunun kodifikasyonu çalışmaları yapılmaktadır.

Yazılı olmayan teamül hukukunun kodifiye edilmesi ilk olarak savaş ve tarafsızlık hukukunun yazılı hale getirilmesi ile başlamıştır.<sup>63</sup> Milletler Cemiyeti döneminde birkaç başarısız kodifikasyon girişimi olsa da asıl olarak Birleşmiş Milletler döneminde uluslararası hukukun kodifikasyonu ve kademeli geliştirilmesine yönelik adımlar atılmıştır.<sup>64</sup> Birleşmiş Milletler Şartı madde 13(1)(a)'da "*uluslararası hukukun tedricen geliştirilmesi ve yasalaştırılması*" görevinin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na (Genel Kurul) verilmiş olduğu görülmektedir.<sup>65</sup> Bu görev de genellikle Genel Kurul tarafından 1947 yılında oluşturulan

<sup>60</sup> Carlo Focarelli, *Lezioni di Diritto Internazionale I, Il Sistema degli Stati e i Valori Comuni Dell'umanita*, CEDAM, Padova, 2008, s. 190.

<sup>61</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu Statüsü, Madde 15.

<sup>62</sup> Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 232; Kamuran Reçber, *Uluslararası Hukuk Ders Kitabı*, Dora Yayınları, Bursa, 2014, s. 197.

<sup>63</sup> Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 99.

<sup>64</sup> Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 99.

<sup>65</sup> Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, Erişim tarihi: 12.10.2021 [https://turkey.un.org/sites/default/files/2020-02/UN-charter-turkish\\_0.pdf](https://turkey.un.org/sites/default/files/2020-02/UN-charter-turkish_0.pdf). Birleşmiş Milletler Şartı'nın sözü konusu Türkçe tercümesinde "yasalaştırma" olarak yer alan, İngilizce "codification" kelimesi "kodifikasyon" veya "kodlaştırma" olarak da tercüme edilebilir. Hüseyin Pazarıcı'ya göre kodifikasyon, "uygulanan hukukta etki doğurması amacıyla" çok taraflı antlaşmaların hazırlanmasına yönelik yapılan çalışmalar ve yöntemleri ifade etmektedir. Hüseyin Pazarıcı, *a.g.e.*, s. 233. Çalışmada yasalaştırma yerine, anlamı daha iyi verebilmek adına kodifikasyon kelimesi tercih edilmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu aracılığıyla yerine getirilmektedir.<sup>66</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu'nu diplomasi hukuku, deniz hukuku, antlaşmalar hukuku gibi teamül kurallarının kodifikasyonuna katkıları olmuştur.<sup>67</sup> Uluslararası Hukuk Komisyonu, bir uluslararası hukuk alanındaki kodifiye çalışmasını Genel Kurul'un isteği veya kendi kararıyla başlatmakta, konu hakkında özel raportörler atayarak çalışmalarına başlamaktadır.<sup>68</sup> Sonrasında ise Komisyon'un çeşitli hukuk çevrelerinden seçilmiş hukukçuları o alandaki hukuk kurallarını tedvin etme faaliyetini yürütürler ve taslak metinler ortaya koyarlar. Uluslararası Kızılhaç Komitesi, Uluslararası Hukuk Derneği, Uluslararası Hukuk Enstitüsü gibi kuruluşlar da yaptıkları çalışmalarla uluslararası hukukun kodifikasyonuna dolaylı (resmi olmayan) katkılar vermektedir.

Uluslararası teamül hukukunun uluslararası antlaşmalarla olan ilişkisi de burada devreye girmektedir. Kodifiye edilen teamül hukuku kuralları genellikle bir antlaşma haline getirilerek yazılı hale getirilirler. Uluslararası teamül hukukun uluslararası mahkemelerce saptanması olağandır, ancak mahkeme kararları arasında bir tutarsızlık oluşabilir.<sup>69</sup> Dolayısıyla, teamül hukukunun sistemli bir şekilde yazıya dökülmesi önem teşkil etmektedir. Bu durum teamül kurallarının kanıtlanmasını epey kolaylaştırmaktadır. Öte yandan kodifikasyon sırasında bazı kuralların mevcut zaman içerisindeki ihtiyaçlara göre değiştirilerek kodifiye edilmesine bazı devletler katılmamaktadır. Söz konusu devletlerin kodifiye edilen hukuk ile bağlı olmayacağı yönünde bir görüş vardır.<sup>70</sup> Söz konusu görüşe göre, kodifikasyon antlaşmaları üçüncü devletler için yalnızca teamül hukukunu etkin bir biçimde kodladığı ve genel *usus* ve *opinio juris*'i iyi bir şekilde yansıttığı ölçüde bağlayıcı olabilirler.<sup>71</sup>

## Sonuç

Uluslararası hukukun en önemli iki kaynağı olan antlaşmalar ve teamüller pek çok kez birbirleriyle ilişkiye girmektedirler. Antlaşmaların ve teamüllerin büyük ölçüde aynı konuları düzenlemesi nedeniyle aralarında çoğu kez normatif örtüşmeler bulunmakla birlikte ayrıksı bazı durumlarda çatışabildikleri de görülmektedir. İki kaynak arasında normatif örtüşmelerin yaşandığı durumlarda teamül normu ve antlaşma normu aynı anda var olmakta ve aynı zaman diliminde

<sup>66</sup> Alan Boyle, Christine Chinkin, *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 167.

<sup>67</sup> Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 99.

<sup>68</sup> José Juste Ruiz, Mireya Castillo Daudí, Valentín Bou Franch, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, s. 124.

<sup>69</sup> Alan Boyle, Christine Chinkin, *a.g.e.*, s. 162.

<sup>70</sup> Kamuran Reçber, *a.g.e.*, s. 198; Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 100.

<sup>71</sup> Carlo Focarelli, *a.g.e.*, s. 100.



hukuki geçerliliklerini sürdürmektedir. Birinin varlığı diğersinin kanıtı olarak kullanılabilir. Fakat bu zaman diliminde aynı anda uygulanabilecek iki normun olduğu bilinmelidir. Söz konusu iki normun birbirleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanmaları gerekmektedir (sistemik uyum).

Teamül kurallarının antlaşmalarla olan ilişkisinde birbirlerini tamamlama ve birlikte uygulanmanın yanı sıra yukarıda bahsedilen çatışma durumunda olmaları da mümkündür. Çatışma halinde olduklarında karşımıza üç sonuç çıkmaktadır. Teamül kuralları antlaşmaların uygulamalarını değiştirebilmekte, antlaşmaları mutlak butlan ile geçersiz kılmakta veya antlaşmanın metrukiyetine (*desuetude*) sebebiyet verebilmektedir.



## Kaynakça

- Abello-Galvis, Ricardo, “La Costumbre como Fuente del Derecho Internacional: Una Caja de Pandora Imposible de Cerrar”, *Derecho Internacional: Varias Visiones, un Maestro, Liber Amicorum en Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*, Ed. Ricardo Abello-Galvis, Editorial Universidad del Rosario, Bogota, 2015, ss. 3-27.
- Acer, Yücel, Kaya, İbrahim, *Uluslararası Hukuk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Aksar, Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Aybay, Rona, Oral, Elif, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2016.
- Bernhardt, Rudolf, “Customary International Law”, *Encyclopedia of Public International Law*, Ed. Rudolf Bernhardt, Elsevier, Amsterdam, 1984, ss. 61-66.
- Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Uluslararası Adalet Divanı Statüsü, [https://turkey.un.org/sites/default/files/2020-02/UN-charter-turkish\\_0.pdf](https://turkey.un.org/sites/default/files/2020-02/UN-charter-turkish_0.pdf), Erişim tarihi: 12.10.2021.
- Boyle, Alan, Chinkin, Christine, *The Making of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Buga, Irina, *Modification of Treaties by Subsequent Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
- Casado Raigón, Rafael, *Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 2020.
- Cassese, Antonio, “For an Enhanced Role of Jus Cogens”, *Realizing Utopia: The Future of International Law*, Ed. Antonio Cassese, Oxford University Press, Oxford, 2012, ss. 158-171.
- Cassese, Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Cheng, Bin, “United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?”, *Indian Journal of International Law*, Vol. 5, 1965, ss. 23-48.
- Conforti, Benedetto, *Derecho Internacional*, Zavalía, Buenos Aires, 1995.
- Corten, Olivier, Koutroulis, Vaios, “The Jus Cogens Status of the Prohibition on the Use of Force: What is Its Scope and Why Does it Matter?”, *Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens): Disquisitions and Disputation*, Ed. Dire Tladi, Brill, Leiden, 2021, ss. 629-667.
- Çelik, Edip F., *Milletlerarası Hukuk, Birinci Cilt*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1965.
- D’Amato, Anthony A., *The Concept of Custom in International Law*, Cornell University Press, New York, 1971.
- Danilenko, Gennady M., *Law-Making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.
- Diez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007.

- Focarelli, Carlo, *Lezioni di Diritto Internazionale I, Il Sistema degli Stati e i Valori Comuni Dell'umanita*, CEDAM, Padova, 2008.
- Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law; Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 2006.
- Herdegen, Matthias, *Völkerrecht*, Verlag C. H. Beck, München, 2004.
- ICJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971.
- ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986.
- ICJ, North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark), Judgment of 20 February 1969.
- ICJ, Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment of 20 July 2012.
- ICJ, Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), Judgment of 12 April 1960.
- International Law Commission, Draft Conclusions on Identification of Customary International Law, A/73/10, 2018.
- International Law Commission, Fourth Report on Peremptory Norms of General International Law (jus cogens) by Dire Tladi, 2019, A/CN.4/727.
- International Law Commission, Second Report on Jus Cogens by Dire Tladi, 2017, A/CN.4/706.
- Juste Ruiz, José, Castillo Daudí, Mireya, Bou Franch, Valentín, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.
- Kimminich, Otto, *Einführung in das Völkerrecht*, K.G. Saur KG, München, 1983.
- Kolb, Robert, "The Basis of Obligation in Treaties of Ancient Cultures - Pactum Est Servandum?", *International Law and Islam: Historical Explorations*, Ed. Ignacio de la Rasilla del Moral, Ayesha Shahid, Brill Nijhoff, Leiden, 2019, ss. 110-126.
- Lepard, Brian D., *Customary International Law: A New Theory with Practical Applications*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge, London, 1997.
- May, Larry, *Ancient Legal Thought: Equity, Justice, and Humaneness From Hammurabi and the Pharaohs to Justinian and the Talmud*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
- McLachlan, Campbell, "The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54(2), 2005, ss. 279-319.

- Meray, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş, Birinci Cilt*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1968.
- Merkouris, Panos, *Article 31(3)(c) VCLT and the Principle of Systemic Integration*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.
- Moncayo, Guillermo R., Vinuesa, Raúl E., Gutiérrez Posse, Hortensia D. A., *Derecho Internacional Público, Tomo I*, Zavalía, Buenos Aires, 1990.
- Oppenheim, Lassa, *International Law: A Treatise, Vol. 1 Peace*, Hersch Lauterpacht (Ed), Longmans, London, 1955.
- Orakhelashvili, Alexander, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, Oxford University Press, Mexico, 2011.
- Öktem, Emre, *Ulusallararası Teamül Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Pastor Ridruejo, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2010.
- Pazarcı, Hüseyin, *Ulusallararası Hukuk Dersleri, Birinci Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Pazarcı, Hüseyin, *Ulusallararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Reçber, Kamuran, *Ulusallararası Hukuk Ders Kitabı*, Dora Yayınları, Bursa, 2014.
- Rodrigo, Angel J., “Los Criterios de Identificación de las Normas Imperativas de Derecho Internacional General (Ius Cogens)”, *Principios y Justicia en el Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Antonio Remiro Brotons*, Ed. Javier Díez-Hochleitner Rodríguez ve diğerleri, Dykinson, Madrid, 2018, ss. 123-131.
- Schmalenbach, Kirsten, “Article 64: Emergence of a New Peremptory Norm of General International Law (“jus cogens”)”, *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Ed. Oliver Dörr, Kirsten Schmalenbach, Springer, Berlin, 2018.
- Scott, Gary L., Carr, Craig L., “Multilateral Treaties and the Formation of Customary International Law”, *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 25(1), 1996, ss. 71-94.
- Starke, Joseph G., *Introduction to International Law*, Butterworths, London, 1977.
- Statute of the International Court of Justice, 1945, [https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj\\_statute\\_e.pdf](https://legal.un.org/avl/pdf/ha/sicj/icj_statute_e.pdf), Erişim Tarihi: 16.05.2021.
- Stein, Torsten, von Buttlar, Christian, *Völkerrecht*, Verlag Franz Vahlen, München, 2012.
- Thirlway, Hugh, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- Treves, Tullio, *Diritto Internazionale, Problemi Fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005.
- Verdross, Alfred, Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, Duncker & Humblot, Berlin, 2010.

- Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1\\_1\\_1969.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf), Erişim Tarihi: 22.05.2021.
- Villiger, Mark E., *Customary International Law and Treaties: A Manual on the Theory and Practice of the Interrelation of Sources*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.
- von Arnould, Andreas, *Völkerrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016.
- von Heinegg, Heintschel, “Die Völkerrechtlichen Verträge als Hauptrechtsquelle des Völkerrechts”, *Völkerrecht: Ein Studienbuch*, Ed. Knut Ipsen, Beck, München, 2014.
- von Verdross, Alfred, “Forbidden Treaties in International Law: Comments on Professor Garner’s Report on the Law of Treaties”, *American Journal of International Law*, Vol. 31(4), 1937, ss. 571-577.
- von Verdross, Alfred, “Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 60(1), 1966, ss. 55-63.
- Wolfke, Karol, *Custom in Present International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.
- Wouters, Jan, Verhoeven, Sten, “Desuetudo”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online edition, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford 2008.

# Anayasa Mahkemesi'nin Vergi ve Matrah Artırımına İlişkin Kararının Ölçülülük İlkesi Yönünden Değerlendirilmesi<sup>(\*)</sup>

## *Evaluation of the Constitutional Court's Decision on Tax and Tax Base Increase in Terms of the Principle of Proportionality*

Arş. Gör. Sinan Can AVCİ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Son yıllarda vergi ve matrah artırımına yönelik pek çok yasal düzenleme yapılmış ve bunlar arasında yer alan 7143 Sayılı Kanunla, matrah artırımdan yararlanan ancak ödeme koşullarını yerine getirmeyen mükellefler hakkında takip işlemleri yanında vergi incelemesinin de yapılabileceğine ilişkin hüküm ilk kez getirilmiştir. Söz konusu hükmün Anayasa'nın 2, 10. ve 73. maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle somut norm denetimi yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Mahkeme, mükerrer vergilendirme ihtimali halinde mevcut usulü güvenceleri yeterli görerek ödemede kusuru bulunan mükellef hakkında vergi incelemesi yapılmasında ölçülülüğe aykırı bir yön bulmamıştır. Bu çalışmada, 7143 Sayılı Kanun'un vergi ve matrah artırımına ilişkin hükümleri ve Anayasa Mahkemesi'nin bu düzenlemeye dair kararı incelenmiştir. Kanunda öngörülen iki ayrı önlemin mükelleflere külfet yükleyip yüklenmediği meselesi, mülkiyet hakkı ve ölçülülük ilkesi ışığında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

### Anahtar Kelimeler

Vergi ve Matrah Artırımı, Mülkiyet Hakkı, Ölçülülük, Mükerrer Vergilendirme, Gecikme Zammı.

### Abstract

In recent years, many legal arrangements have been made for tax and, tax base increase. With the Law No.7143, which is among them the provision that tax examinations can be made in addition to the follow-up procedures for tax payers who do not pay the tax base increase, introduced for the first time. Due to the fact that the aforementioned provision is in violation of Articles 2, 10 and 73 of the Constitution, an application was made to the Constitutional Court through concrete review of laws. The Court did not find anything contrary to proportionality in the provision of a tax examination for the tax payer who has failed to pay, considering the procedural safeguards sufficient for the possibility of double taxation. In this study, the provisions of the Law No. 7143 on tax and tax base increase and the decision of the Constitutional Court on this regulation were examined. The issue of whether two separate measures envisaged in the law impose a burden on the taxpayers has been tried to be evaluated in the light of the property right and the principle of proportionality.

### Keywords

Tax and Tax Base Increase, Right of Property, Proportionality, Double Taxation, Latefee.

(\*) [Makale geliş tarihi:](#) 14.06.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 03.08.2021.

(\*\*) Sakarya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

[E-posta:](mailto:sinanavci@sakarya.edu.tr) sinanavci@sakarya.edu.tr.

[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0002-2160-4685) <https://orcid.org/0000-0002-2160-4685>.

## Giriş

Ülkemiz pratiğinin bir gerçeği haline gelen ve vergi affı niteliğindeki tahsilatın hızlandırılması<sup>1</sup> veya vergide yeniden yapılandırma kanunlarıyla, yasa koyucu ödeme güçlüğü içinde bulunan vergi yükümlülerine, vergi borçlarını ödeme olanağı ve kolaylığı sağlamaktadır. Kamu borçlarının tahsili amacıyla ortalama her iki üç yılda bir yapılandırma kanunu çıkarma uygulaması nihayet 7326 Sayılı Kanun<sup>2</sup> ile devam etmiştir.<sup>3</sup> Hem kamu borçlarının yapılandırmasını hem de vergi ve matrah artırımını öngören kanun, 09.06.2021 tarihi itibari ile yürürlüğe girmiştir. 7326 Sayılı Kanun'un vergi ve matrah artırımını öngören hükümleri, gerek içerik gerek madde numaraları bakımından kendisinden önce çıkarılmış bulunan 7143 Sayılı Kanun<sup>4</sup> hükümlerinin nerdeyse birebir tekrarı mahiyetindedir.

7143 Sayılı Kanun'dan önce bu amaçla çıkarılan kanunlarda, vergi ve matrah artırımında bulunan ancak ödeme koşullarına uymayan mükellefler hakkında arttırdıkları matrahlar üzerinden gecikme zammı ile birlikte takip ve tahsil işlemlerine devam edileceği; ancak artırımda bulunulan dönemlere ilişkin vergi incelemesi yapılmayacağı açıkça belirtilmişti. 7143 Sayılı Kanun m.5/4-(a) ile ilk kez ödeme şartının ihlali halinde takip işlemlerinin yanı sıra, vergi incelemesi ve gerektiğinde cezalı tarhiyat yapılabilmesinin önü açılmıştır. Her iki önleme birlikte başvurulmasının, mülkiyet hakkını ihlal edip etmediğine dair Anayasa Mahkemesi'nce ölçülülük ilkesi çerçevesinde yapılan değerlendirmeler önem arz etmekte olup 7326 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile benzer tartışmaların yaşanması kaçınılmaz olacaktır.

Çalışmada, öncelikle 7143 Sayılı Kanun kapsamında vergi ve matrah artırımına ilişkin hükümler ele alınmış ve devamında, Anayasa Mahkemesi'nin itiraz konusu düzenlemeyi, özellikle mülkiyet hakkı ve ölçülülük ilkesi ekseninde nasıl değerlendirdiğine yer verilmiştir. Vergi yükümlülerine aşırı külfet yükleyen ve mülkiyet hakkına ölçüsüz müdahale oluşturan bu iki önlem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) standartları ışığında eleştirel bir yaklaşımla incelenmiştir.

<sup>1</sup> Ülkemizde, 414 Seri No.lu Tahsilat Genel Tebliği sonrası dönemde, tahsilatın hızlandırılması uygulaması ve ifadesinden vazgeçilmiş, bu uygulamanın yerini vergide yeniden yapılandırma uygulaması almıştır. (Çelik B. S., Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 184.)

<sup>2</sup> 7326 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, (RG: 09.06.2021, 31506).

<sup>3</sup> Yaltı, Billur, "Vergi Afları: Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar", Vergi Sorunları Dergisi, No: 272, Mayıs 2011, s. 7. (çevrimiçi, Erişim: 27.07.2021).

<sup>4</sup> 7143 Sayılı Vergi ve Diğer Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, (RG: 18.5.2018, 30425).

## I. Kavram ve İçerik: Vergi ve Matrah Artırımı

Vergi sistemimizde dört adet tarhiyat yöntemi belirlenmiştir. Bunlar: Beyannameye dayanan tarh, ikmalen vergi tarhı, re'sen vergi tarhı ve verginin idarece tarhıdır.<sup>5</sup> İdeal bir vergi sisteminin yöntemi olarak beyana dayanan tarh yönteminde vergi matrahı yükümlülerce saptanarak vergi dairesine bildirilir. Yükümlü ile vergi idaresi arasında objektif iyi niyet kurallarına dayanan bu ilişkide beyanların doğruluğu sistemin iyi işleyişi için önem arz etmekte olup beyanların maddi gerçeği yansıtmıyorsa vergi idaresince denetlenmektedir.<sup>6</sup>

Beyanların ve ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu sağlamak ve saptamak amacıyla mükelleflerin defter, belge ve kayıtları üzerinde derinlemesine araştırma yapılarak gerçekleştirilen bu denetime vergi incelemesi denir. Matrahın mükellefçe eksik bildirildiği ya da tümü ile gizlendiği durumlarda vergi idaresi tarafından ikmalen ya da re'sen tarh işlemleri yapılmaktadır. Ayrıca, mükelleflerin eylemlerinin ağırlığına ve neticelerine bağlı olarak idari/adli nitelikli yaptırımlara da başvurulmaktadır.<sup>7</sup>

Çeşitli sebeplerle noksan beyan edilmiş ya da beyan dışı bırakılmış geçmiş yıllara ait vergilerin mükelleflerce belirli oran ve tutarlar dahilinde beyan edilmesini sağlayarak karşılığında ilgili dönemlere yönelik vergi incelemesinden muafiyet tanıyan müessese vergi ve matrah artırımı müessesesidir. Amaç, vergilemede öngörülebilirliğin artırılarak geçmiş vergilendirme dönemleri ile ilgili olası risklerin ortadan kaldırılması, işletme kayıtlarının fiili durumlarına uygun hale getirilmesi ve idare - mükellef ekseninde güven ilişkisinin yeniden tesisidir. Yasa koyucu tarafından belirli aralıklarla çıkarılan yapılandırma kanunlarında bu müesseseye yer verilerek mükelleflere vergi incelemesi bakımından bir sigorta sağlanmakta ve beyan dışı kalan kamu alacaklarının hazineye en hızlı şekilde kazandırılması planlanmaktadır.

## II. 7143 Sayılı Kanun Kapsamındaki Vergi ve Matrah Artırımı

Kesinleşmiş ya da ihtilafli kamu alacaklarının yapılandırılması, uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümlenmesi, imar barışı ve vergi ve matrah artırımı öngören kanun, ilgisi gereği yalnızca vergi ve matrah artırımı yönünden incelenecektir.

### A. Kapsam ve Koşullar

Matrah ve vergi artırımı 7143 Sayılı Kanun m.5'te düzenlenmiş ve kurumlar, gelir ve katma değer vergileri artırım kapsamına alınmıştır. Kurumlar ve gelir vergisi bakımından kural, yıllık beyannameye vergiye esas alınan matrahların 2013

<sup>5</sup> Saban, N., Vergi Hukuku, Tıpkı 10. Bası, Beta Yayınları, 2020, İstanbul, s. 80.

<sup>6</sup> Öncel M. / Kumrulu A. / Çağan N. / Göker C., Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 29. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, Ankara, s. 100.

<sup>7</sup> Öncel / Kumrulu / Çağan / Göker., s. 100-102.



takvim yılı için en az %35, 2014 takvim yılı için en az %30, 2015 takvim yılı için en az %25, 2016 takvim yılı için en az %20, 2017 takvim yılı için en az %15 artırılmasıdır. Ancak mükelleflerce zarar beyan edilmiş olması, indirim ve istisnalar nedeniyle matrah oluşmaması ya da hiç beyanname verilmemiş olması (faaliyetini ve gelirlerini vergi dairesine hiç bildirmeyenler de dahil) hallerinde hem gelir vergisi<sup>8</sup> hem kurumlar vergisi<sup>9</sup> bakımından yukarıda belirtilen oranlara ek olarak parasal alt sınır getirilmiştir. Artırımda bulunan kurumlardan yatırım teşvik indiriminden faydalananların 193 Sayılı Kanun Geçici 61. madde kapsamında yapacakları tevki-fatların da kurumlar vergisi ile artırılması başka bir koşul olarak yer almıştır. Yine, gelir (stopaj) ve kurumlar (stopaj) vergileri yanında üçüncü fıkra ile hesaplanan katma değer vergisine (indirimsiz toplam tutar) de artırım imkânı getirilmiştir.<sup>10</sup>

## B. Vergi ve Matrah Artırımında Bulunmanın Sonuçları

7143 Sayılı Kanun m.5/4'te kanunda belirtilen koşullarda 31 Ağustos 2018 tarihine kadar artırım yapılacağı ve ödemelerin ilk taksiti Eylül 2018'de başlamak üzere ikişer aylık dönemler için altı eşit taksitte gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu halde, hesaplanarak veya artırılarak ödenen vergilerin, gelir veya kurumlar vergisi matrahlarının tespitinde gider veya maliyet unsuru olarak kabul edilmeyeceği, artırılan matrahlar nedeniyle geçici vergi hesaplanmayacağı ve tahsil olunmayacağı, kanunun yayım tarihinden önce başlanmış olan vergi incelemeleri ve takdir işlemlerinin iki ay içinde sonuçlandırılacağı, iki ay içinde sonuçlandırılmayan işlemlere devam edilmeyeceği, matrah veya vergi artırımını dolayısıyla mükelleflerce verilen yıllık, muhtasar ve katma değer vergisi beyannameleri ve diğer beyannameler için damga vergisi alınmayacağı, matrah veya vergi artırımını yapılan dönemlere ilişkin olarak kanuni süresinde verilmediği anlaşılan beyannameler nedeniyle usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezaları kesilmeyeceği gibi sonuçlara yer verilmiştir. Ancak, karara da konu olduğu üzere, ilgili düzenlemede ödeme koşullarına uyulmaması halinde gecikme zammıyla birlikte takip ve tahsil işlemlerine devam olunacağı ve ayrıca mükelleflerin bu madde hükümlerinden faydalanamayacağı belirtilmiştir.

<sup>8</sup> 7143 Sayılı Kanun, madde 5/1-(b): "2013 takvim yılı için 12.279 Türk lirasından, 2014 takvim yılı için 12.783 Türk lirasından, 2015 takvim yılı için 13.558 Türk lirasından, 2016 takvim yılı için 14.424 Türk lirasından, 2017 takvim yılı için 16.350 Türk lirasından; bilanço esasına göre defter tutan mükellefler ile serbest meslek erbabı için 2013 takvim yılı için 18.095 Türk lirasından, 2014 takvim yılı için 19.155 Türk lirasından, 2015 takvim yılı için 20.344 Türk lirasından, 2016 takvim yılı için 21.636 Türk lirasından, 2017 takvim yılı için 24.525 Türk lirasından az olamaz."

<sup>9</sup> 7143 Sayılı Kanun, madde 5/1-(c): "(...)2013 takvim yılı için 36.190 Türk lirasından, 2014 takvim yılı için 38.323 Türk lirasından, 2015 takvim yılı için 40.701 Türk lirasından, 2016 takvim yılı için 43.260 Türk lirasından, 2017 takvim yılı için 49.037 Türk lirasından az olamaz."

<sup>10</sup> 7143 Sayılı Kanun, madde 5/3: "(...) 2013 yılı için %3,5, 2014 yılı için %3, 2015 yılı için %2,5, 2016 yılı için %2 ve 2017 yılı için %1,5 oranından az olmamak üzere (...)



### III. Anayasa Mahkemesi Kararı

#### A. Kararın Olgusal İçeriği

Re'sen tarh edilen vergi ziyai cezalı katma değer vergisinin terkinin talebi ile açılan bir davada, tarhiyatın dayanağı olan 7143 Sayılı Kanun m.5/4-(a) bendi ikinci cümlesinde yer alan "... ancak bu hükümden yararlanamaz." ibaresinin Anayasa'nın (AY) 2., 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu iddiasını haklı bulan Trabzon Vergi Mahkemesi, somut norm denetimi yolu ile hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

İtiraz başvurusunda, 7143 Sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca matrah ve vergi artırımı yapan ancak ödeme şartını tam ve zamanında yerine getirmeyen mükellefler hakkında hem artırım yapılan matrah üzerinden 6183 Sayılı Kanun uyarınca gecikme zammı ile birlikte takip ve tahsil işlemlerine devam edilmesi hem de vergi inceleme muafiyetinin bu kişiler bakımından kaldırılmasının iki yaptırım teşkil ettiği, bu hâliyle düzenlemenin adil ve ölçülü olmadığı, hakkaniyet ilkesi ile vergide eşitlik ilkesini ihlal ettiği iddia edilmiştir.

Dava konusu olayda hukuki sorun, matrah ve vergi artırımı sonucunda tahakkuk eden vergilerin zamanında ödenmemesi durumunda 6183 Sayılı Kanun uyarınca gecikme zammıyla birlikte mükelleften tahsil edileceği, bunun yanı sıra mükellefin 7143 Sayılı Kanun'un 5. maddesi hükmünden yararlanma imkânının da ortadan kaldırılmasının, ölçülü bir düzenleme olup olmadığı ve vergide eşitlik ilkesini ihlal edip etmediğidir. Anayasa Mahkemesi; söz konusu aykırılık iddiasını, Anayasa'nın (AY) 2., 13. 35. ve 73. maddelerini dikkate alarak değerlendirme yapmış ve nihayetinde kuralın orantısız bir sınırlamaya neden olmadığı ve mülkiyet hakkına ölçüsüz bir sınırlama getirmediği sonucuna ulaşarak itirazın reddine karar vermiştir.

#### B. Kararın Hukuksal İçeriği

##### 1. Mahkeme'nin Mülkiyet Hakkı ve Ölçülülük İlkesi Eksenindeki İncelemesi

Mülkiyet hakkının ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsadığını ifade eden mahkeme, malikin mülkünü kullanma, semerelerinden yararlanma ve tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinden yoksun bırakılmasını hakka yönelik bir sınırlama olarak nitelendirmiş ve vergilendirme işleminin de bu sınırlamalardan biri olduğuna kuşku bulunmadığını ifade etmiştir.<sup>11</sup>

Mahkeme, Anayasa m.35/II uyarınca mülkiyet hakkına yönelik sınırlamaların kanunda öngörülmesi zorunluluğunun ve temek hak ve özgürlüklerin sınır-

<sup>11</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, § 12-14. (RG: 06.01.2021, 31356).

landırılmasında genel ilkeleri içeren madde 13'ün<sup>12</sup> göz önünde bulundurulması gerekliliğinin altını çizmiş, mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlamanın da kanuna dayanan, madde metninde yer alan sınırlama sebebine uygun ve ölçülü bir nitelikte olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>13</sup>

Hukuki belirlilik ilkesini hukuk devletinin temel unsurlarından biri olarak nitelendiren mahkeme, kanuni düzenlemelerin gerek idare gerek birey yönünden duraksamaya mahal vermeyecek derecede açık, net ve anlaşılır olması ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerektiğini belirterek bireyin güven duygusunu öngörülebilir hukuk normlarına bağlamış; matrahı artırılıp ödenmeyen verginin takip ve tahsiline devam edileceği ancak 7143 Sayılı Kanun 5. Maddeden yararlanılamayacağına belirten düzenlemenin ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir nitelikte olduğu sonucuna varmıştır.<sup>14</sup>

Anayasa madde 13 uyarınca, temel hak ve özgürlükler ancak ilgili maddede yer verilen sınırlama nedenlerine bağlı olarak sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının yer aldığı madde 35'te bu hakkın yalnızca kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği öngörülmüştür. Matrah ve vergi artırımında bulunmasına rağmen ödeme şartlarını yerine getirmeyen mükellef hakkında matrah artırdığı dönemler ve vergi türü ile ilgili vergi incelemesi yapılmasındaki amacın kamu alacağının eksiksiz tahsili edilmesi olduğunu kabul eden mahkeme, mükellefin beyanı ile yetinmeyip gerçek matrahın tespitinde ve bu alacağın tahsil imkanının artırılmasında kamu yararı var olduğunu ifade etmiştir.<sup>15</sup>

Bu noktaya kadar, sınırlamanın yasallığı ve meşru amaca dayanma zorunluluğu bakımından bir aykırılık görmeyen mahkeme, hükmü Anayasa m.13 uyarınca ölçülülük testine tabi tutmuştur. Kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülmesinde vergilerin tahsil edilmesinin önemi büyük olup kamu alacaklarının tahsilinin tehlikeye düşebileceği hallerde koruyucu tedbirlerin alınması doğal olarak nitelendirilmiştir<sup>16</sup> ve ödeme şartlarını yerine getirmeyen mükellefler hakkında vergi incelemesi yapılması veya başlanmış olan vergi incelemesine devam edilmesinin vergi borcunun doğru ve eksiksiz ödenmesi amaçlı bir güvence yöntemi olduğu kabul edilerek düzenlemenin elverişli ve gerekli olduğu sonucuna varılmıştır.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Anayasa, madde 13: *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."*

<sup>13</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §15-17.

<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §19-20.

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §19-20.

<sup>16</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §23.

<sup>17</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §25.

Vergi idaresinin matrah ve vergi artırımına konu vergi alacağıın tahsili amacıyla hem 6183 Sayılı Kanun hükümlerinin işletilmesi hem de iptal istemine konu hükümle getirilen vergi incelemesi muafiyetinin kaldırılması yollarının ikisine birden aynı anda başvurulabilmesini vergilendirme konusunda devletlere verilen geniş takdir yetkisi kapsamında değerlendiren mahkeme, bu iki yoldan biri işletilirken diğlerinin dikkate alınmayacağını ve mükellefin zaten artırdığı matrah ve vergi dikkate alınmaksızın yapılan inceleme ile aynı döneme ilişkin mükerrer vergilendirmeye yol açılacağını söylemenin güç olduğunu belirtmiştir.<sup>18</sup>

Ödeme yapılmaması durumunda vergi incelemesi muafiyeti imkanının ortadan kalkmasını mükellefin kusurunun bir neticesi olarak gören mahkeme, belirtilen şekil ve sürede yapmayarak kişiyi vergi inceleme muafiyeti imkanından yoksun kılanın yine mükellefin kendi eylemi olduğu yönünde bir vurgu yapmıştır.<sup>19</sup>

Matrah ve vergi artırımında bulunan mükellefe yönelik incelemeye istinaden yapılan tarhiyata karşı yargı yolunun açık olması; yargılama sürecinde tarh işleminin hukuka uygunluğu, matrah ve vergi artırım sonucunda tahakkuk eden ve 6183 Sayılı Kanun uyarınca takip ve tahsiline devam edilen vergilerin dikkate alınıp alınmadığı yönündeki incelemelerin mükerrer vergilendirme tehlikesini bertaraf edebileceğini belirten mahkeme, aynı zamanda Vergi Usul Kanunu m.117/III: *"Verginin mükerrer olması: Aynı vergi kanununun uygulanmasında belli bir vergilendirme dönemi için aynı matrah üzerinden bir defadan fazla vergi istenmesi veya alınmasıdır."* açık hükmü gereği bir başka başvuru yolu olarak Hata Düzeltme kurumunun varlığına da işaret etmiştir.<sup>20</sup>

Mahkeme AY m.13 ve m.35 kapsamındaki değerlendirmesinin sonucunda *"Bu durumda kuralla mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmiş ise de bunun kişilere şahsi olarak aşırı bir külfet yüklememesi için gerekli ve yeterli güvencelerin mevcut olduğu, bu çerçevede kuralla ulaşılmak istenen amaca ilişkin kamu yararı ile mülkiyet hakkına yönelik kişisel yarar arasında bulunması gereken makul dengenin gözetildiği anlaşılmaktadır."* şeklindeki tespiti ile ölçülülük testi bakımından da söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir.<sup>21</sup>

## 2. Mahkeme'nin Anayasa'nın Diğer Maddeleri Kapsamında Yaptığı İnceleme

Anayasa'nın *"Siyasi Hak ve Ödevler"* bölümünde yer alan 73. maddesi ile vergi ödevi düzenlenmiştir. *"Kişi ile devlet arasında vergiden kaynaklanan hukuksal ilişki sadece alacak-borç ilişkisi değil aynı zamanda bir ödev ilişkisidir. Kaynağını"*

<sup>18</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §26-27.

<sup>19</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §28.

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §29-30.

<sup>21</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §31.

*Anayasa'dan alan bu ödev gereği mükelleflerin yükümlülüklerini zamanında, usulüne uygun ve eksiksiz yerine getirmesi gerekir.*" şeklinde değerlendiren mahkeme, anayasal sınırlar içerisinde kalmak şartıyla vergi, resim ve harçların tamamı ya da bir kısmının tahsilinden ve bu ödevleri hiç veya gereği gibi yerine getirmeyenlere yönelik yaptırım uygulama yetkisinden vazgeçebilme iradesini kanun koyucunun vergilerin tarh, tahakkuk ve tahsiline ilişkin kuralları belirleme yetkisine içkin olarak nitelendirmiştir.<sup>22</sup>

Ödeme şartlarını yerine getirmemesi dolayısı ile artırım yaptığı döneme ilişkin tüm vergi ve cezalar yönünden tehdit altında kalan, kanundan doğan yükümlülüğe aykırı hareket eden mükellef hakkında inceleme ve gerektiğinde tarhiyat yapılmasında idareye makul bir yetki tanıdığını belirten mahkeme, bu yetkide anayasal vergilendirme ilkelerine aykırı bir yön görmediği gibi vergi kayıp ve kaçaklarının önlenmesi bakımından başvuru bu tedbirin anayasal ödevlerini yerine getiren mükellefler ile yerine getirmeyen mükellefler arasında vergi adaletinin sağlanmasının hedeflendiği sonucuna ulaşmıştır.<sup>23</sup>

Sonuç olarak, kuralın AY m.73'te yer alan ilkeleri de ihlal edici bir yönü bulunmaması nedeni ile Anayasa'nın 13., 35. ve 73. maddelerine aykırı olmadığını belirten Anayasa Mahkemesi, AY m.35 yönünden yapılan değerlendirmede yasallık ilkesi bağlamında hukuk devleti ilkesini de içeren bir inceleme yapıldığı için AY m.2 için ayrı bir inceleme yapmamış; kuralın AY m.10 ile ilgisi görülmediğinden bu madde ekseninde değerlendirme yapmamış ve oyçokluğu ile iptal isteminin reddine karar vermiştir.

### C. Mahkeme Kararının Ölçülülük İlkesi Perspektifinden Değerlendirilmesi

Mülkiyet, "malik" ile "şey" arasındaki bir ilişkidir.<sup>24</sup> "Malik", mülkiyet adı verilen ilişkinin birincil unsuru; "şey" ise, bu ilişkinin ikinci unsurunu oluşturur.<sup>25</sup> Mülkiyet, malik ile sahip olunmaya elverişli her çeşit şey arası bir ilişkidir.<sup>26</sup> Mülkiyet, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığını kapsamakta olup mülkiyet hakkı da tüm bunlara sahip olabilme hakkını ifade eder. Özellikle parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığının mülkiyete dahil olması, eşya hukukundan imar hukukuna, fikri mülkiyet hukukundan vergi hukukuna, idare hukukundan borçlar hukukuna birbirinden farklı dinamiklere sahip sayısız hukuk disiplini ilgilendiren bir hak hüviyeti kazandırmıştır.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §32-33.

<sup>23</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, §35-36.

<sup>24</sup> Örüçü, E. Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2132, İstanbul, 1976, s. 3.

<sup>25</sup> Örüçü, s. 4, 5.

<sup>26</sup> Örüçü, s. 6.

<sup>27</sup> Gemalmaz, H. B, "Mülkiyet Hakkı", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -6, Avrupa Konseyi, Nisan 2018, s. 2.

Anayasa'nın 35. maddesi<sup>28</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) Ek 1 No.lu Protokol 1. maddesi<sup>29</sup> ile güvence altına alınan mülkiyet hakkı, mutlak haklardan olmayıp bazı haklı nedenlerle sınırlanabilmektedir. Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca vatandaş/yabancı, gerçek/tüzel kişi ayrımı olmaksızın herkesin mülk sahibi olabileceği, hakka yönelik sınırlamaların "kamu yararı"na dayalı olarak kanunla gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. AİHS düzenlemeleri arasında "vergi" kavramının açıkça geçtiği tek madde, bireyin mülkiyetin korunmasını talep hakkını hükme bağlayan 1. Protokolün 1. maddesidir.<sup>30</sup> Ek Protokol 1 m.1'de, mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı olarak nitelendirilerek dokunulmazlığın esas olduğu vurgulanmıştır. Madde devamında hakkın ancak kamu yararı nedeni ile yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Her iki düzenlemede yer verildiği üzere mülkiyet hakkının sınırlanmasında haklı neden "kamu yararı"dır. Sınırlamada kanunilik yönünden de paralellik gösteren iki düzenleme, Ek Protokol 1 m.1'de yer verilen uluslararası hukukun genel ilkeleri kriteri bakımından ayrılmış gibi gözükse de sınırlama rejiminde genel hüküm teşkil eden AY m.13'ün<sup>31</sup> demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük kriterleri şüphesiz aynı korumayı sağlamaya ehil olup AY madde 35'i tamamlar.

*"Vergi, kamusal gereksinimlerin karşılanması için özel kesimden kamu kesimine, hukuksal zor altında, karşılıksız ve kesin olarak yapılan parasal aktarımdır."*<sup>32</sup> Vergilendirme, bireyin mülkiyet hakkına devlet müdahalesidir, içeriğini toplum yararı oluşturur.<sup>33</sup> Özel kesimden kamu kesimine hukuksal zor

<sup>28</sup> Anayasa, madde 35: "(1) Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

(2) Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

(3) Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

<sup>29</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ek Protokol 1, madde 1, Mülkiyetin Korunması: "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

<sup>30</sup> Yaltı, B., Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 43.

<sup>31</sup> Anayasa, Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması madde 13: "Temel hak ve hürriyetler, ölerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

<sup>32</sup> Kaneti, S, Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 5.

<sup>33</sup> Yaltı, s. 43; Kamu yararı kavramı yanında "toplum yararı", "toplumsal refah/esenlik" gibi birbirini karşılayabilen çeşitli kavramlar bulunmakta olup bunların ortak noktası bireysel çıkarından farklı, onun üstünde veya dışında bir yararı/çıkarı ifade etmesidir. (Detaylı bilgi için bkz. Akıllıoğlu T., "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-3, Haziran 2011, s. 15-22.).

altında yapılan maddi aktarım mülkiyet hakkına yönelik kanuni sınırlandırmayı ifade ederken kamu hizmetlerinin finansmanı amacı ile alınması “kamu yararı” kriterini karşılar.

Devlet-mükellef eksenli olan kamusal ilişkide verginin tarhiyla başlayan vergilendirme süreci, bahse konu aktarımın gerçekleşmesiyle yani verginin tahsil edilmesiyle sona erer. Oysa tahsil, yalnızca vergilendirme aşamalarından biridir. Nihai amaç devletin vergi alacağına kavuşması olsa da gelir adaletsizliğinin giderilmesi, yürütülen mali politikanın gerekleri için atılan adımların, yapılan işlemlerin mülkiyet hakkına etkisi kaçınılmazdır.<sup>34</sup>

Vergilendirme sürecinin çok boyutluluğu, kişilerin mülkiyet üzerinde serbest tasarrufunu engelleyen bir müdahaleler zinciri olarak hakkının sınırlandırılmasında kendini gösterir. Mahkeme, incelemeye konu kararda olduğu gibi vergi ve benzeri yükümlülüklerin belirlenmesi, değiştirilmesi ve bunların ödenmesini güvence altına almaya yönelik müdahaleleri devletin mülkiyetin kamu yararına kullanımını kontrol veya düzenleme yetkisi kapsamında kabul etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ek Protokol 1 m.1 metninden yola çıkarak mülkiyet hakkını üç ayrı kural<sup>35</sup> ekseninde incelemektedir. Bu kuralları ilk kez ortaya koyduğu Sporrong-Lönnroth/İsveç davasında hükmü, “*Bu madde üç ayrı kuralı kapsamaktadır. Genel nitelikte olan birinci kural, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkını beyan etmektedir; bu kural birinci fıkranın birinci cümlesinde yer almaktadır. İkinci kural, mülkiyetten yoksun bırakmayı içermekte ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır; bu kural, aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer almaktadır. Üçüncü kural Devletlerin, başka şeylerle birlikte, genel yarara uygun gördükleri yasaları çıkarmak suretiyle bu amaca uygun olarak mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme hakkına sahip olduğunu tanımaktadır; bu kural ikinci fıkrada yer almaktadır.*”<sup>36</sup> şeklinde kategorize etmiştir.

Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelere yukarıdaki sınıflandırma uyarınca örnek vermek gerekirse “fiili yol” mal ve mülk dokunulmazlığının ihlaline örnek olarak gösterilebilir. İdarenin apaçık bir şekilde hukuka aykırılıkla malûl olan işlem ve eylemleriyle mülkiyet veya başkaca bir hak veya hürriyeti ihlal etmesi olarak tanımlanabilecek bu kavram uyarınca haksız fiil teşkil eden müdahaleler

<sup>34</sup> Dilemre Öden, B., “Mükelleflerin Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde 22/10/2020 Tarihli Türk Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, Nisan 2021, Sayı: 391, s. 35.

<sup>35</sup> AİHM, kuralları birbirinden ayrı görmediği gibi, ikici ve üçüncü kuralı ilk kuralın özel bir görünümü olarak nitelendirmektedir. Gemalmaz, s. 101; Şimşek, S., “Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, Maliye Dergisi, Sayı: 159, Temmuz-Aralık 2010, s. 329.

<sup>36</sup> AİHM, *Sporrong-Lönnroth/İsveç*, E. 7151/75 18.12.1984, §61. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%7B%22sporrng%22%7D%22documentcollectionid%22:%7B%22GRANDCHAMBER%22%22%7D%22itemid%22:%7B%22001-57580%22%7D%7D> (Erişim, 03.06.2021).

mal ve mülk dokunulmazlığına açıkça müdahale teşkil edecektir.<sup>37</sup> Mülkiyetten yoksun bırakma teşkil eden ikinci kurala örnek ise fazla veya yersiz olarak alınan verginin iade edilmemesidir. Son olarak, vergi borcu nedeni ile yapılan hacizler gibi vergilerin ya da para cezalarının ödenmesinin sağlamak amacıyla başvuru her türlü tedbir de mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme şeklindeki müdahale kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>38</sup>

Vergilendirme konusunda ulusal makamlara sağlanan takdir yetkisinin mülkiyet hakkının ihlali teşkil edip etmediği “ölçülülük” ilkesi bağlamında denetlenir.<sup>39</sup> Bu ilkenin barındırdığı üç ilke; elverişlilik, gereklilik ve orantılılıktır. Elverişlilik, aracın amaca ulaşmada etkili olmasını ifade etmektedir. Gereklilik, uygulanması mümkün ve elverişli birçok araç arasından en az zarar verici aracın seçilmesine işaret eder.<sup>40</sup> Elverişli önlemlerden yumuşak olanın uygulanması anlamına da gelen bu ilke uyarınca amaca ulaşmada eş değer etkiye sahip ve bireylere daha az külfet yükleyen başka bir aracın varlığı da her zaman gözetilir.<sup>41</sup> Orantılılık ise araç ile amaç tartılıp kişisel yarar/kamusal yarar dengesi kurularak katlanması zor durumlara mahal verilmemesi şeklinde açıklanabilir.<sup>42</sup>

7143 Sayılı Kanun'un 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde, matrah ve vergi artırımında bulunan mükellefler tarafından bu maddede öngörülen şekilde başvuru yapılması durumunda hesaplanan veya artırılan vergilerin, yine bu Kanunda belirtilen süre ve şekilde ödenmesi gerektiği kurala bağlanmıştır. Maddenin devamında, matrah veya vergi artırımı sonucu tahakkuk eden verginin Kanunda belirtilen süre ve şekilde ödenmemesi hâlinde vergi idaresince, ödenmeyen verginin 6183 Sayılı Kanun'un 51. maddesine göre gecikme zammıyla birlikte takip ve tahsiline devam olunacağı belirtilmiş ve ayrıca, bu madde hükmünden yararlanılamayacağını belirtmiştir. Söz konusu kural mülkiyet hakkına, ölçüsüz bir şekilde müdahale / sınırlama oluşturmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iptali istenen kanun hükmünün ve iki önlemin birlikte uygulanmasının, orantılılık testinden önce, gerekli olup olmadığı da tartışmaya açıktır. Zira, itiraz başvurusunda da belirtildiği üzere benzer nitelikli

<sup>37</sup> Kaplan, G., “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2007: Cilt: XI, Sayı: 1-2, s. 889.

<sup>38</sup> Şimşek, s. 328-329.

<sup>39</sup> Gemalmaz, s. 140.

<sup>40</sup> Karakoç Y., “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 1281.

<sup>41</sup> Uçar, O. / Yereli A.B., “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak ‘Ölçülülük’ İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, Sayı: 176, Ocak-Haziran 2019, s. 581.

<sup>42</sup> Karakoç, s. 1282.



4811,<sup>43</sup> 6111<sup>44</sup> ve 6736<sup>45</sup> Sayılı Kanunlarda da matrah artırımı ve ödeme şartının yerine getirilmemesi halinde gecikme zammı ile birlikte takip ve tahsile devam edileceği öngörülmüş; ancak "... *ancak bu madde hükümlerinden yararlanamaz.*" ibaresine ilk kez 7143 Sayılı Kanun'da yer verilmiştir.<sup>46</sup>

Hem 7143 hem de 6736 Sayılı Kanun'un genel gerekçeleri dikkate alındığında amaç unsurları paralellik göstermektedir. Ancak bu amaca ulaşmak için daha önce kullanılan araçlar arasına 7143 Sayılı Kanun ile yeni ve ek bir önlem olarak ödeme koşullarına aykırı hareket eden mükelleflerin inceleme muafiyetinden yoksun bırakılması eklenmiştir. Her iki önleme aynı anda başvurmayı ve önceki düzenlemelerden ayrılmayı gerektiren nedenler ne genel gerekçede ne de madde gerekçesinde<sup>47</sup> belirtilmemiştir.

Vergilendirme politikası çerçevesinde idarenin geniş bir takdir yetkisi bulunduğu şüphe yoktur. Matrah ve vergi artırımında bulunmasına rağmen ödeme koşullarına uymayan mükelleflerden kamu alacağının tahsil imkanının artırılması adına 7143 Sayılı Kanun ile ek bir önlem getirilmesi bu yetkinin bir yansımasıdır. Ancak, benzer amaçlarla çıkarılan 6736 Sayılı Kanun gibi önceki kanunlarda yer verilen araçların yetersizliğine, güdülen amacın değiştiğine dair gerekçelendirme

<sup>43</sup> 4811 Sayılı Vergi Barışı Kanunu, (RG: 27/2/2003, 25033).

<sup>44</sup> 6111 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, (RG: 25/2/2011, 27857 (Mükerrer)).

<sup>45</sup> 6736 Sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına İlişkin Kanun, (RG: 19/8/2016, 29806).

<sup>46</sup> 2016 yılında çıkarılan 6736 Sayılı Kanun'un genel gerekçesinde amaç şu şekilde açıklanmıştır: "*Yatırım ortamının iyileştirilmesi suretiyle ülkemizin uluslararası yatırımlar açısından cazibe merkezi haline gelmesinin sağlanması yanında, ekonomik kalkınmanın sürdürülebilir şekilde devamlılığının da sağlanması gerekmektedir. Bu kapsamda, yatırımların artırılarak kalkınmanın temin edilmesine yönelik kararlarımızı desteklemek müteşebbislerin iş ve yatırım kararlarına daha sıhhatli bir şekilde odaklanmalarına imkân sağlamak için;*

- özel sektörün kamuya borç yükünün azaltılarak borçlara taksitle ödeme imkânı getirilmesi,

- ihtilafların sulh yoluyla sonlandırılması,

- vergi incelemesinde olan konuların dava yoluna gidilmeksizin çözümlenmesi,

- vergilemede öngörülebilirliğin artırılarak geçmiş vergilendirme dönemleri ile ilgili olası risklerin ortadan kaldırılması,

- işletme kayıtlarının fiili durumlarına uygun hale getirilerek kayıtlı ekonomiye geçişin teşvik edilmesi amaçları ile bu Teklif hazırlanmıştır." 7143 Sayılı Kanun'un genel gerekçesi de benzer amaçlar öngörülmüştür: "*Ülke ekonomisinin büyüme hızını desteklemek ve bu suretle kalkınmasını devam ettirmek amacıyla dünyadaki ekonomik ve politik riskler ile yakın coğrafyamızda yaşanan bölgesel olayların vatandaşlarımız üzerinde oluşturması muhtemel etkisini bertaraf etmek ve müteşebbislerin iş ve yatırım kararlarına daha sıhhatli bir şekilde odaklanmalarına imkân sağlamak için; Kamuya olan borçların yapılandırılarak ödenmesini...matrah ve vergi artırımı yoluyla vergilemede öngörülebilirliğin artırılarak geçmiş vergilendirme dönemleri ile ilgili olası risklerin ortadan kaldırılmasını...*"

<sup>47</sup> Madde gerekçelerini içeren Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu'nda maddenin diğer fıkraları bakımından gerekçe bildirilse de iptali istenen 4.fıkra bakımından açıklamada bulunulmamıştır. Ayrıntılı bilgi için: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss557.pdf> (Erişim, 02.06.2021).



yapılmamış olması ek önleme başvurmada gerçek bir kamu yararının varlığına, gerekliliğe şüphe düşürmektedir.

Nitekim, gereklilik unsuru alternatif tedbirlerden en yumuşak olanın uygulanmasını, bireye daha az külfet yükleyen tedbirlerin gözetilmesini zorunlu kılmakta iken iptali istenen “... *ancak bu hükümden yararlanamaz.*” ibaresi ödeme yükümlülüğüne aykırılık halinde birlikte işleyebilen iki önleme aynı anda sıhhat kazandırmaktadır. Vergilemede öngörülebilirliğin artırılması amacı ile çıkarılan 6736 Sayılı Kanun uyarınca vergi ve matrah artırımında bulunmasına rağmen ödeme koşullarına uymayan bir mükellef yalnızca işleyecek gecikme zammı ile birlikte 6183 sayılı Kanun uyarınca takip edilecek iken aynı amaçla çıkarılan 7143 Sayılı Kanun uyarınca vergi ve matrah artıran ancak ödeme koşullarına uymayan bir mükellef hem işleyecek gecikme zammı ile cebri icra işlemlerine hem de ilgili dönemlere ilişkin vergi incelemesi ve ek tarhiyata muhatap olacaktır. Mükelleflere vergi ve matrah artırımı imkanı tanıyan bu kanunlarda amaç sabit iken başvuru araçları değiştirilerek yeni araçlar eklenmesi düzenlemeyi gereklilik unsuru yönünden de ölçülülük ilkesine aykırı kılmaktadır.

Ölçülülük testi mahkemelerce yapılan eşitlik analizinde de önemli bir yere sahiptir.<sup>48</sup> Vergi hukukunda ölçülülük ilkesi, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yönelik sınırlamanın sınırını belirtir.<sup>49</sup> Benzer durumda olanların farklı sınıflandırılması halinde eşitlik ilkesinin ihlal edilmemesi için haklı bir nedenin varlığı gerekir. Anayasa Mahkemesi, haklı nedenin “anlaşılabilir”, “amaçla ilgili”, “makul ve adil” olmasını gözetir ve bu üç ölçütten birini sağlamayan düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanaatine varır. Bu değerlendirme de şüphesiz, mahkemenin amaç-araç ilişkisi ve amaç-araç arasında ölçülü bir oran bulunması gerektiğini belirten genel denetim şablonuna dayanır.<sup>50</sup>

O halde, yasa koyucuyu birlikte işleyebilen iki ayrı önlem almaya ve önceki düzenlemelerden ayrılmaya iten nedenin haklılığını tespit ederken de aynı kriterlerden faydalanmak mümkündür. Genel neden kamu yararı olmakla birlikte özel neden, kamu alacağının tahsil imkanının artırılması olarak öngörülmüştür. Ancak bu özel neden mahkemece tespit edilmiştir. Yasa koyucu ne genel gerekçede ne de madde gerekçelerinde böylesi bir amaç ile düzenleme yapıldığına dair bir ibareye yer vermemiştir. Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeleri meşrulaştırırken tespit ettiği haklı nedenleri ölçülülük testine tabi tutmayarak siyaset söylemini hukuksal söyleme dönüştürme<sup>51</sup> ve hazine yararını esas alarak hüküm verme alışkanlığını bu kararlar da devam ettirmiştir.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Aşçı Akıncı, N., “Konaklama Vergisi: Ölçülülük Meselesi”, TBB Dergisi, Sayı: 148, 2020, s. 88.

<sup>49</sup> Yalıtı, B./Özgenç, S., Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s. 83.

<sup>50</sup> Saban, s. 55.

<sup>51</sup> Aşçı Akıncı, s. 88.

<sup>52</sup> Yalıtı, “Vergi Afları: Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar”, s. 8.

İncelemede dikkate alınmasa da itiraz başvurusunda öne sürülen iddialardan biri de her iki önlemin de yaptırım mahiyetinde olduğudur. Bu açıdan hem gecikme zammı ile birlikte takip ve tahsil işlemlerine devam edilmesinin, hem de matrah ve vergi artırımında bulunulan dönemler için vergi incelemesi yapıp gerekirse cezalı tarhiyat gerçekleştirilmesinin yaptırım boyutunu ele almak gerekmektedir.

Gecikme zammı, AATUHK m.51’de düzenleme altına alınmış ve kamu alacağının ödeme müddeti içinde ödenmeyen kısmına vadenin bitim tarihinden itibaren her ay için ayrı ayrı %1,6<sup>53</sup> zam uygulanacağı belirtilmiştir. Düzenleme ile, alacak tahsil edilinceye kadar alacağın reel değerinin enflasyon olgusuna bağlı olarak düşmesinin önlenmesi ve kavuşulamayan vergi alacağı tutarınca dış borçlanma gibi alternatif maliyetlere katlanması ile ortaya çıkan mali kayıpların engellenmesi amaçlanmıştır.<sup>54</sup> Ancak, son 5 yıl enflasyon verilerine baktığımızda enflasyonun 2016 için %8,53; 2017 için %11,92; 2018 için %20,3; 2019 için %11,84; 2020 için %14,6 oranlarında gerçekleştiği görülmektedir. Gecikme zammı ise yıl bazında %19,2 olarak uygulanmaktadır.<sup>55</sup>

Basit bir örnek ile ifade etmek gerekirse 2020 Ocak ayına ait 10.000 TL’lik bir vergi borcu, işleyen gecikme zammı ile yıl sonunda 11.920 TL olurken, enflasyon dikkate alındığında 2020 Ocak ayına ait 10.000 TL’yi 2021 Ocak ayında parasal olarak karşılan değer 11.184 TL’dir. Dikkat edilirse işleyen gecikme zammı sonrası vergi alacağında enflasyon kaynaklı bir kayıp oluşmadığı gibi aradaki 736 TL’lik fark da kamu alacağı haline gelmektedir. Nitekim öğretilerde de halen uygulanmakta olan gecikme zammı/faizi ve tecil faizi ile vergi ziyayı cezası oranları ölçülü bulunmamaktadır.<sup>56</sup>

6183 Sayılı Kanun, tahsil dairesine hali hazırda ihtiyati haciz, ihtiyati tahakkuk, haczedilen malların ya da varsa teminatın paraya çevrilmesi, kamu borçlusuna ait malların diğer kişilerce haczedilmesi halinde hacze iştirak ve garameten paylaşım gibi üstün ve geniş yetkiler tanımaktadır. Matrah ve vergi artırımı ile beyan edilen vergilerin kesinleşen kamu alacağı niteliği kazandığı dikkate alındı-

<sup>53</sup> (2) 30/12/2019 tarihli ve 30994 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1947 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile, birinci fıkrada yer alan gecikme zammı oranı her ay için ayrı ayrı uygulanmak üzere %1,6 olarak belirlenmiştir. 2019 yılından beri aynı oran uygulanmaktadır.

<sup>54</sup> Yegen B., “Vergi Hukukunda Gecikme Faizi ve Zammı Uygulamasının Karşılaştırılması: Hukuki Nitelikleri, Oran Farklılıkları Açısından Bir Bakış”, Gaziantep University Journal of Social Sciences, Cilt: 18, Sayı: 4 (2019), s. 1462; Danıştay VDDK, E. 2019/1078, K. 2019/666 <https://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/DokumanGosterServlet?dokumanId=6dQp1E3JJN2TqHn5HwZgd7pMO1SCDOLe%2BRwsNJGzcYM%2Fa%2B6gU8dOQaq%2FfBdKB2erzPc67nhNHo3B1xi%2BxBUOs4yDG6Q Nx22PO8tRujmBR8R8kjXN911ym2opgbbAksoa%2BKSswVQQNcbaKu7UWMOPwg%3D%3D&arana n=&dokumanTuru=DANISTAYKARAR> (Erişim, 02.06.2021).

<sup>55</sup> [https://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye%27de\\_enflasyon](https://tr.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye%27de_enflasyon) (Erişim, 06.06.2021).

<sup>56</sup> Karakoç, s. 1283.

ğında vergi tamamen tahsil edilene kadar geçen süreçte 6183 Sayılı Kanun'da yer alan usullerin hepsi uygulama alanı bulacak ve tüm bu süreçte alacak miktarına gecikme zammı işleme devam edecektir.

Her ne kadar mahkeme, bu yollardan biri işletilirken diğerinin dikkate alınmasının önünde mevzuat kaynaklı bir engel bulunmadığını belirtse de tarh zamanı için öngörülen 5 yıllık süre dikkate alındığında hakkında takip işlemlerine başlanılmış bir mükellefin aynı zamanda vergi incelemesine muhatap olması ve sonunda tarhiyat gerçekleştirilmesi kaçınılmazdır. Zira, iptal başvurusunda bulunan Trabzon Vergi Mahkemesi önündeki uyuşmazlık da 30/7/2018 tarihinde katma değer vergisi yönünden matrah artırımında bulunan ancak ödeme koşullarını yerine getirmeyen mükellef hakkında vergi incelemesi sonucunda 2013/5, 6, 7, 8, 9 dönemleri için gerçekleştirilen re'sen tarh işleminin iptaline ilişkindir.

Bu noktada mükellefin belli bir dönem için aynı vergi konusuna ilişkin aynı matrah üzerinden iki kere vergilendirilmesi anlamına gelen mükerrer vergilendirme tehlikesi ortaya çıkacaktır. Mahkeme, hata düzeltme ve yargısal başvuru gibi usuli güvencelerin varlığını ölçülülük açısından yeterli görse de bunlar AY m.36 ile düzenleme altına alınan hak arama özgürlüğü bakımından önem arz eder.<sup>57</sup> Vergi incelemesi sonrasında tarhiyat gerçekleştirilmesi, maddi gerçeğe uygun beyanda bulunma yükümlülüğü eksik yerine getirildiği için başvuru, bu ödevde aykırılığın yaptırımı mahiyetinde bir idari işlemdir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, ödeme koşullarına uymayan mükelleflerin bu ihlal sonucunda karşılaştığı işlemler silsilesi gerek nitelik, gerek nicelik olarak mükellefe aşırı bir külfet yüklemektedir. Zaten 6183 Sayılı Kanun'da yer alan takip ve tahsil usulleri, beyan edilen matraha işletilen gecikme zammı yeterince caydırıcılık teşkil etmekte iken matrah ve vergi artırımını öngören diğer kanunlardan farklı olarak bir de vergi incelemesi muafiyetinin kaldırılması makul bir gerekçeye dayanmamaktadır. Mahkeme, bu yöndeki iddiaları değerlendirmedeği gibi karşı oyda da belirtildiği üzere 7143 Sayılı Kanun'da her iki önlemin birlikte uygulanması ile ortaya çıkan vergi yükünün dengelenmesini sağlayacak bir mekanizmanın varlığını da gerekli görmemiştir.<sup>58</sup> Yapılandırılıp ödenmeyen borçlara ilişkin veriler<sup>59</sup> dikkate alındığında ödeme yükümlülüğü ihlallerinin az sayıda olmadığını söylemek mümkündür.

<sup>57</sup> Dilemre Öden, s. 37.

<sup>58</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, Karşı Oy.

<sup>59</sup> *Gelir İdaresi Başkan Yardımcısı Ayşe Dilbay'ın açıklamaları şöyledir: "6736 Sayılı Kanun (2016): Yapılandırılan 80.4 milyar lira, tahsilat 41 milyar lira, oran yüzde 51. 7020 Sayılı Kanun (2017): Yapılandırılan 13.8 milyar lira, tahsilat 5.6 milyar lira, oran yüzde 40.8. Hâlen ödemesi devam eden 7143 Sayılı Kanun (2018): Yapılandırılan 49.6 milyar lira, tahsilat 25.8 milyar lira, bugün için ödeme oranı yüzde 37.1."* <https://www.cnnturk.com/ekonomi/turkiye/vergi-yapilandirmasinda-onemli-detay-ozezalar-silinmeyecek?page=5>(Erişim, 06.06.2021).

İptali istenen düzenleme ile mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığına dair karşı oy, dikkate değer olup vergi incelemesi tedbirine başvurulması halinde matrah ve vergi artırımı sonucu tahakkuk eden verginin terkin edileceği ve 6183 Sayılı Kanun uyarınca takip ve tahsilinden vazgeçileceği ya da mahsup yoluna gidileceğine dair mükerrer vergilendirme açısından yeterli güvence sağlayacak mekanizmalara kanunda yer verilmemesi orantılı bulunmamıştır.<sup>60</sup> Bu güvenceler sağlanmaksızın her iki tedbirin birlikte uygulanabilmesi gerekli ve orantılı olmayıp ilgili düzenleme, ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkının kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale getiren veya ciddi surette güçleştiren ve amaca ulaşmayı önleyici nitelikteki düzenlemeler mülkiyet hakkının özüne zarar verir.<sup>61</sup>

## Sonuç

Egemenlik yetkisinin bir yansıması olan vergilendirme yetkisi, kişilerden alınan vergi, resim ve harçların tamamının veya bir kısmının tahsilinden ve yaptırım uygulama yetkisinden vazgeçilmesini de kapsar. Bu noktada Devlet; af, yapılandırma, vergi ve matrah artırımı gibi konular içeren çeşitli yasalar çıkarabilmektedir. İşte bu yasalardan biri olan 7143 Sayılı Kanun ile mükelleflere çeşitli kamu borçları bakımından hem yapılandırma hem de vergi ve matrah artırımı imkânı getirilmiştir.

7143 Sayılı Kanun'un 5. maddesi ile daha önceden beyan edilen gelir, kurumlar veya katma değer vergilerinin belirli şartlar dahilinde artırılması öngörülmüştür. Amaç, matrah ve vergi artırımı yoluyla vergilemede öngörülebilirliğin artırılarak geçmiş vergilendirme dönemleri ile ilgili olası risklerin ortadan kaldırılması ve işletme kayıtlarının fiili durumlarına uygun hale getirilerek kayıtlı ekonomiye geçişin teşvik edilmesi olarak ifade edilmiştir. Mükelleflerin daha önce eksik beyan ettikleri vergi ve matrahları kendi istekleri ile artırmaları sağlanarak karşılığında vergi incelemesi muafiyeti öngörülmüştür. Bu dokunulmazlık şüphesiz ödemelerin eksiksiz yerine getirilmesi şartına bağlanmış; ödeme şartının ihlali halinde artırımda bulunulan vergi ve matrah üzerinden gecikme zammı ile birlikte takip ve tahsiline devam edileceği ve bu kişilerin vergi incelemesi muafiyetinden yararlanamayacağı belirtilmiştir.

Kanun koyucu, yükümlü tarafından matrah veya vergi artırımı koşullarının ihlal edilmesi durumunda, vergi idaresinin başvurabileceği iki farklı araç öngörülmüştür. Vergi alacağını tahsil etmek/güvence altına almak için (amaç), bu iki araç birlikte uygulanmıştır. Matrah ve vergi artırımı üzerine tahakkuk eden vergilerini ödemeyen mükellefin, 6183 Sayılı Kanun hükümleri uyarınca takip edilmesi ve

<sup>60</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 2019/100, K. 2020/62, T. 22/10/2020, Karşı Oy.

<sup>61</sup> Yaltı / Özgenç, s. 83.

bu yolla vergi alacağına tahsile çalışılması olağandır. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, amaca ulaşmak için tahakkuk eden alacağa sadece gecikme zammının uygulanması ölçülük ilkesini ihlal etmemektedir. Ancak gecikme zammının yanında, ilgili madde hükmünden yararlanılmayacağı belirtilerek aynı döneme ve aynı vergi türüne ilişkin olarak vergi incelemesi ve vergi incelemesine istinaden cezalı tarhiyat yapabilmesi olanaklı kılınmıştır. Dolayısıyla, ulaşılmak istenen amaç ile getirilen sınırlama/lar arasında makul bir denge bulunmamaktadır. Söz konusu düzenleme, mülkiyet hakkına yönelik orantısız bir sınırlamadır ve bu nedenle ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir.

7326 Sayılı “Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”da, 7143 Sayılı Kanun’da olduğu gibi matrah ve vergi artırımına ilişkin hükümler yer almaktadır. Yasa koyucu, matrah ve vergi artırımı içeren düzenlemeler için artık belirli standart oluşturmuş, ödeme koşullarına uyulmaması halinde vergi incelemesi muafiyetinden faydalanılmayacağını öngörmüştür. Çalışma konusu Anayasa Mahkemesi kararı bu minvalde, büyük önem arz etmekte ve 7326 Sayılı Kanun’unda yer alan vergi ve matrah artırımına ilişkin hükümlerin de AYM’ye taşınması olasılık dahilindedir.

**Kaynakça**

- AKILLIOĞLU T., “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 1-3, Haziran 2011, s. 11-22.
- AŞCI AKINCI, N., “Konaklama Vergisi: Ölçülülük Meselesi”, TBB Dergisi, Sayı: 148, 2020, s. 77-100.
- ÇELİK, S. B, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsil Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- DİLEMRE ÖDEN, B., “Mükelleflerin Mülkiyet Hakkı Çerçevesinde 22/10/2020 Tarihli Türk Anayasa Mahkemesi Kararının Değerlendirilmesi”, Vergi Sorunları Dergisi, Nisan 2021, Sayı: 391, s. 30-40.
- GEMALMAZ, H. B, “Mülkiyet Hakkı”, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi -6, Avrupa Konseyi, Nisan 2018, Ankara.
- KANETİ, S., Vergi Hukuku, 2. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- KAPLAN, G. “İdare Hukukunun Arkaik ve Anakronik Bir Kurumu: Fiili Yol”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2007: Cilt: XI, Sayı: 1-2, s. 887-918.
- KARAKOÇ Y., “Anayasal Vergilendirme İlkeleri Üzerine Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 1259-1308.
- ÖNCEL M. / KUMRULU A. / ÇAĞAN N. / GÖKER C., Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş Değişiklikler İşlenmiş 29. Bası, Turhan Kitabevi, 2020, Ankara.
- ÖRÜCÜ, E., Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 2132, İstanbul, 1976.
- SABAN, N., “Vergi Hukuku”, Tıpkı 10. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2020.
- ŞİMŞEK, S., “Vergi Politikaları, Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, Maliye Dergisi, Sayı: 159, Temmuz-Aralık 2010, s. 323-345.
- UÇAR, O. / YERELİ, A.B., “Hukuka Uygunluk Kriteri Olarak ‘Ölçülülük’ İlkesinin Yüksek Yargı Organlarının Vergi Suçlarına İlişkin Kararları Bağlamında Değerlendirilmesi”, Maliye Dergisi, Sayı: 176, Ocak-Haziran 2019, s. 575-598.
- YALTI, B., Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta Yayınları, İstanbul, 2006.
- YALTI, B./ÖZGENÇ, S., Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- YALTI, B., Vergi Afları: Devlet (Siyaseten) Unutur, Bilim (Hukuku) Hatırlar, Vergi Sorunları Dergisi, No: 272, Mayıs 2011, s. 7-11. (çevrimiçi, Erişim: 27.07.2021).
- YEGEN, B., “Vergi Hukukunda Gecikme Faizi ve Zammı Uygulamasının Karşılaştırılması: Hukuki Nitelikleri, Oran Farklılıkları Açısından Bir Bakış”, Gaziantep University Journal of Social Sciences, Cilt: 18, Sayı: 4 (2019), s. 1461-1476.

# Terör Örgütü Üyeliği Sebebiyle Vatandaşlıktan Çıkarmanın Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi<sup>(\*)</sup>

## *Evaluation of Deprivation of Nationality Due to Membership of a Terrorist Organization in Terms of International Law*

Arş. Gör. Yeşim YILDIZ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

İnsan haklarının gelişimi doğrultusunda, uluslararası hukukta her bireyin vatandaşlık hakkının olduğu kabul edilmektedir. Ancak bazı durumlarda bireyler çeşitli sebeplerle vatansız kalabilmektedir. Bireylerin hangi koşullarda vatandaşlıktan çıkarılabilecekleri, 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşmesi'nde belirtilmiştir. Devletlerin söz konusu Sözleşmede belirtilen haller haricinde, bireyleri vatandaşlıktan çıkarma hakları bulunmamaktadır. Aynı zamanda, 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşmesi ve 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi bireyin vatansız kalacak olması durumunda, devletlerin vatandaşlıktan çıkarma hakları olsa dahi, vatandaşlıktan çıkarmayı yasaklamaktadır. Çalışmada, öncelikle, vatandaşlık hakkına değinilecek sonrasında vatandaşlık ve vatansızlık hususundaki temel belgeler ele alınacaktır. Bu temel belgelere dayanarak, devletlerin bireyleri terör örgütü üyeliği sebebiyle vatandaşlıktan çıkarmalarının mümkün olup olmadığına ilişkin cevaplar aranacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Vatandaşlık Hakkı, Vatandaşlıktan Çıkarma, Terörizm, Uluslararası Hukuk, Vatansızlık.

### Abstract

In accordance with the developing human rights, it is accepted that every individual has the right to a nationality in international law. However, in some cases, individuals may remain stateless for various reasons. The conditions under which individuals can be deprived of nationality are specified in the 1961 United Nations Convention on the Reduction of Statelessness. States don't have the right to deprive nationality except in these conditions. At the same time, the 1961 United Nations Convention on the Reduction of Statelessness and the 1997 European Citizenship Convention prohibit denaturalization, even if states have the right to denaturalize if the individual would remain stateless. In the study, first of all, the right to nationality will be mentioned and then the basic documents on nationality and statelessness will be discussed. Based on these basic documents, answers will be sought as to whether it is possible for states to deprive of nationality individuals because of their membership in a terrorist organization.

### Keywords

Right to Nationality, Deprivation of Nationality, Terrorism, International Law, Statelessness.

<sup>(\*)</sup> [Makale geliş tarihi:](#) 25.03.2021 - [Makale kabul tarihi:](#) 07.05.2021.

<sup>(\*\*)</sup> Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.  
[E-posta:](mailto:yesimkalfa@gmail.com) yesimkalfa@gmail.com.  
[Orcid No:](https://orcid.org/0000-0002-4428-6763) https://orcid.org/0000-0002-4428-6763.



## Giriş

Herhangi bir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan bireylerin yargılanması uluslararası hukukta hep bir mesele olarak addedilmiştir. Mevzubahis durum, klasik hukuk ilişkisinden doğan hallerin genellikle vatandaşlık bağı üzerine kurulu olmasından kaynaklanmaktadır. Kişi, devletlerin arasında hukuki ihtilafların çıkması, yeni ulus devletlerin kurulması, devletlerin vatandaşlıktan çıkarması, vatandaşlık mevzuatındaki boşluk gibi sayısız nedenler yüzünden vatansız kalabilir. Bir bireyin herhangi bir devletle vatandaşlık bağının olmaması kişiyi birçok haktan ve güvenceden mahrum bırakmaktadır. Bu sebeple devletler vatansızlığın azaltılması için işbirliği içinde bulunmaktadır.<sup>1</sup> Ancak söz konusu işbirliği vatansız bireylerin sayılarının azalmasında bir gelişme göstermemekte ve vatansızlık kavramını ortadan kaldırmak için yeterli gelmemektedir. Bugün Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği verilene göre dünya üzerinde yaklaşık 12 milyon vatansız birey bulunmaktadır.<sup>2</sup>

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin<sup>3</sup> 15. maddesinde de kabul edildiği üzere herkesin bir ülkenin vatandaşı olma hakkı vardır ve hiç kimse keyfi olarak vatandaşlıktan çıkarılamaz. Günümüzde gelinen nokta itibariyle vatandaşlık devletlerin bireylere bahsettiği bir korunma olmaktan çıkıp bir temel insan hakkına dönüşmüştür. Bir bireyin vatandaşlıktan çıkarılması meselesi 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme'de<sup>4</sup> detaylıca ele alınmış olmakta birlikte, devletlerin hangi koşullarda kişiyi vatandaşlıktan çıkarabileceği *numerus clausus* olarak sayılmıştır. Ancak terör örgütü bünyelerine katılıp terör faaliyeti gösteren bireylerin mesuliyetinden kaçınmak isteyen devletler vatandaşlarını vatandaşlıktan çıkarmakta hatta yer yer vatansız bırakmaktadır.

Bu makalede, bireylerin, terör faaliyeti sürdürmesi sebebiyle vatandaşlıktan çıkarılmalarının uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi yapılacak ve bireylerin “terörist” olmalarının vatandaşlıktan çıkarma için yeterli bir sebep olup olmadığı tartışılacaktır. Öncelikle vatandaşlık hakkının tarihsel gelişimi ve temel insan hakkına dönüşmesi anlatılacak akabinde vatandaşlık hakkıyla ilgili doktrindeki görüşlere ilişkin bilgi verilip, vatandaşlık hakkına yer veren/ele alan sözleşmelerden detaylıca bahsedilecektir. Son olarak devlet uygulamaları ve tutumlarıyla birlikte terörizm sebebiyle vatandaşlıktan çıkarma meselesi ele alınacaktır.

<sup>1</sup> 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesine 74 devlet taraftır.

<sup>2</sup> Vatansız Kişiler, <https://www.unhcr.org/tr/vatansiz-kisiler>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.

<sup>3</sup> Beyanname metni için bkz.: <https://www.tbmm.gov.tr/komision/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.

<sup>4</sup> Sözleşme metni için bkz: [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc058/kanuntbmmc058/kanuntbmmc05801883.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc058/kanuntbmmc058/kanuntbmmc05801883.pdf), Erişim Tarihi: 30.04.2021.



## I. Temel İnsan Hakkı Olarak Vatandaşlık

Uluslararası hukukta temel olarak devletin şu ana unsurlardan oluştuğu kabul görülmektedir. Bunlar: insan topluluğu, ülke ve diğer devletlerle ilişki kurabilme kapasitesine sahip egemen siyasi otorite şeklindedir.<sup>5</sup> Devletin unsurlarından insan topluluğunu ise kuşkusuz vatandaşlık (uyrukluk) bağıyla kendisine bağlı olan bireyler oluşturmaktadır. Bu anlamda vatandaşlık, devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağ olarak tanımlanabilir.<sup>6</sup>

Vatandaşlık bağının tarihsel olarak gelişimine bakıldığında ise, ilk olarak antik çağda Yunan ve Roma medeniyetlerinde vatandaşlık tanınması uygulamasına rastlanılır. Antik Yunan'da bireylerin kural koyucu ve yönetici rolünün ön plana çıkarıldığı site yönetimi hâkimdir ve site yönetiminde söz hakkı sahibi olmak isteyen kişilerin belirli özelliklere sahip olması gerekmektedir.<sup>7</sup> Antik Roma'da ise vatandaşlığa ilişkin kavramlar daha da gelişmiştir. Aktif ve pasif olarak ayrılan şehir halkında vatandaşlık yasal statü haline dönüşmüştür ve aktif halk sayılan kesim vatandaş (citizen) olarak nitelendirilmiştir.<sup>8</sup> Halkı "hak sahibi olanlar" ve "hak sahibi olmayanlar" biçiminde ikiye ayıran uygulama, site devletlerinin ortadan kalkmasından sonra da uzunca bir süre etkisini sürdürmüştür.<sup>9</sup> Vatandaşlık kavramının net olarak tanımlandığı ve sınırlarının belirlendiği belge ise Solon Kanunlarıdır. Solon Kanunlarıyla birlikte vatandaşlık kurumunda kamusal alana katılacak olan kişilerin kapsamı geniş bir biçimde tanımlanmıştır. Böylece vatandaşlık, belirli bir kabileye bağlı olma veya aristokrasiyi oluşturan sınıfsal aidiyetlerden kısmen de olsa bağımsızlaşmış ve daha üst bir aidiyet biçimi olarak ortaya çıkmıştır. Solon vatandaşlık bağını soysal kökenlerden belirli ölçüde ayırıştırarak düzenlerken, öte yandan eşitsizlikçiliği korumuş ve imtiyaz hakkı ve yükümlülükleri bu sistem üzerine kurmuştur.<sup>10</sup>

Modern anlamda vatandaşlık kuramı, 18. yüzyılın sonlarında cereyan eden 1776 Amerikan Bağımsızlık Savaşı ve akabinde 1789 Fransız Devrimi'nin gerçekleşmesiyle oluşmuştur.<sup>11</sup> Her iki olayın ertesinde de anayasacılık hareketleri

<sup>5</sup> Devletlerin Hak ve Görevlerine ilişkin Montevideo Konvansiyonu Madde 1, Konvansiyon metni için bkz: <https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup15/Montevideo%20Convention.pdf>, Erişim Tarihi: 30. 04 2021.

<sup>6</sup> AYBAY, Rona; Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku Ders Kitabı ve Temel Yasa Metinleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982, s. 3.

<sup>7</sup> POCOCK, J. G. A.; The Ideal of Citizenship since Classical Times 'Theorizing Citizenship', Suny Press, New York, 1995, s. 29-52.

<sup>8</sup> AYBAY, s. 5.

<sup>9</sup> AYBAY, s. 5., Pocock s. 44-45.

<sup>10</sup> ÖZKAZANÇ, Alev; Toplumsal Vatandaşlık ve Neo-Liberalizm Sorunu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 64 (1), 2009, s. 247-274, ss. 249.

<sup>11</sup> HEATER, Derek; What is Citizenship, Polity Press, Cambridge, 1999, s. 4.

gelişmiş ve anayasacılık hareketi beraberinde vatandaşların sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri çevreleyen Virginia Haklar Bildirgesi ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi'ni getirmiştir.<sup>12</sup> Fransız Devrimi sonrasında “vatandaşlık” kavramı, aristokratik ayrıcalığın son bulduğunu ve sembolik eşitlik olgusunu vurgulamak amacıyla kullanılmıştır.<sup>13</sup> Söz konusu Devrimin etkisiyle vatandaşlık; ortak haklar ve ortak yükümlülükler yaratan sivil eşitliğin kurulması, siyasi hakların kurumlaştırılması, vatandaşlar ve yabancılar arasında ayrımın ortaya çıkarılması, ulusal egemenlik öğretisiyle vatandaş ve ulus arasındaki bağın entegrasyonu olarak tanımlanmıştır.<sup>14</sup>

Ulus devletlerin küresel olarak yaygınlaşması ile birlikte 1920-30’lu yıllarda vatandaşlık kavramı uluslararası topluluğun temel olarak tartıştığı konulardan biri haline gelmiş ve Milletler Cemiyeti’nin 1929 yılında yayınladığı ajandada kodifiye edilmesi gereken 3 temel konudan biri olarak görülmüştür.<sup>15</sup> Bu bağlamda Harvard Üniversitesi Hukuk Fakültesi öncülüğünde, konuyla ilgili bir grup, araştırma ve akademik çalışma yürütmeyi üstlenmiştir.<sup>16</sup> Harvard Üniversitesi Uluslararası Hukuk Araştırması, 1930 tarihli Vatandaşlık Kanunları İhtilaflarına İlişkin Belirli Konular Hakkındaki Lahey Sözleşmesine<sup>17</sup> öncülük etmiştir.<sup>18</sup> Söz konusu araştırma uluslararası hukuk kapsamında vatandaşlık verme konusunda devletlerin gücünün sınırsız olmadığını belirtmiştir.<sup>19</sup> Ancak 1930 tarihli Lahey Sözleşmesinin 1. maddesinde bu ifade yerine devletlerin kimin kendi vatandaşı olduğunu tespit etme yetkisinin kendilerine ait olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, bu dönemdeki tartışmaların arka planında bir insan hakkı olarak vatandaşlığı kabul etmekten ziyade vatandaşlık hususunda pozitif normların belirlenmesi ve ülkelerin vatandaşlık kanunlarının uyumlaştırılması gelmektedir.<sup>20</sup>

<sup>12</sup> HEATER, s. 5-7.

<sup>13</sup> KAYA, Ayhan; “Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecinde Yurttaşlık, Çokkültürcülük ve Azınlık Tartışmaları: Birarada Yaşamın Siyaseti,”: Ayhan Kaya ve Turgut Tarhanlı (der.), Türkiye’de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları, Tesev Yayınları, İstanbul, 2005, s. 36.

<sup>14</sup> BRUBAKER, Rogers; Citizenship and Nationhood in France and Germany, Harvard University Press, Cambridge, 1992, s. 35.

<sup>15</sup> MATIAS, Gonçalo; Citizenship as a Human Right-The Fundamental Right to a Specific Citizenship, Palgrave Macmillan, 2016, s. 42.

<sup>16</sup> GRANT, John P. / BARKER, J. Craig; ‘The Harvard Research: Genesis to Exodus and Beyond’, The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal, Fred B Rothman & Co, 2007, s. 1-40; ss. 1.

<sup>17</sup> Sözleşme metni için bkz: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3b00.html>, Erişim Tarihi: 01.05.2021.

<sup>18</sup> SPIRO, Peter J.; A New International Law of Citizenship, The American Journal of International Law, Vol. 105, No. 4, Kasım 2011, s. 694-746, ss. 701.

<sup>19</sup> GRANT/BARKER, s. 34.

<sup>20</sup> SPIRO, A New International Law of Citizenship, s. 702-703.

1930 tarihli Lahey Sözleşmesinin ardından günümüze kadar vatandaşlık konusu hususunda uluslararası antlaşmalar incelendiğinde, vatandaşlık hakkının belirli konular çerçevesinde ön plana çıkarıldığı ve bazı konuların özellikle güvenceye kavuşturulmak istendiği görülmektedir. Bu konular, vatansızların hukuki statüsü, diplomatik koruma, çifte vatandaşlık, kadınlara karşı ayrımcılık, çocuk hakları ve medeni ve siyasi hakların güvenceye kavuşturulmasıdır.<sup>21</sup> Bahsedilen alanlardaki düzenlemeler belli açılardan devletlere ve bireylere pozitif ve negatif yükümlülükler yüklemiştir. Hak merkezli bakış açısı ise İkinci Dünya Savaşı öncesinde başlamış ve savaş süresince devam etmiştir. Savaş dönemindeki nasyonal sosyalistlerin yıkıcılığının ardından insan haklarının evrensel olarak korunması için somut bir takım uluslararası önlemler alınmaya başlanmıştır.<sup>22</sup> İkinci Dünya Savaşı'nda meydana gelen insanlık dışı eylemler, insan hakları ve insancıl hukuk alanlarının gelişmesini ve uluslararasılaşmasını sağlamıştır. Savaşın başlamasıyla birlikte söz konusu hakların korunması yönünde mühim girişimler olmuş ve holokost sebebiyle bu çalışmalar daha da hız kazanmıştır.<sup>23</sup> Vatandaşlığın bir hak olarak görüldüğünün devletler tarafından kabulü ise İkinci Dünya Savaşı'nın ertesinde olmuştur.<sup>24</sup>

Milletler Cemiyeti'nin uluslararası barışı korumada yetersiz kaldığının kabulü üzerinde İkinci Dünya Savaşı'nın ardından Birleşmiş Milletler kurulmuştur. Birleşmiş Milletler'in organından biri olan Ekonomik ve Sosyal Konseyi tarafından, kendisine "insan haklarının geliştirilmesi maksadıyla" komisyon oluşturma yetkisi tanıyan Birleşmiş Milletler Şartı'nın 68. maddesi uyarınca, İnsan Hakları Komisyonu kurulmuştur. Komisyon, insan hakları beyannamesi yazmak maksadıyla 29 Nisan 1946 tarihinde toplantılarına başlamıştır. Oldukça yoğun istişarelerle geçen süreç sonucunda, 10 Aralık 1948'de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi<sup>25</sup> ilanı edilmiştir.<sup>26</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile insan haklarına olan bakış açısı bambaşka bir noktaya taşınmıştır. Beyannamenin 15. maddesinde "Her ferдин bir vatandaşlık hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak vatandaşlığından veya vatandaşlığını değiştirmek hakkından mahrum edilemez." ifadesine yer verilmiştir.

<sup>21</sup> SPIRO, A New International Law of Citizenship, s. 703-714.

<sup>22</sup> BİNGÖL SCHRIJER, Bilge; Vatandaşlık Hakkının Kapsamı ve Egemenlik İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22 (1), Şubat 2019, s. 199-265, ss. 209.

<sup>23</sup> BİRİNCİ, Görkem; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Kısa Tarihi I: Milletler Cemiyeti'nden Birleşmiş Milletler'e, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi, 7 (2), 2017, s. 50-81, ss. 61.

<sup>24</sup> SPIRO, Peter J. / BOSNIAK, Linda; An Emerging International Law of Citizenship?, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 101, Mart 2011, s. 89-94, ss. 91, BAUBOBK, Rainer; The Rights and Duties of External Citizenship, Citizenship Studies 13 (5), 2009, s. 475-499, ss. 480, MATIAS, s. 48.

<sup>25</sup> Türkiye'ce 6 Nisan 1949 tarih ve No: 3/9119 sayılı "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı" çıkarılmış ve Bildiri'nin Türkçe Resmi çevirisi 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>26</sup> BİRİNCİ, s. 78.

İnsan haklarında gelinen nokta olumlu olmakla birlikte, Beyannameye yönelik olarak eleştiriler de bulunmaktadır. Beyanname ile her ferдин bir vatandaşlık hakkı olduğu kabul edilmiş ise de madde metninde de geçtiği üzere her ferde “bir” vatandaşlık hakkı tanınmış olmasına rağmen bu “kesin” bir vatandaşlık hakkı olmadığı söylenebilir.<sup>27</sup> Nihai olarak bireyin ihtiyaç duyduğu unsur kesin olarak vatandaşlığa sahip olmasıdır. Ancak bireye vatandaşlığın hangi devlet tarafından verileceği veyahut bireyin nasıl kesin olarak vatandaşlığa sahip olacağı sorusu madde metninde karşılanmamaktadır. Metin yalnızca bir standart ortaya koymaktadır. İkinci olarak hiç kimsenin “keyfi” olarak vatandaşlıktan çıkarılamayacağı belirtilmiş ancak “keyfiliğin” ölçüsü belirtilmemiştir.<sup>28</sup> Bu ölçüye dönük olarak sonrasında adımlar atılsa da vatandaşlıktan çıkarma kararına karşı başvurulabilecek etkin bir itiraz veya başvuru yolu hala tesis edilebilmiş değildir. Söz konusu maddede ortaya konulan ilkeler, devletlerin ulusal yetkilerinin sınırına giren vatandaşlık sorunlarını düzenlerken göz önünde bulundurmaları gereken ideallerdir. Ancak her ideal gibi, bu ilkeler de, gerçek hayatta tam olarak uygulanabilmiş değildir. Her devletin yasası, belirli politikalar veya çıkarlar dolayısıyla bu ilkelerden az veya çok sapmalar gösterebilmektedir.<sup>29</sup> İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra insan hakları konusunda büyük gelişmeler gösterilmiş olmakla birlikte, bireylerin sahip olması gereken en temel haklardan biri olan vatandaşlık, hala devletlerin iç hukuk kuralları ile düzenlenmektedir.<sup>30</sup>

## II. Vatandaşlık Hakkının Etkinliği ve Sınırlarının Gelişimi

### A. Doktrin

İkinci Dünya Savaşı sonrası doktrininde vatandaşlık konusunda ele alınabilecek en temel teorilerden biri şüphesiz Marshall’a aittir. Marshall savaş sonrası meydana gelen refah-kapitalizmi ve eşitlik amacını içeren demokrasi arasında bir muhtabakat uğraşısının temsilcisi olarak anılmakta<sup>31</sup> ve vatandaşlığı, bir cemiyete tam üye statüsündeki bireylerin hakları ve yükümlülüklerine denk olacak biçimde saygı esasında oluşan bir durumlar bütünü olarak görmektedir.<sup>32</sup> Marshall’ın vatandaşlık anlayışında öne çıkan öge şüphesiz ki onun eşitlik faraziyesidir. Marshall eşitliği cemiyetin tam üyesi olanlar hususunda öngörmüş ve bu tam üyelerin tamamını

<sup>27</sup> MATIAS, s. 49.

<sup>28</sup> BİNGÖL SCHRIJER, s. 211.

<sup>29</sup> AYBAY, s. 20.

<sup>30</sup> OWEN, David; On the Right to Have Nationality Rights: Statelessness, Citizenship and Human Rights, *Netherlands International Law Review*, Vol. 65, 2018, s. 299-317, ss. 300.

<sup>31</sup> ÖZKAZANÇ, s. 253.

<sup>32</sup> MARSHALL, T. H. / BOTTOMORE, Tom B.; *Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar*, Çev. Ayhan Kaya, Gündoğan Yayınları, Ankara, 2000, s. 8.

haklar ve yükümlülükler uyarınca eşit sorumlu tutmuştur.<sup>33</sup> Marshall'a göre vatandaşlık kurumu insanları toplumsal eşitliğe götüren modern bir güçtür<sup>34</sup> ve vatandaşlık zaman içerisinde gelişerek ortaya, üç tür hak çıkarmıştır: medeni (sivil) haklar, siyasi (politik) haklar ve sosyal (toplumsal) haklar şeklindedir.<sup>35</sup> Medeni hakları bireysel özgürlük, düşünce ve inanç özgürlüğü, mülk edinme ve sözleşme yapma özgürlüğü, konuşma özgürlüğü ve adalet hakkı gibi hak ve özgürlükler oluşturur. Bu haklar, hukuk devletinin kurumları vasıtasıyla somutluk kazanmaktadır. Siyasal haklar ise seçme ve seçilme hürriyetini içermektedir. Siyasal karar alma süreçlerinde seçilen temsilcilerin, temsil kurumlarında bulunmasıyla somutlaşmaktadır. Sosyal haklar ise refah devleti bilinciyle ortaya çıkmış ve sosyal güvenlik, sağlık, eğitim vb. gibi konularda mevcut yaşam standartlarına uygun yaşamak ilkesi etrafında toplanmıştır.<sup>36</sup> İngiltere tarihinden yola çıkan Marshall, 18, 19 ve 20. yüzyıllar süresince vatandaşlık haklarının ilerlemesini evrimci bir tutumla ele almış ve yapmış olduğu analizde, vatandaşlık kuramı ile kapitalizmin müsavatsızlıkları arasında bir çatışma olduğunu vurgulamış ancak analizinde bu çatışmayı destekleyen öğeler bulursa da, uzlaşmacı bir yaklaşım sergilemiştir.<sup>37</sup> Her ne kadar çok sayıda eleştiriye maruz kalsa ve eksiklikleri olsa da<sup>38</sup> Marshall'ın teorisinin sonraki süreçte kabul edilen uluslararası metinleri derinden etkilediği görülmektedir.

Vatandaşlık konusundaki teorisi özellikle son dönemde doktrinde öne çıkan bir başka görüş ise Chantal Mouffe aittir. Mouffe; eşitlikçi, toplumsal ilişkileri ve kurumları kapsayan ortak bir siyasi kimliğin inşası olarak radikal demokratik vatandaşlık kavramını ortaya atmıştır.<sup>39</sup> Yazara göre radikal demokrasi, küresel gerçekleri reddetmeyen ancak küresel gerçeklerle başa çıkılmaya çalışılan uyum kaygısından veya fazla cumhuriyetçi halk egemenliği kaygısından uzak duran yeni bir bakış açısıdır. Kamusalılığı tamamen bir kenara bırakmak yerine var olan farklılıkların çoğulculuk argümanı ile yeniden dizayn edilmesi gerektiğini savunan Mouffe, siyasi yapının küreselleştirilmekten kurtarılması gerektiğini ve özcü yaklaşımın da bir kenara bırakılması gerektiğini belirtmektedir. Ona göre vatandaşlık, her bir bireyin kendisi için iyi olanı yapabilme, kontrol edebilme ve bunları gerçekçi olarak uygulayabilme kapasitesidir.<sup>40</sup> Vatandaşlar kendi çı-

<sup>33</sup> MARSHALL / BOTTOMORE, s. 8-9.

<sup>34</sup> MARSHALL / BOTTOMORE, s. 20-21.

<sup>35</sup> MARSHALL / BOTTOMORE, s. 21.

<sup>36</sup> MARSHALL / BOTTOMORE, s. 21-47.

<sup>37</sup> ÖZKAZANÇ, s. 254.

<sup>38</sup> Eleştirilere yönelik detaylı inceleme için bkz: MANN, Michael; Ruling Class Strategies and Citizenship, Sociology, Vol. 21, No. 3, August 1987, s. 339-354.

<sup>39</sup> MOUFFE, Chantal; Demokratik Yurttaşlık ve Siyasi Topluluk, Çev. Koray Çalışkan, Birikim Dergisi, Sayı 55, Kasım 1993, s. 47.

<sup>40</sup> MOUFFE, s. 43-47.

karlarını gözetmek isteyen ancak bu esnada devlet tarafından koyulan kurallara riayet ederek başkasının özgürlüğünü çığnemeyen bireylerdir.<sup>41</sup> Şüphesiz ki bu yaklaşım çoğunluk anlayışı üzerinde durmakta ve devlete ucu acık bir düzenleme yükü getirmektedir. Yazarın diğer vatandaşlık anlayışlarına karşı yaptığı eleştirilere rağmen diğer vatandaşlık anlayışlarının krizlerini açacak sistemli bir alternatif ortaya koyduğu söylenemez.

Gelinen noktada vatandaşlık üzerine çeşitli çalışmalar yapılmış olmakta birlikte, temel olarak söylenebilecek en önemli veri vatandaşlık hakkının kapsamıyla siyasal otoriteler arasında kaçınılmaz bir ilişki olduğudur. Vatandaşlık kavramının arka planında hakların dağıtımını sorunu vardır ve hakları dağıtacak olan kurum şüphesiz siyasal otoritedir. Bu sebeple vatandaşlık kurumu siyasal otoritelerin zaman içerisinde geçirdikleri dönüşümle paralel bir gelişim süreci geçirmiştir.

## B. Hukuki Belgeler

Yukarıda da değinildiği üzere ulus devletlerin ortaya çıkmasından sonra vatandaşlık üzerine düzenlenen en temel metin 1930 tarihli Lahey Sözleşmesi olmuştur. Sözleşmenin ardından, vatandaşlık kavramını da içine alan ve uluslararası belge olarak kabul edilen ilk çalışma, 2 Mayıs 1948 tarihli 9. Uluslararası Amerikan Devletleri Konferansı'nda duyurulan "Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi"dir. Bildiri, vatandaşlığı bulunan bireylere temel haklarını beyan eden ve temel haklar kapsamında vatandaşların korunması amacıyla devletlere sorumluluk yükleyen, bir uluslararası örgüt tarafından oluşturulan ilk bildiridir.<sup>42</sup> Bildirinin "Vatandaşlık Hakkı" başlıklı 19. maddesi şu şekildedir: "Her kişi, yasa tarafından yetkili kılındığı bir vatandaşlığı elde etmek ve eğer diliyorsa, ona bunu tanımak isteyen bir başka devletin vatandaşlığını edinmek üzere vatandaşlığını değiştirmek hakkına sahiptir." Söz konusu düzenlemeye paralel olarak düzenlenmiş olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nca 1948'in Haziran ayında hazırlanmıştır. Yapılan birkaç değişikliğin ardından 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Paris'te düzenlenen 183. oturumunda kabul edilmiştir. Yukarıda da değinildiği üzere Beyannamenin 15. maddesi Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi'yle paralel düzenleme içermektedir.

Vatandaşlık konusunda doğrudan olarak bir düzenleme içermemekle birlikte, vatandaşlığa bağlı olarak devlete somut olarak yükümlülük yükleyen, 4 Kasım 1950'de Avrupa Konseyi üyeleri tarafından kabul edilen Avrupa İnsan Hakları

<sup>41</sup> MOUFFE, s. 48.

<sup>42</sup> ASLAN, Volkan; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2012, s. 261-296, ss. 267.

Sözleşmesi,<sup>43</sup> aynı zamanda devletler üzerinde zorunlu yargı mekanizması içermesi sebebiyle ayrı bir öneme sahiptir. Sözleşmeye ek olarak 16 Eylül 1963'da Strazburg'da yapılan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile söz konusu Sözleşmeye ek Birinci Protokol'de tanınmış bulunan haklardan ve özgürlüklerden başka haklar ve özgürlükler tanıyan 4 No.lu Protokol'ün "Vatandaşların sınır dışı edilmeleri yasağı" başlıklı 3. maddesi "Hiç kimse, tek başına ya da toplu olarak, uyuğu bulunduğu devletin ülkesinden sınır dışı edilemez. Hiç kimse, uyuğunda bulunduğu devletin ülkesine girme hakkından yoksun bırakılamaz." şeklindedir. Görüldüğü üzere Sözleşme, 1. maddesinde kendi yetki alanları dâhilinde bulunan herkese karşı öngörülen yükümlülükler haricinde, vatandaşlık bağı özelinde de devletlere sorumluluk yüklemiştir. Vatandaşlık bağıyla bu ayrıcalıktan faydalanabilme söz konusu olduğundan 3. madde vatandaşlık düzleminde ayrı bir öneme sahiptir.

Vatandaşlık hakkı konusunda yapılan düzenlemeler akabinde ele alınmasına ihtiyaç duyulan en ivedi konu şüphesiz vatansızların statüsü olmuştur. Görüldüğü üzere insan hakları hususunda tanınan haklar ve yükümlülükler genel olarak vatandaşlık temelli olmuştur. Ancak vatansız olan kişilerin hakları ve yükümlülükleri noktasında herhangi bir uluslararası belge olmaması bu konudaki açığın bir an evvel kapatılması konusunda itici bir güç olmuştur. 28 Eylül 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme<sup>44</sup> ile "vatansız kişilerin" uluslararası yasal statüsü resmi olarak kurulmuştur. Herhangi bir devlet tarafından vatandaş olarak kabul edilmeyen vatansız bireylere uygulanacak tutumun standartlarını düzenleyen<sup>45</sup> Sözleşme sanatsal haklar, mülk edinme hakkı, dernek hakkı, mahkemelerde taraf bulunma hakkı gibi birçok hak içermektedir ve vatansız kişilerin statülerine ilişkin olarak uluslararası mahiyette tek Sözleşme olma özelliğine sahiptir.<sup>46</sup> Sözleşmenin 1. maddesi vatansız kişiyi şu şekilde tanımlamaktadır: "Bu Sözleşmenin amaçları çerçevesinde vatansız kişi terimi, kendi yasalarının işleyişi içinde hiçbir Devlet ta-

<sup>43</sup> Sözleşme 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanan Sözleşme, 6366 sayılı ve 10 Mart 1954 tarihli uygun bulma kanunu ile uygun bulunmuş ve kanun 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. 18 Mayıs 1954 tarihinde, onay belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye açısından bu tarih itibariyle yürürlüğe girmiştir.

<sup>44</sup> Sözleşme, 6 Haziran 1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, 6549 sayılı ve 1 Temmuz 2014 tarihli uygun bulma kanunu uygun bulma ve resmi çevirisi, 25 Ekim 2014 tarih ve 29156 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. 25 Mart 2015 tarihinde, onay belgeleri BM Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiştir.

<sup>45</sup> KAYA / YILMAZ EREN, s. 14.

<sup>46</sup> BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, Protecting the Rights of Stateless Persons the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, s. 1. <https://www.unhcr.org/about-us/background/4ca5941c9/protecting-rights-stateless-persons-1954-convention-relating-status-stateless.html> Erişim Tarihi: 25.03.2021.



rafından vatandaş olarak sayılmayan bir kişi anlamına gelir.” Uluslararası hukukta vatansız kişiler *de jure* vatansız kişi ve *de facto* vatansız kişi olarak ikiye ayrılmaktadır. *De jure* vatansızlık, hiçbir devletin vatandaşlığına sahip olmamayı ifade eder. *De facto* vatansızlık halinde ise, kişi belirli bir devletin vatandaşı olmakla beraber, ya siyasi sebeplerden dolayı vatandaşı olduğu devlet ona diplomatik koruma sağlamayı reddetmektedir ya da kişi, vatandaşı olduğu devletten koruma talep etmek istememektedir.<sup>47</sup> Bu şekilde kişi diplomatik ve konsolosluk koruması ve yardımı alamaz hale gelmektedir.<sup>48</sup> Sözleşmenin 1. maddesi incelediğinde vatansız kişi yalnızca herhangi bir devlet tarafından vatandaş olarak kabul edilmemiş kişi olarak düzenlenmiştir. Şu durumda Sözleşmenin lafzen yalnızca *de jure* vatansız kişileri kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>49</sup> Bu konuya açıklık getirmek için Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği 1998 yılında yayınladığı yönerge ile Sözleşme ile *de facto* vatansız olan kişilerin mümkün olduğunca *de jure* vatansız olan kişi gibi muamele görmesi gerektiği belirtmiştir.<sup>50</sup> Muhakkak ki *de facto* vatansız olan kişilerin Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılacağı öngörülmüş olduğu halde düzenlemenin bu yönde yapılması bilinçli bir tercihtir ancak günümüz şartları bakımından bu tercih Sözleşmenin eksik kalmasına sebebiyet vermiştir.

1954 tarihli Sözleşmenin 32. maddesinde 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmeye paralel olarak vatandaşlığa alma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Aynı zamanda 1954 tarihli Sözleşmenin vatansız kişilerin hukuki statüsü noktasında yetkili makamı tayin ettiği görülmektedir. Söz konusu Sözleşmenin “Kişisel Statü” başlıklı 12. maddesi, “Vatansız bir kişinin kişisel statüsü daimi ikametgâhının ait olduğu ülkenin kanununa, ikametgâhi yoksa oturduğu ülkenin kanununa göre düzenlenir” demektedir. Buna göre vatansız kişinin hukuki statüsü, ikamet ettiği veya mukim bulunduğu ülkeye göre değişecektir. Konu, iç hukuk kuralları ile düzenlenecektir. Söz konusu madde daha önceden ikamet ettiği/mukim olduğu başka bir devlette elde edilmiş bir hakka sonrasında bulunulan devlet tarafından saygı gösterme yükümlülüğü içermekte olduğundan vatansız kişiler açısından önem arz etmektedir.<sup>51</sup> Görüldüğü üzere Sözleşme metninde vatansız kişilerin işlediği suçlarla ilgili olarak yargılanmalarında yetkinin hangi devlette olacağı yönünde herhangi bir düzenlemeye gidilmemiş

<sup>47</sup> Vatansız Kişilerin Korunmasına İlişkin El Kitabı, [https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/handbook\\_on\\_protection\\_of\\_stateless\\_persons\\_tr.pdf](https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2017/02/handbook_on_protection_of_stateless_persons_tr.pdf), Erişim Tarihi: 01.05.2021.

<sup>48</sup> HUDSON, Manley O.; Report on Nationality, Including Statelessness, Document: A/CN.4/50, Yearbook of the International Law Commission, 21 Şubat 1952, Vol. 2, s. 17.

<sup>49</sup> MASSEY, Hugh; Legal and Protection Policy Research Series UNHCR and De Facto Statelessness, Geneva, 2010, s. 15-18. <https://www.unhcr.org/4bc2ddeb9.pdf> Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>50</sup> UNHCR, “Guidelines: Field Office Activities Concerning Statelessness”, IOM/66/98 - FOM/70/98, 28 Eylül 1998, s. 4.

<sup>51</sup> BATCHELOR, Carol; The 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons: Implementation within the European Union Member States and Recommendations for Harmonization, Refuge: Canada’s Journal on Refugees, Vol. 22(2), 2005, s. 31-58, ss. 46.



olup, bu mesele devletlerin iç hukuk düzenlerine bırakılmıştır. Her devlet iç hukuk düzeninde konuyla ilgili farklı düzenlemelerde bulunmuştur. Bu durum elbette vatansız kişilerin yargılanması noktasında bir belirsizlik ve keyfilik doğurmaktadır.<sup>52</sup>

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun vatansızlığın azaltılması hususunda 1952 ile 1954 tarihleri arasında yaptığı sözleşme tasarısı sonrasında yapılan konferanslar neticesinde, New York'ta 30 Ağustos 1961 tarihinde Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme<sup>53</sup> imzalanmıştır. Sözleşmenin düzenlediği alan günümüzde dahi hala güncelliğini koruyan bir konu olması sebebiyle son derece önemlidir.<sup>54</sup> Birleşmiş Milletler dönem dönem Sözleşmeye katılım çağrısını yinelemekte ve vatansızlığın önlenmesi ve azaltılmasının devletlerce yapılacak olan işbirliği ile çözüleceğini belirtmektedir.<sup>55</sup> Sözleşmeye katılım sürekli açık tutulmaktadır. Sözleşme, yalnızca taraf devletler arasında değil uluslararası cemiyetin tamamına karşı vatansızlığın azaltılması yönünde katkıda bulunma taahhüdü içermektedir ve bu yönüyle *erga omnes* niteliktedir.<sup>56</sup> Sözleşme, 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme ile birlikte 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanmesinin 15. maddesinde düzenlenen vatandaşlık hakkını “vatansızlığın önlenmesi” üzerinden somutlaştırmaktadır.<sup>57</sup> Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından Sözleşmeye ilişkin hazırlanan metnin giriş kısmında Beyanname öngörülen vatandaşlık hakkına atıf yapılmakta ve Sözleşme ile vatansızlığın meydana gelmesinin mümkün merteye giderilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir.<sup>58</sup> 1961 tarihli Sözleşme vatandaşlığın bireyler tarafından hangi yollarla kazanılacağına dair hükümler koymakla birlikte bireylere doğrudan vatandaşlık hakkı verilmesi

<sup>52</sup> BATCHELOR, 38-42.

<sup>53</sup> Sözleşme, 13 Aralık 1975 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, Sözleşmeyi henüz onaylamamıştır. Ancak Bakanlar Kurulu'nun 3 Haziran 2010 tarihinde Sözleşmeye katılmamızın uygun bulunduğu dair kararı bulunmaktadır. Bkz: <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0397.pdf> Erişim Tarihi: 25.03.2021 Sözleşme metni ile 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun maddelerinin değerlendirilmesi için ayrıca Bkz: ÖZBEK HADİMOĞLU, Nimet / TEKSOY, Barış; Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 107, Temmuz 2013, s. 221-244.

<sup>54</sup> GÜNGÖR, Gülin; Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 63 (3), 2014, s. 479-507, ss. 480.

<sup>55</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 27 Ocak 2010 tarihli ve 64/127 sayılı tavsiye kararı Bkz: [www.unhcr.org/4b8fd5579.pdf](http://www.unhcr.org/4b8fd5579.pdf) Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>56</sup> GÜNGÖR, Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi, s. 480.

<sup>57</sup> ODMAN, Tefvik; Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku, 1. Baskı, Çağ Üniversitesi, Adana, 2011, s. 32.

<sup>58</sup> Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Text of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness with an Introductory Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 2014, s. 3, Bkz: [https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-statelessness\\_ENG.pdf](https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-statelessness_ENG.pdf) Erişim Tarihi: 25.03.2021.

yönünde herhangi bir yükümlülük içermemektedir.<sup>59</sup> 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşmede olduğu gibi 1961 tarihli Sözleşmede de öngörülen güvenceler de yalnızca *de jure* vatansız kişileri kapsamaktadır.

Muhakkak ki 1961 tarihli Sözleşmede getirilen en önemli kısıt, bir kişinin vatansız kalacak olması durumunda ıskatın yapılmaması gerektiğini düzenleyen 8. maddedir.<sup>60</sup> Sözleşmenin 8. maddesi şu şekildedir:

*“1. Bir Sözleşmeci Devlet, hiç kimseyi vatansız duruma düşürecek biçimde vatandaşlıktan çıkaramaz.*

*2. Bu maddenin 1. paragrafındaki hükümleri ihlal etmeyecek şekilde, bir kişi aşağıdaki durumlarda bir Sözleşmeci Devletin vatandaşlığından çıkarılabilir:*

*(a) 7. maddenin 4. ve 5. paragraflarında belirtilen durumlarda, bir kişinin vatandaşlıktan çıkarılması mümkün olabilir;*

*(b) Vatandaşlık hakkının yalan beyan ve sahtekârlıkla elde edildiği durumlarda.*

*3. Bu maddenin 1. paragrafında belirtilen hükümleri ihlal etmeyecek şekilde, bir Sözleşmeci Devlet, imza, onay ya da kabul aşamasında bu hakkın uygulanmasına, bu aşamayla aynı zamanda ulusal hukukunda da var olan aşağıdaki konularda çekince koyarsa, bir kişinin vatandaşlıktan çıkarılma hakkını saklı tutabilir:*

*(a) Kişinin Sözleşmeci Devlete sadakat yükümlülüğünü bozacak biçimde*

*(i) Sözleşmeci Devletin açıkça belirtilen bir yasağa karşı gelerek bir diğer Devlete hizmet vermiş veya hizmet vermeye devam etmek; veya bir başka devletten hizmet karşılığı parasal çıkar sağlamış ya da sağlama-ya devam ediyorsa, ya da*

*(ii) Devletin yaşamsal önemdeki çıkarlarına ciddi olarak zarar verici bir biçimde hareket ediyorsa;*

*(b) Kişi başka bir Devlete karşı bir bağlılık yemini etmişse, ya da resmi bir beyanda bulunmuşsa, ya da Sözleşmeci Devlete bağlılığını yadsıdığı kanıtlarla saptanırsa.*

*4. Bir Sözleşmeci Devlet, bu maddenin 2. ya da 3. paragraflarında izin verilen durumlarda, hukuk çerçevesinde, bir mahkeme ya da bağımsız bir organ tarafından adil bir duruşma hakkı sağlamadan hiç kimseyi vatandaşlıktan çıkaramaz.”*

<sup>59</sup> ODMAN, 42-46.

<sup>60</sup> ADJAMI, Mirna / HARRINGTON, Julia; The Scope and Content of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights, Refugee Survey Quarterly, Vol. 27, Issue 3, 2008, s. 93-109, ss. 94.

Madde metninde atıf yapılan 7. maddenin 4. ve 5. paragrafı ise şu şekildedir:

*“4. Yabancı bir ülkenin uyruğuna geçen bir kişinin, gerekli mercilere vatandaşlık hakkını saklı tutmak istediğini belirtmediği takdirde, ard arda yedi yıldan daha az olmamak üzere Sözleşmeci Devletin hukukunda belirtilen süre boyunca yurtdışında ikamet etmesi halinde vatandaşlık hakkı sona erdirilebilir.*

*5. Bir Sözleşmeci Devlet vatandaşının yurt dışında doğması halinde, ilgili Devlet hukuku, ilgili kişinin vatandaşlık hakkını reşit olmasından sonraki bir yıllık sürenin bitiminde saklı tutmasını bu sürede Devlet sınırları içinde ikamet etmesine veya ilgili mercilere başvuru şartlarına bağlı tutabilir.”*

Görüldüğü üzere vatandaşlıktan çıkarma hususu 1961 tarihli Sözleşmede son derece ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve devletlere büyük bir sınır getirilmiştir. Sözleşmenin müzakere sürecinde vatandaşlıktan çıkarmaya yönelik bu maddenin Sözleşme içerisinde yer almaması bazı devletlerce talep edilmiş, hatta bu hususta çıkan anlaşmazlık sebebiyle toplanan ilk konferans dağılmıştır.<sup>61</sup> Vatandaşlığın devamlılığı/sürekliliği ilkesini güvence altına alan bu hüküm<sup>62</sup> tarafları önemli ölçüde kısıtladığından, devletlerin bu tavrı muhakkak şaşırtıcı değildir. Madde metninde ıskatın hangi şartlarla yapılabileceği tek tek sayılmıştır. Bu sebeple belirtilen şartlar “*numerus clausus*”tur.

Vatansızlar içerisinde ayrı kategoride değerlendirilmesi gereken, korunmaya daha muhtaç olan kişiler muhakkak öncelikle çocuklar, ardından kadınlardır. Çocukların korunması yönünde bir uluslararası örgütün kurulması fikri ilk olarak 1894 yılında Jules de Jeune tarafından ortaya atılmıştır.<sup>63</sup> Birinci Dünya Savaşının akabinde savaştan en büyük zararı gören kısım çocuklar olunca Cenevre’de “Uluslararası Çocuklara Yardım Birliği” kurulmuştur. Bu birliğin hazırladığı belge 26 Eylül 1924 tarihinde Milletler Cemiyeti tarafından Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi<sup>64</sup> olarak kabul edilmiştir.<sup>65</sup> Sonrasında 20 Kasım 1959 tarihinde daha geniş kapsamlı düzenlemeler içeren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi

<sup>61</sup> ALTUĞ, Yılmaz; Vatansızlar Hakkında İki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 29(1-2), 2011, s. 201-217, ss. 211.

<sup>62</sup> GÜNGÖR, Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi, s. 497.

<sup>63</sup> İNAN, Ali Naim; Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 86.

<sup>64</sup> Cenevre Bildirgesi olarak anılan metin 5 maddeden oluşmakta ve çocuğun korunması, önceliği, sağlıklı bir şekilde büyümesi gibi konuları içermektedir. Bkz: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm> Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>65</sup> GÜLAN, Aydın / ŞİRİN, Mustafa Ruhi / ŞİRİN, Memduh Cemil; 1. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı-2, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, Şubat 2011, s. 31.

kabul edilmiştir.<sup>66</sup> Söz konusu Bildirgelerin devletler bakımından bağlayıcılığı olmaması sebebiyle, bir sözleşme yapma ihtiyacı hâsıl olmuş ve 20 Kasım 1989 tarihinde New York'ta Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi imzalanmıştır.<sup>67</sup> 54 maddeden oluşan Sözleşme çocuk haklarını ele alan en temel metindir. 1989 tarihli Sözleşmenin 7. maddesi Çocuğun Vatandaşlık Hakkını düzenlemektedir ve çocuğun doğumla birlikte isim ve vatandaşlık hakkına sahip olduğunu (md.7/1) ve taraf devletlerin vatansızlık hallerini azaltmak için ulusal ve uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiğini (md.7/2) düzenlemektedir. Buna ek olarak taraf devletler, çocuğun kimliğini ve vatandaşlığını koruma hakkına saygı gösterme ve bu konuda yasa dışı muamelelerde bulunmama (md.8/1) ve çocuğun hukuk dışı yollardan vatandaşlığını kaybettiği hallerde ona uygun bir yardım ve koruma sağlama (md.8/2) yükümlülüğü altındadır. Taraf devletlerin Sözleşmede tanınan hakları yürürlüğe koymak için aldıkları önlemlerini ve bu haklardan yararlanma konusunda gerçekleştirilen ilerlemeye ilişkin raporlarını sunduğu “Çocuk Hakları Komitesi”, Sözleşmenin amacına ulaşması ve devletler tarafından uygulanması misyonunu üstlenmiştir.

Çocuğun vatandaşlık hakkının düzenlendiği bir diğer Sözleşme ise 16 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler çatısı altında New York'ta kabul edilen Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'dir.<sup>68</sup> Sözleşmenin Çocukların Hakları başlıklı 24. maddesinde her çocuğun bir vatandaşlık kazanma hakkına sahip olduğu (md.24/3) ve doğumundan hemen sonra nüfusa kaydedilip

<sup>66</sup> Giriş kısmında 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 1924 Cenevre Bildirgesi'ne atıf yapılan 1959 Bildirgesi, ayrımcılığın önlenmesi, vatandaşlık hakkı, sağlık hakkı, özel çocuklar için korunma hakkı, eğitim hakkı, öncelik hakkı, isim hakkı gibi konuları içeren 10 ilkedен oluşmaktadır. Bkz: [http://insanhaklari.maltepe.edu.tr/sites/default/files/files/BM\\_cocuk\\_Haklari\\_Bildirisi.pdf](http://insanhaklari.maltepe.edu.tr/sites/default/files/files/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf) Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>67</sup> Sözleşme, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 14 Eylül 1990 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğu 9 Aralık 1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun, 11 Aralık 1994 tarih ve 22138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin onaylanmasına ilişkin 23 Aralık 1994 tarih ve 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ve Sözleşmenin resmi Türkçe çevirisi, 27 Ocak 1995 tarih ve 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak kanun haline gelmiştir. Onay belgeleri 4 Nisan 1995 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme, Türkiye bakımından 4 Mayıs 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>68</sup> Sözleşme, 41. madde dışında, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnsan Hakları Komitesi'ne ilişkin 41. madde ise, 28 Mart 1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5851 sayılı kararıyla Sözleşmenin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşmenin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak kanun haline gelmiştir. Türkiye, onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır.

kendisine isim verileceği (md.24/2) düzenlenmiştir. Yine Birleşmiş Milletler çatısı altında New York'ta imzalanan 13 Aralık 2006 tarihli Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme<sup>69</sup> de vatandaşlık hakkı, engelli çocukların doğum sonrasında derhal nüfusa kaydedilip isim ve vatandaşlık alma hakkına sahip olmaları gerektiği (md.18/2) biçiminde engelli çocuklar özelinde düzenlemeye yer verilmiştir. Vatandaşlık sözleşmelerinin evrensel katılımdan çokça uzak olduğu günümüz dünyasında<sup>70</sup> çocukların vatansız kalmaması konusunda uluslararası hukukta bir görüş birliği bulunmaktadır ve çocukların herhangi bir sebeple vatansız kalacak olması durumunda doğum yeri (*jus soli*) devletinin vatandaşlığını kazanması gerektiğinin bir uluslararası teamül hukuku kuralı olduğu savunulmaktadır.<sup>71</sup> Sözleşmelerin lafzına baktığımızda ise, çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi ve vatansızlığın önlenmesi açısından gereklerin yerine getirilmesi ahlaki bir sorumluluk doğursa da, hukuki bir sorumluluk doğurmaktan uzaktır.<sup>72</sup>

Birleşmiş Milletlerin faaliyetine başlamasıyla birlikte vatandaşlık konusunda ayrıca düzenlemelere konu olan bir diğer grup kadınlardır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin ardından Birleşmiş Milletler Kadının Statüsü Komisyonu Beyannamesinin 15. maddesine bağlı olarak 1948 yılında çalışma başlatmıştır.<sup>73</sup> Çalışmanın neticesi olarak 20 Şubat 1957 tarihinde New York'ta Evli Kadınların Vatandaşlığı Sözleşmesi<sup>74</sup> imzalanmıştır. Başlangıç kısmında İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 15. maddesine doğrudan atıf yapan Sözleşme<sup>75</sup> evlenme, boşanma veya evliyken eşin (kocanın) vatandaşlığının değişmesi durumunda kadının vatandaşlığının ne olacağına dair kanunlar ihtilafı hükümleri öngörmekte-

<sup>69</sup> Sözleşme, 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, Sözleşmeyi 30 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır. Sözleşmenin onaylanması 3 Aralık 2008 tarih ve 5825 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Sözleşmenin onayına ilişkin 27 Mayıs 2009 tarih ve 2009/15137 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ve resmi Türkçe çeviri, 14 Temmuz 2009 tarih ve 27288 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak kanun haline gelmiştir. Onay belgeleri 28 Eylül 2009 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Sözleşme Türkiye bakımından, 28 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>70</sup> WORSTER, William Thomas; The Obligation to Grant Nationality to Stateless Children Under Treaty Law *Tilburg Law Review*, Vol. 24, No. 2, 2019, s. 204-216, s. 204.

<sup>71</sup> WORSTER, William Thomas; The Obligation to Grant Nationality to Stateless Children Under Customary International Law, *Michigan State International Law Review*, Vol. 27, 2019, s. 1-52. Çalışmada teamül hukuku kuralları gereğince bir çocuğun vatansız kalmaması gerektiği ve vatansız kalması halinde doğduğu devletin yine teamül hukuku kuralı gereğince vatandaşlık vermesi gerektiği savunulmuş ve *opinio juris*in oluştuğuna dalalet eden devlet uygulamalarına yer verilmiştir.

<sup>72</sup> BİNGÖL SCHRIJER, s. 218.

<sup>73</sup> SHYAM, Radhe; UN Convention on the Nationality of Married Women, *International Journal of Multidisciplinary Research and Development*, Vol 2(3), 2015, s. 719-720, ss. 719.

<sup>74</sup> Sözleşme 11 Ağustos 1958 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, Sözleşmeye taraf değildir.

<sup>75</sup> [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1958/08/19580811%2001-34%20AM/Ch\\_XVI\\_2p.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1958/08/19580811%2001-34%20AM/Ch_XVI_2p.pdf) Erişim Tarihi: 25.03.2021.

dir. Sözleşmenin 1. ve 3. maddeleri arasında ne ulusal ne de yabancı evliliğin ne de kocanın vatandaşlığının değişmesinin kadının vatandaşlığını otomatik olarak etkilemeyeceği hükme alınmıştır. Yabancı uyruklu kadınların kocalarının vatandaş olduğu ülkenin vatandaşlığını almasında devletlerin bir takım ayrıcalıklar tanınması noktasında mutabık olduklarını belirten Sözleşme, bu ayrıcalıklarda ulusal güvenlik ve kamu politikası çerçevesinde bir takım sınırlamalara gidilebileceğini de belirtmiştir (md.3/1). Söz konusu hükümle vatandaşlık konusunun egemen devletin kudreti çerçevesinde düzenlenen bir alan olduğu tekrardan göze çarpmaktadır.<sup>76</sup> Yine 18 Aralık 1979 tarihinde New York'ta kabul edilen Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi<sup>77</sup> de "Vatandaşlık Hakkı" başlıklı 9. maddesinde, Evli Kadınların Vatandaşlığı Sözleşmesine paralel olarak, vatandaşlığın kazanılması, değiştirilmesi, sürdürülmesi konusunda kadınlara erkeklerle eşit haklar tanınacağını, bir yabancı ile evlenmenin veya evlilik sırasında kocanın vatandaşlık değiştirmesinin, otomatik olarak kadının da vatandaşlık değiştirmesine, vatansız kalmasına veya zorla kocanın vatandaşlığına geçmesine neden olmayacağını düzenlemektedir. Sözleşmenin denetim organı Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'dir. 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşmenin 1. maddesinde de belirtildiği gibi birçok ülkede çocuk doğumla annesinin vatandaşlığını kazanır. Bu sebeple vatansızlıkla mücadele etmede atılması gereken en temel adım annenin yani kadının vatansız kalmamasını sağlamak olacaktır. Kadının vatansızlık hallerinin azaltılmasına dair hususi hükümler içeren bu Sözleşmelerin devletler tarafından layıyla uygulanması bu yönüyle de son derece kıymetlidir.<sup>78</sup>

Vatansızlığın mümkün olduğunca önlenmesi konusunda akdedilmiş Sözleşmelerden incelenmesi gereken son Sözleşme Avrupa Konseyi çatısı altında 6 Kasım 1997'de Strazburg'da kabul edilen Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi'dir.<sup>79</sup> Özet kısmında yeni bir vatandaşlık kazanmayı ve eski vatandaşlığa yeniden alınmayı kolayca sağlamak, vatandaşlığın yalnızca iyi bir nedenle kaybedilmesini ve keyfi olarak iptal edilememesini temin etmek, vatandaşlık başvurularına uygula-

<sup>76</sup> BİNGÖL SCHRIJER, s. 215.

<sup>77</sup> Sözleşme, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme kısaca CEDAW olarak anılmaktadır. Sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunduğu ilişkin 11 Haziran 1985 tarih ve 2322 sayılı Kanun, 25 Haziran 1985 tarih ve 18792 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu'nun onaya ilişkin 24 Temmuz 1985 tarih ve 85/9722 sayılı Kararı ise, 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri, 20 Aralık 1985 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiştir. 27. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 19 Ocak 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>78</sup> SHAHEEN, Neda; Discriminatory Nationality Laws Must Be Eliminated in Order to Eradicate Statelessness, DePaul Journal for Social Justice, Vol. 11(2), 2018, s. 1-17, ss. 11.

<sup>79</sup> Sözleşme, 1 Mart 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeye taraf değildir.



nan usulün adil, tarafsız ve temyize açık olmasını garanti etmek ve devlet halefiyeti sonucunda vatansız bırakılma tehlikesi içerisindeki kişilerin durumunu düzenlemek amacıyla tasarlandığı belirtilen Sözleşme'nin<sup>80</sup> temel ilkelerinden biri vatansızlığın önlenmesidir. Kimlerin vatandaş olacağını belirlemenin devlete ait olduğunu belirten (md.3/1) Sözleşmenin açıklayıcı raporunda, vatandaşlık hakkının devlete verilen mahfuz yetkiyi ortadan kaldırmayacağını, Sözleşmenin kabulünde asıl amacın bir uluslararası teamül hukuku kuralı olan vatansızlığın önlenmesi olduğu belirtilmiştir.<sup>81</sup> Vatansızlığın önlenmesi konusunda 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşmesinde öngörülen rejimden daha iyi bir rejim öngören Sözleşme<sup>82</sup> bireylerin vatandaşlıklarına ilişkin yükümlülükleri ve kuralları ile birden çok vatandaşlık sahibi kişilerin askerî yükümlülüklerini düzenlemektedir (md.1). Herkesin bir vatandaşlık hakkına sahip olduğu, vatansızlıktan kaçınılması gerektiği ve kimsenin keyfi olarak vatandaşlığının elinden alınamayacağını ilke edinen (md 4.) Sözleşme, 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşmeden ayrı olarak, doğum sırasında ebeveynlerden birisinin (yalnızca annenin değil) vatandaşlığının bulunduğu taraf devletin çocuğa vatandaşlık tanıyacağını (md.6/1-a) ve taraf devlet topraklarında doğup aksi halde vatansız kalacak olan çocuk için ilgili devletçe vatandaşlık tanınacağını (md.6/1-b) düzenlemiştir. Aynı zamanda vatandaşlığa başvuru ve vatandaşlık hakkında alınan kararlarda daha kolaylaştırılmış bir süreç öngören Sözleşme, vatansız kişilerin kimliklendirilmesine yardım eder niteliktedir.<sup>83</sup> Kanunen ya da taraf devletin kararıyla vatandaşlığın kaybı başlıklı 7. madde ise şu şekildedir:

*“1. Taraf Devlet kendi iç hukukunda aşağıdaki istisnâ haller dışında kanunen ya da Taraf Devletin kararıyla vatandaşlığın kaybı hakkında hükümler koyamaz:*

*a. başka bir vatandaşlığın gönüllü olarak kazanılması;*

*b. başvurana yüklenebilecek herhangi bir ilgili olgu hakkında bilgi gizleme, yanlış bilgi verme veya hileli davranış yoluyla Taraf Devletin vatandaşlığını kazanmak;*

*c. yabancı bir silahlı kuvvetlerinde gönüllü hizmette bulunmak;*

<sup>80</sup> Çeviri için Bkz: AYKAÇ, Alper Can; Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 77, 2008, s. 359-383, Sözleşmenin detaylı incelemesi için Bkz: GÜNGÖR, Gülin; Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 17, s. 229-250.

<sup>81</sup> Explanatory Report to the European Convention on Nationality, s. 7-8, <https://rm.coe.int/16800ccde7>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>82</sup> van WAAS, Laura; Fighting Statelessness and Discriminatory Nationality Law in Europe, European Journal of Migration and Law, Vol. 14, 2012, s. 243-260, ss. 247.

<sup>83</sup> van WAAS, s. 249.

d. Taraf Devletin önemli menfaatlerine ciddi surette zarar veren fiillerde bulunmak;

e. Taraf Devlet ile yurtdışında hukukten ikamet etmekte olan vatandaş arasındaki gerçek bağ eksikliği; f. çocuğun küçüklüğü sırasında kabul edilen, Taraf Devletin vatandaşlığının kanunen (ex lege) kazanımına yol açan iç hukuk tarafından düzenlenen önkoşulların tamamlanamayacak olması;

g. çocuğun, kendisini evlat edinen ebeveynlerin birinin veya ikisinin de yabancı vatandaşlığını kazanması veya buna sahip olması durumunda, çocuğun evlat edinmesi.

2. 1. paragrafın c ve d bentlerince kapsanan olaylar dışında, Taraf Devlet, vatandaşlığı kaybeden ebeveynlere sahip çocuğun vatandaşlığının kaybını düzenleyebilir. Ancak ebeveynlerinden birisi bu vatandaşlığa sahipse çocuk bu vatandaşlığı kaybetmez.

3. Eğer ilgili kişi bu maddenin 1. ve 2. paragraf hükümleri nedeniyle vatansız kalacaksa Taraf Devlet bu hükümler altındaki vatandaşlığın kaybını sağlayamaz; bu maddenin 1. paragrafının b. bendinde anılan olaylar istisnadır.”

Görüldüğü üzere 1997 tarihli Sözleşme bilgi gizleme, yanlış bilgi verme veya hileli davranışla elde edilen vatandaşlığın ıskatı noktasında 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına dair Sözleşme ile ayrışmakta ve negatif bir statü oluşturmaktadır. Diğer Sözleşmelerin aksine vatansızlığın azaltılması yerine vatansızlığın önlenmesi vurgusu yapan 1997 tarihli Sözleşmenin,<sup>84</sup> vatandaşlık konusunu cevapsız bırakan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini tamamlar nitelikte olduğu iddia edilmektedir.<sup>85</sup> Ancak, Sözleşmeye katılım oranı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile mukayese edildiğinde oldukça düşüktür<sup>86</sup> ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 1999 tarihli Vatansızlığın Azaltılması ve Önlenmesine ilişkin 18 No.lu Tavsiye Kararında taraf devletlerin kendi iç hukuk kurallarını Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi ile uyumlu hale getirmeleri belirtilmiş olsa da<sup>87</sup> günümüzde vatansızlığın önlenmesi konusunda devlet uygulamaları hala yeterli etkinliğe erişilmediğini göstermektedir.

<sup>84</sup> GÜNGÖR, Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, s. 240.

<sup>85</sup> van WAAS, s. 257-258.

<sup>86</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin onay belgesini 47 ülke tevdi etmişken, Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi'nin onay belgesini tevdi eden 21 ülke bulunmaktadır.

<sup>87</sup> Recommendation R (1999) 18 of the Committee of Ministers to Member States on the Avoidance and Reduction of Statelessness, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3964.html>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.



Vatansızlık hakkındaki Sözleşmeleri incelediğimizde, vatansızlığın önüne geçilmesinin özellikle çocuklar üzerinden somutlaştığı görülmektedir. Aynı zamanda belgelerde kanunlar ihtilafı sorunlarının önüne geçmeyi hedefleyen bir dil bulunmaktadır. Ancak vatandaşlık hakkı, Sözleşmelere taraf devleti, başvuran karşısında vatandaşlık vermeye mecbur etmenin çok uzağındadır. Bilakis, vatansızlığın azaltılması veya önlenmesini öngören Sözleşmelerde dahi vatandaşlıktan çıkarma konusunda devletlere bir miktar kısıtlama ile birlikte ciddi bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Vatansızlığın önlenmesi konusunda devletler üzerinde bir otorite bulunmaması da bu sorunun giderilmesini daha da zorlaştırmaktadır.<sup>88</sup>

Vatandaşlık hakkında nihai karar merci devletlerin iç hukuku olduğundan, bu durum devletler tarafından keyfi uygulamalara sebebiyet vermekte ve bireylerin vatansız kalmasına neden olmaktadır. Fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konuda son dönemde vermiş olduğu kararlar umut verici olma yönünde bir kapı aralamaktadır.<sup>89</sup>

### III. Terörist Faaliyet Sebebiyle Vatandaşlıktan Çıkarılma

Vatandaşlık 1948 tarihli Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi ile bir hak olarak kabul edilmiş, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi ile temel bir hak olarak uluslararası hukuk alanında düzenlenmiştir. 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme ile vatansız kişilerin hakları koruma altına alınmış, 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme ile de devletlere kişileri vatansız bırakmama noktasında net sınırlamalar getirilmiştir. 1957 tarihli Evli Kadınların Vatandaşlığı Sözleşmesi, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 1979 tarihli Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, 1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve 2006 tarihli Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme ile de özel olarak korunmasına ihtiyaç duyulan kadınlar, çocuklar ve engelli kişilerin vatandaşlık hakları ayrıca düzenlenmiştir. Son olarak, 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi ile vatandaşlık hakkında oldukça detaylı düzenlemeye gitmiş ve vatandaşlıktan kaybı noktasında devletlere oldukça dar bir alan bırakmıştır.

Vatandaşlığın kaybedilmesi, vatandaşlıktan çıkma veya vatandaşlıktan çıkarılma olarak tezahür edebilir. Yukarıda bahsedilen Sözleşmelerde de belirtildiği üzere vatandaşlığın kaybedilmesi şu hallerde mümkündür:

- Başka bir vatandaşlığın gönüllü olarak kazanılması,
- Devletin önemli menfaatlerine ciddi surette zarar veren faaliyetlerde bulunmak,

<sup>88</sup> BİNGÖL SCHRIJER, s. 221-222.

<sup>89</sup> van WAAS, s. 259-260.

- Yabancı bir devletin askeri kuvvetlerinde gönüllü hizmet vermek,
- Bilgi gizleme, yanlış bilgi verme yahut hileli davranış yoluyla vatandaşlığın kazanılması,
- Aile bağının kaybı ve evlat edinilme,
- Devlet ile yurtdışında ikamet eden/mutat olan vatandaş arasındaki gerçek bağın yetersizliği.

Vatandaşlıktan çıkarılma, kişinin rızası hilafına gerçekleştirilir. Terörist faaliyet sebebiyle vatandaşlıktan çıkarılma ise devletin önemli menfaatlerine ciddi surette zarar veren faaliyetlerde bulunmak suretiyle gerçekleştirilmektedir.<sup>90</sup> Birinci Dünya Savaşı ve İkinci Dünya Savaşı esnasında devletler birçok vatandaşını vatandaşlıktan çıkarmıştır. Sonrasında yapılan sözleşmeler neticesinde vatandaşlıktan çıkarılma bir süreliğine rafa kaldırılmıştır.<sup>91</sup> Ancak 11 Eylül Terör saldırılarının sonrasında dünyada hızlı bir biçimde artan terör faaliyetleri sebebiyle vatandaşlıktan çıkarılma konusu tekrar gün yüzüne çıkmış ve birçok devlet vatandaşlık yasalarında düzenlemeye gitmiştir.<sup>92</sup> Günümüzde Avrupa Birliğine üye devletlerin de içinde bulunduğu birçok devlet, terör suçu işleyen veya terör suçu işlediğinden şüphelenilen kişileri vatandaşlıktan çıkarma yoluna gitmektedir.<sup>93</sup>

Terörizmle mücadele devletlerin güvenlik politikaları çerçevesinde ilk sıralarda yer almalıdır. Ancak terörizmle mücadelenin yolu terörist olarak atfedilen kişilerin vatandaşlıktan çıkarılmasından mı geçmektedir? Söz konusu soruya verilecek cevap tartışmalıdır. Terörizm doğrudan bir ülkenin güvenliği konusunda tehdit oluşturmaktadır ve toplumda yaşayan insanların hayatlarını da hedef alabildiğinden

<sup>90</sup> MANTU, Sandra; Citizenship in times of terror: citizenship deprivation in the UK, Conference: ECPR Standing Groups, Konferans Notu, 29 Mart - 2 Nisan 2015, Warsaw, s. 1-20, ss. 1.

<sup>91</sup> MANTU, Citizenship in times of terror: citizenship deprivation in the UK, s. 4.

<sup>92</sup> MACKLIN, Audrey; The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?, Editor: Rainer Bauböck, Debating Transformations of National Citizenship, s. 163-172, ss. 163.

<sup>93</sup> MANTU, Sandra; 'Terrorist' citizens and the human right to nationality, Journal of Contemporary European Studies, Vol. 26, No. 1, 2018, s. 28-41, ss. 28-29. Özellikle İngiltere'nin terörist faaliyet sebebiyle vatandaşlıktan çıkarma konusunda birçok kararı bulunmaktadır. AB Üyesi ülkelerin verdikleri vatandaşlıktan çıkarma kararları özelinde yapılan detaylı incelemeler için ayrıca Bkz: TUININGA, Emma; Proportionality and the United Kingdom's policy on Nationality Deprivation as a Counter-Terrorism Measure: A Case for Concern, International Law and Global Governance - Master Thesis, 2018; GOODWIN-GILL, Guy S.; Mr Al-Jedda, Deprivation of Citizenship, and International Law, Seminar at Middlesex University on 14 February 2014; Lucia Zedner, Citizenship Deprivation, Security and Human Rights, European Journal of Migration and Law, Vol. 18, 2016, s. 222-242; VEDASCHI, Arianna / GRAZIANI, Chiara; Citizenship Revocation in Italy as a Counter-Terrorism Measure, VerfBlog, 2019; HARVEY, Alison; Deprivation of nationality: Implications for the fight against statelessness, Questions of International Law, Zoom in 31, 2016, s. 21-38. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vatandaşlıktan çıkarma hakkındaki bazı kararlarının kısa özeti için ayrıca bkz: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Citizenship\\_Deprivation\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Citizenship_Deprivation_ENG.pdf), Erişim Tarihi: 25.03.2021.

devletleri bu konuda tedbir almaya zorlamaktadır. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından 20 Ocak 2003 tarihli 1453 Sayılı Kararı terörle mücadele konusunda bir bildirge yayınlanmış<sup>94</sup> olup terörle mücadele konusunda alınacak tedbirlerin devletin özellikle insan hakları hukuku kapsamındaki sorumluluğu başta olmak üzere uluslararası hukuk ilkeleri kapsamındaki sorumluluğuna uygun olması gerektiği vurgulanmıştır.<sup>95</sup> Yukarıda da bahsedildiği üzere 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin yayınlanmasıyla birlikte artık vatandaşlık hakkının en temel insan haklarından olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır.

İnsan hakları hukukuna hâkim olan ilkelere biri ise muhakkak orantılılık ilkesidir. Orantılılık en basit tanımıyla ulaşılmaya istenen amaç ile bu amaca ulaşmada başvuru yöntem arasında bir ölçü/deşlik olması demektir. Bir başka ifadeyle amaç ile araç arasındaki dengeyi ifade etmektedir.<sup>96</sup> Genel olarak uluslararası insancıl hukuk teorisinde ön plana çıkan bu ilke esasında hukukun bütün alanlarına sirayet eden daha geniş bir anlam içermektedir.<sup>97</sup> İnsan haklarının korunması alanında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin öncülüğünü yaptığı Avrupa Hukuku'nda orantılılık kavramı, devletlerin belirli bir eylemi yürütmesi için sürdürülen amaçlar ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araçlar arasında bir araç-sonuç ilişkisini ifade eder.<sup>98</sup> Aynı koruma, daha az ölçüde olsa da, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi ve organları tarafından da kabul edilmektedir.<sup>99</sup>

Hakların sınırlandırılmasının şartı olarak başvuru orantılılık,<sup>100</sup> insan hakları ihlallerinin nerede ve hangi düzeyde olursa olsun tutarlı bir şekilde önlenmesinde önemli bir bileşen olarak gelişmiştir<sup>101</sup> ve her somut olayda bu ilkeye yerince riayet edilmiyor olsa da uluslararası hukukta geniş bir uygulama alanına sahiptir.<sup>102</sup> Orantılılık ilkesi yalnızca hakların korunmasına değil aynı zamanda

<sup>94</sup> KAYA, İbrahim; Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Usak Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2005, s. 98.

<sup>95</sup> 20 Ocak 2003 tarihli 1453 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı, Terörle Mücadele, S/RES/1456 (20 January 2003), <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1456> Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>96</sup> NEWTON, Michael A. / MAY, Larry; Proportionality in International Law, Oxford University Press, 2014, s. 15.

<sup>97</sup> GARDAM, Judith; Necessity, Proportionality and the Use of Force by States, Cambridge University Press, 2004, s. 9; GÜNEYSU, Gökhan; Orantılılık İlkesi ve Uluslararası İnsancıl Hukuk, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 14, 2013, s. 451-465, ss. 453.

<sup>98</sup> EMILIOU, Nicholas; The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study, Springer, Netherlands, 1996, s. 23-24.

<sup>99</sup> COTTIER, Thomas / ECHANDI, Roberto / LEAL-ARCAS, Rafael / LIECHTI, Rachel / PAYOSOVA, Tetyana / SIEBER-GASSE, Charlotte; The Principle of Proportionality in International Law, NCCR Trade Regulation Working Paper, No: 38, 2012, s. 1-34, ss. 4.

<sup>100</sup> NEWTON / MAY, s. 56.

<sup>101</sup> COTTIER / ECHANDI / LEAL-ARCAS / LIECHTI / PAYOSOVA / SIEBER-GASSE, s. 4.

<sup>102</sup> DOST, Süleyman; Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl 6, Sayı 12, Aralık 2018, s. 361-399, ss. 365.

terörle mücadele tedbirlerinin oluşturulmasına da yardım eder niteliktedir.<sup>103</sup> Bu sebeple devletler terörle mücadele tedbirleri kapsamında vatandaşlıktan çıkarma yoluna giderken bireylerin temel bir insan hakkını elinden aldığını unutmamalıdır ve orantılı davranmak zorundadır. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi 2019 tarihli 2263 sayılı Kararında terörle mücadele çerçevesinde vatandaşlıktan çıkarmanın son derece sert bir önlem olduğunu ve insan haklarıyla çeliştiğini belirtip, vatandaşlıktan çıkarmanın politik bir nedene dayanarak yapılmaması gerektiğini belirtmiştir.<sup>104</sup>

Vatandaşlık meselesi her ne kadar devlet egemenliğinin bir parçası olarak görülüyor olsa da devletler yasal düzenlemelerini yaparken sınırsız yetkiye sahip değildir ve uluslararası hukuk kurallarıyla bağlıdır.<sup>105</sup> Vatandaşlıktan çıkarma kararlarının temelinde kamu yararı ve devletin önemli menfaatine zarar verme bulunmaktadır. Bu vatandaşlıktan çıkarmalar neticesinde ise birçok birey vatansız hale gelmektedir. Ancak hem 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme hem de 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi bireyin vatansız kalacak olması durumunda söz konusu sebeple vatandaşlıktan çıkarılmasını yasaklamaktadır.<sup>106</sup>

Vatandaşlıktan çıkarma konusunda en uç tutum takınan devletlerin başında ise İngiltere gelmektedir. 2002 yılından sonra başlayan yasama süreci neticesinde birçok İngiliz vatandaşı çeşitli sebeplerle vatansız bırakılmıştır.<sup>107</sup> Dahası 2006 yılında 1981 tarihli Vatandaşlık Yasasının 40. maddesinde yapılan yasa değişikliği ile “kamu yararına bağlı olarak” kişilerin İngiltere’de doğmuş olsalar dahi vatansız bırakılabileceği düzenlenmiştir.<sup>108</sup> Aynı yasa maddesinin dördüncü fıkrasında ise kişinin vatansız kalacak olması durumunda bu kararın uygulanmayacağı belirtilmiştir.<sup>109</sup> Ancak ilgili yasal düzenlemeye rağmen İngiltere, kişinin ebe-

<sup>103</sup> Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 24. Olağan Oturum Raporu, 9-27 Eylül 2013, A/HRC/24/2, s. 57. <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session24/Pages/24RegularSession.aspx> Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>104</sup> Europe Council, Parliamentary Assembly, Resolution 2263 (2019), Withdrawing nationality as a measure to combat terrorism: a human-rights compatible approach?, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=25430&lang=en> Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>105</sup> MANTU, ‘Terrorist’ citizens and the human right to nationality, s. 29.

<sup>106</sup> 1961 tarihli Vatansızlığın Azaltılması Dair Sözleşme md.8, 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesi md.7.

<sup>107</sup> McMILLAN, Anne; A punishment more primitive than torture, International Bar Association, 7 Ağustos 2018, <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=0973CA3C-1549-4489-B0F4-0DC418085C28>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>108</sup> Immigration, Asylum and Nationality Act 2006, Chapter 13, md.56, [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/13/pdfs/ukpga\\_20060013\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/13/pdfs/ukpga_20060013_en.pdf) Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>109</sup> British Nationality Act 1981, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61/section/40> Erişim Tarihi: 25.03.2021.

veynleri aracılığıyla başka bir devletten vatandaşlık kazanabileceği/vatandaşlık alma hakkına sahip olduğu inancına dayanarak “terörist” vatandaşlarını vatansız bırakmaktadır.<sup>110</sup> Muhakkak ki bu uygulamalar ne orantılılıkla ne de uluslararası Sözleşmelerin öngördüğü ıskat rejimi ile örtüşmemektedir ve hukuka uygun değildir.<sup>111</sup>

Terörist faaliyeti vatandaşlıktan çıkarmayı haklı bir sebep olarak gören ülkelere örnek olarak; Belçika,<sup>112</sup> Fransa,<sup>113</sup> Almanya,<sup>114</sup> Hollanda,<sup>115</sup> Malta,<sup>116</sup> Güney Afrika<sup>117</sup> ve Avusturya<sup>118</sup> verilebilir. Söz konusu ülkeler bu düzenlemede bulunmakla birlikte kişilerin vatansız kalacak olması durumunda böyle bir tedbire başvurmamışlardır. Ancak terörist faaliyet sebep gösterilerek vatandaşlıktan çıkarma yoluna gidilmiştir.<sup>119</sup> Yapılan düzenlemeler ve eylemlerin uluslararası hukuka uygun olmadığı aşikârdır ve devletlerin terörist vatandaşlarından kurtulma saikiyle bu hukuka aykırılığı gerçekleştirdikleri görülmektedir.<sup>120</sup>

Son dönemde, Suriye’de gerçekleşen terör olayları çerçevesinde birçok devletin vatandaşı bu bölgeye gelmiş ve Irak ve Şam İslam Devleti<sup>121</sup> adıyla faaliyet gösteren terör örgütüne dâhil olmuştur. Suriye’de bulunup terör olaylarına dâhil

<sup>110</sup> GALLELLI, Francesca; Why Depriving Shamima Begum of her UK Citizenship Breaches International Law, Oxford Human Rights Hub, Blog yazısı, 19 Mart 2019; E3, N3 ve G3 olarak isimlendirilen İngiltere vatandaşlarının vatandaşlıktan çıkarılmaları akabinde Göç İtirazı Özel Mahkemesi’nde (Special Immigration Appeal Tribunal, SIAC) açtıkları davalar için ayrıca bkz: <http://siac.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/outcomes/documents/E3%20&%20N3.pdf>, <http://siac.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/outcomes/documents/G3%20v%20SSHD%2015.12.17.pdf> Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>111</sup> ARNELL, Paul; The legality of the citizenship deprivation of UK foreign terrorist fighters, ERA Forum, Vol. 21, 2020, s. 395-412, ss. 410-411.

<sup>112</sup> WAUTELET, Patrick; Deprivation of citizenship for ‘jihadists’ Analysis of Belgian and French practice and policy in light of the principle of equal treatment, Rimo Bundel, Vol. 30, 2017, s. 49-74, ss. 50-51.

<sup>113</sup> Ibid. s. 52-53.

<sup>114</sup> BOLHUIS, Maarten P. / van WIJK, Joris; Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Measure in Europe; Possible Follow-Up Scenarios, Human Rights Infringements and the Effect on Counterterrorism, European Journal of Migration and Law, Vol. 22, 2020, s. 338-365, ss. 344.

<sup>115</sup> Ibid. s. 346.

<sup>116</sup> BOEKESTEIN, Tom L.; Deprivation of Nationality as a Counter-Terrorism Tool: a Comparative Analysis of Canadian and Dutch Legislation, The Transnational Human Rights Review, Vol. 5, 2018, s. 23-62, ss. 34.

<sup>117</sup> Ibid. s. 29.

<sup>118</sup> Ibid. s. 32.

<sup>119</sup> WAUTELET, s. 51, 53; BOEKESTEIN, Tom L, s. 35-36.

<sup>120</sup> BOLHUIS / van WIJK, s. 363-365.

<sup>121</sup> Örgüt İngilizce literatürde the Islamic State of Iraq and the Levant (ISIL), the Islamic State of Iraq and Syria (ISIS) adıyla anılmaktadır. Orijinal adı ad-Dawlah al-İslamiyah fi’l Irak wa ash-Sham (DAİŞ) dir. Türkiye örgütün terör faaliyeti göstermesi sebebiyle Devlet’ül İslamiyye fi’l Irak ve’ş Şam ibaresinden İslam ifadesini çıkararak örgütü Devlet’ül Irak ve’ş Şam (DAEŞ) olarak anmaktadır. Makalede genel literatürle uyum sağlamak amacıyla Irak ve Şam İslam Devleti (İŞİD) ibaresi tercih edilmiştir.

olan kişilerin bazıları yukarıda bahsedilen tutum sebebiyle vatandaşlıktan çıkarılmış bazıları ise vatandaşları olduğu devletler tarafından yargılanmıştır. Bazı devletler ise kişileri vatandaşlıktan çıkarmamakla birlikte bu kişilerin terör faaliyetlerinde bulunduğu devletçe yargılanması gerektiğini ileri sürmüştür.<sup>122</sup> Suriye’de hâlihazırda Birleşmiş Milletler tarafından tanınan meşru hükümet devlet topraklarının tamamı üzerinde hâkimiyet kuramamaktadır ve aciz devlet konumundadır.<sup>123</sup> Bu sebeple teröristlerin terör faaliyetinde buldukları devletçe yargılanmaları mümkün olmamaktadır. Özellikle teröristlerin vatandaşlıktan çıkarılması, yargılanamamalarına sebep olmakta ve ciddi bir hukuki ihmal oluşturmaktadır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği Ofisi raportörü Callamard IŞİD mensubu kişilerin vatandaşı oldukları devletçe yargılanmasının “tek seçenek” olduğunu vurgulamış ve bölgede hâlihazırda uluslararası ceza hukuku kapsamında işlenen suçları ele alan ve uluslararası standartları karşılayan bir geçiş hukuku olmadığını belirtmiştir.<sup>124</sup> Avrupa Dış İlişkiler Konseyi Üyesi Dworkin de Avrupalı devletlerin IŞİD savaşçıları kendi devletlerine getirmesi gerektiğini ele aldığı çalışmada Avrupalı devletlerin vatandaşlarını Suriye’ye geri göndermeye çalışmaktan vazgeçmesi gerektiğini ve bu büyük sorunu görmezden gelmek yerine taşın altına el koymaları gerektiğini ifade etmiştir.<sup>125</sup> Görüldüğü üzere hem Birleşmiş Milletler hem de Avrupa Konseyi kendine has bir durum içinde olan Suriye’de ele geçirilen teröristlerin yargılanması noktasında kendi devletlerinin geri adım atmaması gerektiği noktasında hemfikirdir. Siyasal kaygılarla vatandaşlıktan ıskat etme, çıkmaza girmiş durumdadır ve devletlerin bu uygulamadan uluslararası hukuk gereği vazgeçmesi gerekmektedir.

## Sonuç

Vatandaşlık hakkı bireyle devlet arasındaki yasal sınırları net bir şekilde belirleyen ve bireyleri devletin koruması altına sokan bir bağ olduğundan, yaşam hakkı gibi temel bir hak olarak görülmektedir ve uluslararası sözleşmelerle de bu hak koruma altına alınmıştır. Vatandaşlık doktrininde ise eşitlik ve demokratik vatandaşlık kavramları ön plana çıkmaktadır. Vatandaşlık kavramı ile devlet

<sup>122</sup> Avrupalı Devletlerin takındığı tutumlar hakkında kısa bilgi için bkz: Avrupa’nın IŞİD ikilemi: Hangi ülke ne yapacak? <https://www.dw.com/tr/avrupan%C4%B1n-i%C5%9Fid-ikilemi-hangi-%C3%BCIke-ne-yapacak/a-51205873> Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>123</sup> Konuyla ilgili detaylı inceleme için bkz: GÜR, Hande; Devlet-Dış Aktörlere Karşı Meşru Savunmada İsteksiz veya Aciz” Doktrini, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.

<sup>124</sup> Trial of Daesh fighters in home countries ‘only option’, <https://www.aa.com.tr/en/americas/trial-of-daesh-fighters-in-home-countries-only-option/1629471> Erişim Tarihi: 25.03.2021.

<sup>125</sup> DWORKIN, Anthony; Beyond Good and Evil: Why Europe Should Bring Isis Foreign Fighters Home, European Council on Foreign Relations Policy Brief, Ekim 2019, s. 1-20, ss. 17.

arasında oluşan yadsınamaz bağ ve vatandaşlık düzenlemelerinin siyasal otorite eliyle yapılıyor olması nihayetinde çeşitli hukuka aykırılıklar doğurmaktadır.

Vatandaşlık hakkının korunması ve vatansızlığın önlenmesi noktasında yurtdışı anılan birçok düzenleme yapılmış olmakla birlikte sözleşmeler genel olarak son sözü devletlerin iç hukukuna bıraktığından, bu durum bireyler açısından birçok bilinmezi beraberinde getirmektedir. 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına dair Sözleşmesinde ve 1997 tarihli Avrupa Vatandaşlığı Sözleşmesinde bireyin vatansız kalacak olması durumunda vatandaşlıktan çıkarılmayacağı açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen Sözleşmelere taraf olan devletler dahi bu düzenlemelere aykırı kararlar verebilmektedir. Şüphesiz bu kararlar uluslararası hukukun ihlalidir ve devletlerin iç hukuk kuralları ve uygulamaları evrensel standartlardan oldukça uzaktadır. Devletler kendi menfaatleri söz konusu olduğunda, bireylerin menfaatlerini ve hakkaniyeti bir kenara bırakarak orantısız kararlar verebilmektedir. Bireylerin kendilerini vatansız bırakan orantısız kararlar karşısında başvuruda bulunabilecekleri devlet üstü bir merci olmadığından devletlerin bu konudaki keyfilikleri de giderilememektedir.

Devletlerin vatandaşlıktan çıkarma kararları aynı zamanda bireyleri cezalandırma yöntemi olarak da görülmemelidir. Çünkü vatandaşlık hakkı devlet tarafından bireylere “bahşedilmiş” bir hak değildir. Her devletin kendi iç hukukunca bireylere tanıyacağı doğal bir haktır. Özellikle çifte vatandaşlığa sahip kişilerin vatandaşlıktan çıkarılması kararları -vatansız kalmayacak olmaları sebebiyle- daha kolay verilmektedir ve vatandaşlıktan önce çıkaran devlet “terörist” vatandaşından bu yolla kurtulmaktadır.

Günümüzde ulaştığı nokta itibariyle terörizmin bütün devletlerin bir arada mücadele etmesini gerektirdiği aşikârdır. Ancak devletlerin teröristleri vatandaşlıktan çıkarması terörizmle mücadele kapsamında değerlendirilebilecek bir durum değildir. Terörizmle mücadele, devletlerin de ellerini taşın altına koymasını ve vatandaşlarını yargılamaktan kaçınmamasını gerektirir. Çünkü teröristlerin devletin yetki alanından çıkması terörizmin söz konusu devlete yansımayacağı anlamına gelmemektedir. Bu sebeple “ulusal güvenlik ve kamu politikası” veya “kamu yararı” kapsamında terör olaylarına dâhil olmuş bireylerin vatandaşlıktan çıkarılması hem temel bir hak olan vatandaşlık hakkının günümüz yorumlamasıyla örtüşmemekte hem de devletlerin kamusal yararına ve uluslararası toplumun yararına hizmet etmemektedir. Terörist faaliyet sebebiyle vatandaşlıktan çıkarma ancak çok afaki durumlarda- bireyin terör örgütü lideri olması, terör örgütü bünyesinde çok üst kademelerde ağır insan hakları ihlallerinin kararını vermiş olması gibi-başvurulabilecek bir yol olabilir ve orantılı olması gerekmektedir. Kamu yararını gözeten devletlerin terörizmle mücadele etme yolu, onu yok saymaktan değil, sorumluluk almaktan geçmektedir.



**Kaynakça**

- ADJAMI, Mirna / HARRINGTON, Julia; The Scope and Content of Article 15 of the Universal Declaration of Human Rights, *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 27, Issue 3, 2008, s. 93-109.
- ALTUĞ, Yılmaz; Vatansızlar Hakkında İki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 29(1-2), 2011, s. 201-217.
- ARNELL, Paul; The legality of the citizenship deprivation of UK foreign terrorist fighters, *ERA Forum*, Vol. 21, 2020, s. 395-412.
- ASLAN, Volkan; Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2012, s. 261-296.
- AYBAY, Rona; Yurttaşlık (Vatandaşlık) Hukuku Ders Kitabı ve Temel Yasa Metinleri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1982.
- BATCHELOR, Carol; The 1954 Convention Relating to the Status of Stateless Persons: Implementation within the European Union Member States and Recommendations for Harmonization, *Refuge: Canada's Journal on Refugees*, Vol. 22(2), 2005, s. 31-58.
- BAUBOBK, Rainer; The Rights and Duties of External Citizenship, *Citizenship Studies* 13 (5), 2009, s. 475-499.
- BİNGÖL SCHRIJER, Bilge; Vatandaşlık Hakkının Kapsamı ve Egemenlik İlişkisi Üzerine Bir Değerlendirme, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22 (1), Şubat 2019, s. 199-265.
- BİRİNCİ, Görkem; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Kısa Tarihi I: Milletler Cemiyeti'nden Birleşmiş Milletler'e, *Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi SBE Dergisi*, 7 (2), 2017, s. 50-81.
- BOEKESTEIN, Tom L.; Deprivation of Nationality as a Counter-Terrorism Tool: a Comparative Analysis of Canadian and Dutch Legislation, *The Transnational Human Rights Review*, Vol. 5, 2018, s. 23-62.
- BOLHUIS, Maarten P. / van WIJK, Joris; Citizenship Deprivation as a Counterterrorism Measure in Europe; Possible Follow-Up Scenarios, *Human Rights Infringements and the Effect on Counterterrorism*, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 22, 2020, s. 338-365.
- BRUBAKER, Rogers; *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Cambridge, 1992.
- ÇELİKEL, Aysel / GELGEL, Günseli; *Yabancılar Hukuku*, 22. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- DWORKİN, Anthony; Beyond Good and Evil: Why Europe Should Bring Isis Foreign Fighters Home, *European Council on Foreign Relations Policy Brief*, Ekim 2019, s. 1-20.
- GALLELLI, Francesca; Why Depriving Shamima Begum of her UK Citizenship Breaches International Law, *Oxford Human Rights Hub*, Blog yazısı, 19 Mart 2019.
- GOODWIN-GILL, Guy; S. Mr Al-Jedda, Deprivation of Citizenship, and International Law, *Seminar at Middlesex University on 14 February 2014*.



- GRANT, John P. / BARKER, J. Craig; ‘The Harvard Research: Genesis to Exodus and Beyond’, *The Harvard Research in International Law: Contemporary Analysis and Appraisal*, Fred B Rothman & Co, 2007, s. 1-40.
- GÜLAN, Aydın / ŞİRİN, Mustafa Ruhi / ŞİRİN, Memduh Cemil; 1. Türkiye Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı-2, Çocuk Vakfı Yayınları, İstanbul, Şubat 2011.
- GÜNGÖR, Gülin; Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 17, s. 229-250.
- GÜNGÖR, Gülin; Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Bazı Hükümlerinin 5901 Sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu Üzerindeki Etkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 63 (3), 2014, s. 479-507.
- GÜR, Hande; Devlet-Dışı Aktörlere Karşı Meşru Savunmada İsteksiz veya Aciz” Doktrini, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2016.
- HARVEY, Alison; Deprivation of nationality: Implications for the fight against statelessness, *Questions of International Law, Zoom in* 31, 2016, s. 21-38.
- HEATER, Derek; *What is Citizenship*, Polity Press, Cambridge, 1999.
- HUDSON, Manley O.; Report on Nationality, Including Statelessness, Document: A/CN.4/50, Yearbook of the International Law Commission, 21 Şubat 1952, Vol. 2.
- İNAN, Ali Naim; Çocuk Hukuku, Ankara Üniversitesi Eğitim Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- KAYA, Ayhan; “Avrupa Birliği Bütünleşme Sürecinde Yurttaşlık, Çokkültürcülük ve Azınlık Tartışmaları: Birarada Yaşamın Siyaseti,”: Ayhan Kaya ve Turgut Tarhanlı (der.), *Türkiye’de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları*, Tesev Yayınları, İstanbul, 2005.
- KAYA, İbrahim / YILMAZ EREN, Esra; Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumu Arada Kalanların Hakları ve Yükümlülükleri, Seta Yayınları, İstanbul, 2015.
- KAYA, İbrahim; Terörle Mücadele ve Uluslararası Hukuk, Usak Yayınları, 1. Baskı, Ankara, 2005.
- MACKLİN, Audrey; The Return of Banishment: Do the New Denationalisation Policies Weaken Citizenship?, Editor: Rainer Bauböck, *Debating Transformations of National Citizenship*, s. 163-172.
- MANTU, Sandra; ‘Terrorist’ citizens and the human right to nationality, *Journal of Contemporary European Studies*, Vol. 26, No. 1, 2018, s. 28-41.
- MANTU, Sandra; Citizenship in times of terror: citizenship deprivation in the UK, Conference: ECPR Standing Groups, Konferans Notu, 29 Mart - 2 Nisan 2015, Warsaw, s. 1-20.
- MARSHALL, T. H. / BOTTOMORE, Tom B.; Yurttaşlık ve Toplumsal Sınıflar, Çev. Ayhan Kaya, Gündoğan Yayınları, Ankara, 2000.
- MATIAS, Gonçalo; *Citizenship as a Human Right-The Fundamental Right to a Specific Citizenship*, Palgrave Macmillan, 2016.
- MOUFFE, Chantal; Demokratik Yurttaşlık ve Siyasi Topluluk, Çev. Koray Çalışkan, *Birikim Dergisi*, Sayı 55, Kasım 1993.

- ODMAN, Tevfik; *Vatansızların Hukuki Durumu ve Türk Hukuku*, 1. Baskı, Çağ Üniversitesi, Adana, 2011.
- OWEN, David; *On the Right to Have Nationality Rights: Statelessness, Citizenship and Human Rights*, *Netherlands International Law Review*, Vol. 65, 2018, s. 299-317.
- ÖZBEK HADİMOĞLU, Nimet / TEKSOY, Barış; *Vatansızlığın Azaltılmasına Dair BM Sözleşmesi (1961) Karşısında Türk Vatandaşlığı Kanunu*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt: 26, Sayı: 107, Temmuz 2013, s. 221-244.
- ÖZKAZANÇ, Alev; *Toplumsal Vatandaşlık ve Neo-Liberalizm Sorunu*, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Sayı 64 (1), 2009, s. 247-274.
- POCOCK, J. G. A.; *The Ideal of Citizenship since Classical Times 'Theorizing Citizenship'*, *Suny Press*, New York, 1995, s. 29-52.
- SHAHEEN, Neda; *Discriminatory Nationality Laws Must Be Eliminated in Order to Eradicate Statelessness*, *DePaul Journal for Social Justice*, Vol. 11(2), 2018, s. 1-17.
- SHYAM, Radhe; *UN Convention on the Nationality of Married Women*, *International Journal of Multidisciplinary Research and Development*, Vol 2(3), 2015, s. 719-720.
- SPIRO Peter J. / BOSNIAK, Linda; *An Emerging International Law of Citizenship?*, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 101, Mart 2011, s. 89-94.
- SPIRO, Peter J.; *A New International Law of Citizenship*, *The American Journal of International Law*, Vol. 105, No. 4, Kasım 2011, s. 694-746.
- TUININGA, Emma; *Proportionality and the United Kingdom's policy on Nationality Deprivation as a Counter-Terrorism Measure: A Case for Concern*, *International Law and Global Governance - Master Thesis*, 2018.
- UNHCR, "Guidelines: Field Office Activities Concerning Statelessness", IOM/66/98 - FOM/70/98, 28 Eylül 1998.
- van WAAS, Laura; *Fighting Statelessness and Discriminatory Nationality Law in Europe*, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 14, 2012, s. 243-260.
- VEDASCHİ, Arianna / GRAZİANİ, Chiara; *Citizenship Revocation in Italy as a Counter-Terrorism Measure*, *VerfBlog*, 2019.
- WAUTELET, Patrick; *Deprivation of citizenship for 'jihadists' Analysis of Belgian and French practice and policy in light of the principle of equal treatment*, *Rimo Bundel*, Vol. 30, 2017, s. 49-74.
- WORSTER, William Thomas; *The Obligation to Grant Nationality to Stateless Children Under Customary International Law*, *Michigan State International Law Review*, Vol. 27, 2019, s. 1-52.
- WORSTER, William Thomas; *The Obligation to Grant Nationality to Stateless Children Under Treaty Law*, *Tilburg Law Review*, Vol. 24, No. 2, 2019, s. 204-216.
- ZEDNER, Lucia; *Citizenship Deprivation, Security and Human Rights*, *European Journal of Migration and Law*, Vol. 18, 2016, s. 222-242.

*İnternet Kaynakları*

- 20 Ocak 2003 tarihli 1453 sayılı Güvenlik Konseyi Kararı, Terörle Mücadele, S/RES/1456 (20 January 2003), <http://unscr.com/en/resolutions/doc/1456>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vatandaşlıktan çıkarma hakkındaki bazı kararlarının kısa özeti Bkz: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Citizenship\\_Deprivation\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Citizenship_Deprivation_ENG.pdf), Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- Avrupa'nın İŞİD ikilemi: Hangi ülke ne yapacak? <https://www.dw.com/tr/avrupan%C4%B1n-i%C5%9Fid-ikilemi-hangi-%C3%BCIke-ne-yapacak/a-51205873>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 27 Ocak 2010 tarihli ve 64/127 sayılı tavsiye kararı Bkz: [www.unhcr.org/4b8fd5579.pdf](http://www.unhcr.org/4b8fd5579.pdf), Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, 24. Olağan Oturum Raporu, 9-27 Eylül 2013, A/HRC/24/2, <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session24/Pages/24RegularSession.aspx>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Text of the 1961 Convention on the Reduction of Statelessness with an Introductory Note by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, 2014, Bkz: [https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-Statelessness\\_ENG.pdf](https://www.unhcr.org/ibelong/wp-content/uploads/1961-Convention-on-the-reduction-of-Statelessness_ENG.pdf), Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, Protecting the Rights of Stateless Persons the 1954 Convention relating to the Status of Stateless Persons, s. 1. <https://www.unhcr.org/about-us/background/4ca5941c9/protecting-rights-stateless-persons-1954-convention-relating-status-stateless.html>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- British Nationality Act 1981, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/61/section/40>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- E3, N3 ve G3 olarak isimlendirilen İngiltere vatandaşlarının vatandaşlıktan çıkarılmaları akabinde Göç İtirazı Özel Mahkemesi'nde (Special Immigration Appeal Tribunal, SIAC) açtıkları davalar Bkz: <http://siac.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/outcomes/documents/E3%20&%20N3.pdf>, <http://siac.decisions.tribunals.gov.uk/Documents/outcomes/documents/G3%20v%20SSHD%2015.12.17.pdf>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- Europe Council, Parliamentary Assembly, Resolution 2263 (2019), Withdrawing nationality as a measure to combat terrorism: a human-rights compatible approach?, <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=25430&lang=en>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- Immigration, Asylum and Nationality Act 2006, Chapter 13, md.56, [http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/13/pdfs/ukpga\\_20060013\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/13/pdfs/ukpga_20060013_en.pdf), Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi metni, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insan-haklari/pdf01/203-208.pdf>, Erişim Tarihi: 30.04.2021.

- MASSEY, Hugh; Legal and Protection Policy Research Series UNHCR and De Facto Statelessness, 2010, Geneva, s. 15-18. <https://www.unhcr.org/4bc2ddeb9.pdf>, 25.03.2021.
- McMILLAN, Anne; A punishment more primitive than torture, International Bar Association, 7 Ağustos 2018, <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=0973CA3C-1549-4489-B0F4-0DC418085C28>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- Recommendation R (1999) 18 of the Committee of Ministers to Member States on the Avoidance and Reduction of Statelessness, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b3964.html>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- Trial of Daesh fighters in home countries ‘only option’, <https://www.aa.com.tr/en/americas/trial-of-daesh-fighters-in-home-countries-only-option/1629471>, Erişim Tarihi: 25.03.2021.
- 1961 tarihli Birleşmiş Milletler Vatansızlığın Azaltılmasına Dair Sözleşme metni, [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc058/kanuntbmmc058/kanuntbmmc05801883.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc058/kanuntbmmc058/kanuntbmmc05801883.pdf), Erişim Tarihi: 30.04.2021.