

ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY JOURNAL OF LEGAL STUDIES



Yıl 2023 Year 2023 • Sayı 4 Number 4 • e-ISSN: 2822-4809

ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Yıl 2023 Year 2023 • Sayı 4 Number 4 • e-ISSN: 2822-4809

Sahibi | Owner

Prof. Dr. Mehmet Demir

Editör | Editor

Doç. Dr. Hakan Albayrak

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Deniz Alkış Cemiloğlu

Arş. Gör. Esra Bulut

Arş. Gör. Yiğit Çelik

Arş. Gör. M. Zahid Doğanay

Arş. Gör. İdil Nur Gürbüz Gökberk

Arş. Gör. Tahsin Mavzer

Arş. Gör. Furkan Özdemir

Yabancı Dil Editörleri | Foreign Language Editors

Dr. Erman Ekingen (*İngilizce*)

Arş. Gör. Dr. Serhan Yıldırım (*Almanca*)

Arş. Gör. Dr. Yasin Sönmez (*Fransızca*)

İletişim | Contact

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Balcalı Kampüsü, Sarıçam/ADANA

E-posta | E-mail: cuhad@cu.edu.tr

İnternet Adresi | Web Address: <https://hukuk.cu.edu.tr/cu/fakulte-dergisi>

DergiPark Sayfası | DergiPark Page: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/cuhad>

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Mehmet DEMİR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zeki OKUR (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer KORKUT (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal YERDELEN (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. A. Aslı BİLGİN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cem Duran UZUN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışma Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY - Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ - İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA - TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer KORKUT - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zeki OKUR - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Gülriz UYGUR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal YERDELEN - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Azime Aslı BİLGİN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nedim MERİÇ - Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Duran UZUN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi M. Fatih CENGİL - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AMAÇ VE KAPSAM

Dergide hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki bilimsel çalışmalar, özellikle araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler yayımlanmaktadır. ÇÜHAD ile hukuk alanında ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, yılda iki sayı (Haziran-Aralık) olmak üzere yalnızca elektronik ortamda yayımlanan hakemli bir dergidir. Bu dergi adı “ÇÜHAD” kısaltmasını kullanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi'nde, Türkçe hazırlanmış hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki çalışmalara ek olarak, Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde (Almanca, İngilizce, Fransızca vb.) hazırlanmış bilimsel çalışmaların da yayımlanması mümkündür.

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makalenin Türk Dil Kurumu'nun kabul ettiği yazım kurallarına ve bu metinde yer verilen kurallara uygun hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması hâlinde Editörlük yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenerek gönderilmesini talep edebilir.
3. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakemlere gönderilecek, hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen raporlar çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Dergide, çeviri, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılacaktır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.
4. Yalnızca "Dergipark" sistemi üzerinden gönderilen makaleler değerlendirmeye esas alınacak olup, derginin iletişim adresinde yer alan e-posta adresine gönderilen makaleler dikkate alınmayacaktır.
5. **Makale ve Kelime Sınırları:** Gönderilen çalışmaların başına, makalenin Türkçe ve yabancı dildeki adı, en az 100, en fazla 300 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve en az üç en fazla on adet anahtar kelimenin Türkçe ve yabancı dilde eklenmesi gerekmektedir. Anahtar kelimelerin ilk harfleri büyük olmalıdır.
6. **Başlık ve Yazar Adı:** Makale başlığının Times New Roman yazı tipi 12 punto tüm harfler büyük, kalın ve ortalanmış şekilde yazılması gereklidir. Konu başlığının sağ altında yazarın adı ve soyadı yer almalıdır. Yazar adı ve soyadı, ana başlığın altına, 12 punto, kalın, sağa yaslı olarak akademik unvanla beraber "Adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, sonuna * işareti konularak dipnotta sırasıyla yazarın akademik unvanı, çalıştığı kurum, e-posta adresi ve ORCID numarası belirtilmelidir. Örnek: Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, yazar@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0000-0000-0000.
7. **Sayfa Yapısı:** Sayfa yapısı üstten, alttan ve yanlardan 2,5 cm olmalıdır.
8. **Metin:** Çalışmaların, esas metni en az 4.500 en fazla 15.000 kelimededen oluşmalıdır. Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır. Yazılarda Öz, Abstract, Giriş, Sonuç ve Kaynakça başlıkları Başlık 2 biçimine tanımlanmalıdır. Başlıkların numaralandırılması Romen rakamıyla I. ile başlamalıdır. Başlıkların tümünün ilk satırı 1,25 cm girintili olmalıdır.
9. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların yazarlarının soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
10. Çalışmanın ana metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların 0,75 cm asılı ve aralarında 3 nk boşluk olması gerekir.
11. Atıflar dipnotta gösterilmelidir. Dipnot ve kaynakça yer alan eserler "APA" atıf sistemi ile gösterilmelidir.
12. **Yargı Kararlarına Atıf:** Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına yapılan atıflar bu bölümde yer verilen şekilde düzenlenmelidir. Yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılırken Dergi tarafından özel bir usul öngörülmemekle birlikte, benimsenen usul yazının tamamında yeknesak olarak kullanılmalıdır.
Y. 17. HD, T. 08.09.2020, E. 2019/3192, K. 2020/4927: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
Ankara BAM 2. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/113, K. 2017/21: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
13. Dergimize gönderilen makaleler intihal programından geçirilmektedir. İntihal programı olarak Turnitin veya İThenticate isimli programlardan biri kullanılmaktadır. İntihal oranının %30'dan aşağı olması gerekmektedir.

MAKALELER | ARTICLES

Araştırma Makalesi | Research Article

Sosyal Ağ Platformlarında Anonim Hesaplara Yönelik Yasaklamacı Yaklaşımlar Karşısında Gereklilik ve Temel Haklar Sorunu 1-37

The Problem of Necessity and Fundamental Rights Against Prohibitive Approaches to Anonymous Accounts on Social Network Platforms

Arş. Gör. Dr. Yasin SÖNMEZ

Araştırma Makalesi | Research Article

Trafik Kazası Neticesinde Yaralanan Hayvanların Tedavi Masraflarının Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası Kapsamında Karşılanması38--63

Covering The Costs of Treatment Expenses of Animals Injured as a Result of an Accident in Traffic Within The Scope of Compulsory Financial Liability Insurance of Highways Motor Vehicles

Tansel ÖBELİK

Araştırma Makalesi | Research Article

Türk Hukuku Bakımından Sicile Kayıtlı Gemiler Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması ve Sonuçları 64-93

Establishment and Consequences of Usufruct Rights on Registered Ships under Turkish Law

Arş. Gör. Tekincan Akif KARAARSLAN

Araştırma Makalesi | Research Article

Yeniden İnşa veya İmar Sebebiyle Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi..... 94-115

Termination of the Lease Contract Due to Rebuilding or Reconstruction

Ceyhun TEKDEMİR

Araştırma Makalesi | Research Article

İdarenin Öngörme (Planlama) Faaliyeti ve Bu Faaliyetin Deprem Örneği Üzerinden Önemi Anlamak 116-134

The Planning Activity of the Administration and Understanding its Importance through the Earthquake Example

Dr. Öğr. Üyesi Mahmut CEYLAN

Araştırma Makalesi | Research Article

Yüksek Mahkeme Kararlarına Göre Yabancılık Unsuru İçeren Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk..... 135-160

Applicable Law to Individual Employment Contracts Containing Foreign Elements According to Supreme Court Decisions

Dr. Öğr. Üyesi Fatih SERBEST



SOSYAL AĞ PLATFORMLARINDA ANONİM HESAPLARA YÖNELİK YASAKLAMACI YAKLAŞIMLAR KARŞISINDA GEREKLİLİK VE TEMEL HAKLAR SORUNU*

The Problem of Necessity and Fundamental Rights Against Prohibitive Approaches to
Anonymous Accounts on Social Network Platforms

Yasin SÖNMEZ*

ÖZ

Gerek ülkemizde gerekse dünyanın çeşitli ülkelerinde sosyal ağ platformlarına kaydolunurken gerçek kimlik bilgilerinin sağlanmasının zorunlu hale getirilmesi konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Sosyal ağ platformlarında anonimliğin yasaklanması anlamına gelecek bu tür bir düzenlemenin savunucularına göre sosyal ağ platformları aracılığıyla işlenen çeşitli suçların en önemli aracı bu platformlardaki takma isimli hesaplardır. Ancak kullanıcıların çeşitli kişisel verilerini sosyal ağ platformlarına vermelerinin zorunlu kılınması suretiyle anonim hesapların yasaklanması halinde, ifade özgürlüğü ve kişisel verilerin korunması bakımından yeni sorunlar ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla ülkemizde ve evrensel hukuk ilkelerini benimsemiş diğer ülkelerde bugüne kadar yasaklama yoluna başvurulmamış olmasının nedeni, ifade özgürlüğü ve kişisel verilerin korunması konularında ortaya çıkan kaygılardan kaynaklanıyor olmalıdır. Ayrıca örneğin ülkemizde sosyal ağ

Gönderi: 18.06.2023 - **Kabul:** 10.07.2023 | **Received:** 18.06.2023 - **Accepted:** 10.07.2023.

Bu metin, 17 Mayıs 2022 tarihinde, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenen Kamu Hukuku I. Ulusal Konferansı'nın İdare ve Vergi Hukuku Bağlamında Sosyal Medya Oturumu'nda sunulan "Sosyal Ağ Platformlarında Anonim Hesapların Yasaklanması Bir Çözüm Müdür?" başlıklı bildirinin genişletilmiş halidir.

* Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye
✉ ysonmez@cu.edu.tr • ORCID 0000-0003-1744-6087.

Atıf Şekli / Cite As: SÖNMEZ, Yasin (2023). Sosyal Ağ Platformlarında Anonim Hesaplara Yönelik Yasaklamacı Yaklaşımlar Karşısında Gereklilik ve Temel Haklar Sorunu. ÇÜHAD, (4), 1-37.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

platformları tamamen denetimsiz bir ortam olmayıp, hukuka aykırı içeriklerin içerik çıkarma ve/veya erişim engelleme gibi araçlarla önlenmesi mümkündür. Buradan hareketle, 04.05.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile getirilen içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi araçları, bir hukuk devletinde internetin denetimi için getirilebilecek en etkili ve nihai araçlar olup, bunun ötesinde anonim hesapların yasaklanması yoluna gidilmesi anayasayla güvence altına alınan ifade özgürlüğü ilkesinin ihlali anlamına gelecektir.

Diğer yandan sosyal ağ platformlarında mutlak bir anonimlik söz konusu olmayıp, yer ve erişim sağlayıcıların sahip olduğu e-mail adresi, telefon numarası veya IP adresi gibi veriler kamu otoriteleri tarafından talep edilerek ilgili kişilere erişilmesi genel olarak mümkündür. Sonuç olarak, bu çalışmanın hareket noktasını oluşturan sorular şunlardır: Türkiye gibi içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi araçlarıyla donatılmış bir hukuk sisteminde ayrıca anonim hesapların yasaklanması gerekli midir? Yasaklamanın ifade özgürlüğü ve kişisel verilerin korunması bakımından ne gibi sakıncaları olabilir?

Anahtar Kelimeler: Sosyal ağ platformlarının regülasyonu, İfade özgürlüğü, Sosyal ağlarda anonimlik, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Kişisel verilerin korunması.

ABSTRACT

Both in Turkey and in various countries around the world, discussions are underway to make it mandatory to provide real identity information when registering on social networks. According to proponents of such regulation, which would mean the removal of anonymity on social media platforms, the most important tool for various crimes committed on social media are pseudonymous accounts on these platforms. However, further issues would arise in terms of freedom of expression and personal data protection if anonymous accounts were prohibited by requiring users to provide various personal data to social media platforms.

Therefore, the reason why no prohibition have been taken so far in our country and in other countries that have adopted the universal principles of law must be due to concerns about freedom of expression and the protection of personal data. In addition, for example, in Turkey, social media platforms are not completely uncontrolled and it is possible to prevent illegal contents by means of content removal and/or access blocking. From this point of view, the powers of removing content and prohibiting access, introduced by the law n° 5651 on regulation of publications on the Internet and combatting crimes committed through such publication, are the most effective and ultimate tools to control the internet that can be provided in a state governed by the rule of law, and beyond that, the prohibition of anonymous accounts would constitute a violation of the principle of freedom of expression guaranteed by the constitution.

On the other hand, there is no absolute anonymity on social networks, and data such as e-mail address, telephone number or IP address held by hosting and access providers may be requested by public authorities and it is generally possible to find the persons concerned. In conclusion, the questions that constitutes the starting point of this study are: is it necessary to also prohibit anonymous accounts in a legal system equipped with content removal and access blocking tools like Turkey? And what are the drawbacks of the ban in terms of freedom of expression and protection of personal data?

Keywords: Regulation of social networks, Freedom of expression, Anonymity in social networks, Turkish Information Technologies and Communication Institution, Protection of personal data.

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu sosyal medya olarak da adlandırılan sosyal ağ platformlarındaki anonim kullanıcı hesapları oluşturmaktadır. Dolayısıyla VPN, proxy kullanımı, P2P programları, Tor gibi merkezi olmayan anonim ağlar, IPREDator veya No-log gibi anonimlik sağlayan erişim sağlayıcılar vb. aracılığıyla genel olarak internet ortamında bürünülen diğer her türlü anonimlik durumu veya internette iz bırakmama amaçlı araçlar inceleme konusu dışındadır. Ayrıca sosyal ağ platformlarındaki bot hesaplar da ardında gerçek bir kullanıcı olmayan otomatize hesaplar olduğundan konumuzun kapsamı dışında tutulmuştur.

Dolayısıyla inceleme konumuzu, takma bir isim kullanarak anonim olmayı tercih eden gerçek kullanıcıların açmış ve aktif olarak kullanmakta olduğu hesaplar oluşturmaktadır. Bu çalışma kapsamında sosyal ağ platformlarında anonim kullanıcı hesapları ile kastedilen husus ise kullanıcının gerçek adı ve soyadı yerine bir takma isim (anonim ekran adı, kurmaca isim, rumuz, nickname, anonim profil adı, anonim kullanıcı adı, müstear isim) kullanılan hesaplardır. Aslında sosyal ağ platformlarında, kullanıcının ilgili platformdaki sayfasının internet adresi olan kullanıcı ismi¹ ve kendisini tanıttıcı profil ismi² gibi işlevsel açıdan farklı iki tanımlayıcı ifade bulunmaktadır. Kullanıcı adı ve profil adı olarak gerçek ad ve soyadı kullanılabileceği gibi, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere anonimlik sağlayan bir isim, herhangi bir ifade

¹ Örneğin Facebook'ta kullanıcı adı genellikle aysen.bak33 veya aysenbak3 gibi kullanıcının adından türetilmiş bir ifadedir. Bkz, Kullanıcı adınız, https://tr-tr.facebook.com/help/1740158369563165/?helpref=related_articles, E.T. 30.05.2023; Twitter'da ise, kullanıcının profilinin URL adresinde @ işareti ile başlar ve her hesap için özeldir. Bkz, Twitter kullanıcı adınızı değiştirme, <https://help.twitter.com/tr/managing-your-account/change-twitter-handle>, E.T. 30.05.2023.

² Profil ismi ise örneğin Twitter'da kişisel bir tanımlayıcıdır ve kullanıcı adından farklıdır. Espri bir kelime, işletme, kurum adı veya gerçek ad olabilir ve kullanıcı adının yanında görüntülenir. Bkz., Twitter kullanıcı adınızı değiştirme, <https://help.twitter.com/tr/managing-your-account/change-twitter-handle>, E.T. 30.05.2023; Örnek olarak, Çukurova Üniversitesi'nin Twitter'daki resmi hesabının profil ismi "Çukurova Üniversitesi", kullanıcı adı ise "@cuhabermerkezi"dir. Bkz., <https://twitter.com/cuhabermerkezi>, E.T. 30.05.2023.

de kullanılabilir. Sosyal ağ platformlarında anonimliğin söz konusu olabilmesi için internette herkes tarafından görülebilen kullanıcı adı ve profil adının her ikisinin de anonim bir nitelik taşıması gerekmektedir.

Bu kapsamda, bu çalışmada, anonim kullanıcı adı ve profil adının her ikisini birden karşılamak üzere “anonim hesap” ifadesi tercih edilmiştir. Ayrıca metinde geçen “anonimlik” ve “sosyal ağ platformlarında anonimlik” kavramları da kural olarak anonim hesap adı anlamında kullanılmıştır. Sosyal ağ platformlarının tümüne teker teker yer vermek bu çalışmanın kapsamını aşacağından, küresel çapta en büyük platformlardan olan Twitter ve Facebook özelinde yeri geldiğinde konu incelenmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmada öncelikle çalışmanın temel konusunu oluşturan anonim hesaplar çeşitli boyutlarıyla incelenecektir. Sosyal ağ platformlarında anonimliğin ne anlama geldiği ve aslında iki boyutlu bir olgu olduğu, anonim hesaplar ile sahte hesaplar arasında ayırım yapılması gerektiği, anonimliğin ne gibi avantajları olduğu, ayrıca anonim hesaplar ile ilgili kaygılar ve bu kaygıların doğurduğu yasaklama girişimlerine değinilecektir. Son olarak, sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanmasının önündeki engeller konusu işlenecektir. Bu kapsamda, sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanması gibi uç bir düzenleme yapılmasına gerek olmadığı ve 5651 sayılı Kanun ile getirilen sosyal ağ platformlarını denetleme araçlarının (içerik çıkarma ve erişim engelleme tedbirleri) yeterli olduğu, aksi takdirde ifade özgürlüğü ve kişisel verilen korunması ile ilgili sorunlar ortaya çıkabileceği hususlarına değinilecektir.

I. SOSYAL AĞ PLATFORMLARINDA ANONİM HESAPLAR

Sosyal ağ platformları, bireylere ve sivil toplum örgütlerine kendilerini doğrudan ifade etmeleri için bir ortam sunarak medya endüstrisinde ve iletişim biçimlerinde bir devrim yaratmıştır³. Bu bakımdan, ifade özgürlüğü bakımından ileriye doğru atılmış büyük bir adım teşkil ederler⁴. Kullanıcılar, sosyal ağ platformlarında hesap veya kullanıcı adı olarak gerçek isimlerini kullanabilecekleri gibi, kendilerini anonimleştiren takma bir isim (pseudonym) de kullanabilirler.

“Anonim” kelimesi, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’nde, “adı sanı bilinmeyen”, “çok ortaklı”, “yazanı, yapanı, söyleyeni bilinmeyen” ve “laedri” olarak tanımlanmaktadır⁵. Anonim

³ ABITEBOUL ve d., s. 7.

⁴ ABITEBOUL ve d., s. 8.

⁵ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, (E.T. 03.03.2023).

kavramının bu tanımlarından “adı sanı bilinmeyen”, “yazanı, yapanı, söyleyeni bilinmeyen” ve “laedri (bilinmeyen)”, anonim isim kullanılan hesaplar açısından düşünüldüğünde kısmen açıklayıcı olmaktadır. Çünkü her ne kadar anonim hesabın sahibinin gerçek adı ya da anonim hesaptaki içeriği yazan, paylaşan kişi bilinmese de kullandığı, kendisini tanımlayan bir takma isim mevcuttur. Dolayısıyla anonim ifadesinin sosyal ağ platformlarında kazandığı anlam çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anonim olarak, diğer bir ifadeyle takma bir isim ardında kendini ifade etme, aslında yazılı medyada eskiden beri uygulanan bir gelenektir⁶. Ayrıca edebiyatta da şair ve yazarlar tarafından takma isim (mahlas) kullanımı çok yaygındır⁷.

Sosyal ağ platformlarında anonimlik ise kişilerin düşüncelerini, hesaplarına verdikleri bir takma ad aracılığıyla ifade etmesidir. Dolayısıyla sosyal ağ platformlarında takma isim kullanan bir kişi diğer kullanıcılara karşı, gerçek kimliği bilinmeyen, anonim biri haline gelmektedir. Sosyal ağ platformlarının kullanım koşullarına uygun olmak kaydıyla, anonim hesap adı, hesabı oluşturanın yaratıcılığının bir sonucu olarak tamamen kurgusal (hiciv veya parodi ya da absürt bir anlam içeren veya içermeyen fiktif bir ad-soyadı, bir kelime veya hatta cümle) olabileceği gibi, örneğin bir roman ya da film karakterinin adı da olabilir.

Sosyal ağ platformlarında anonim hesabın, kural olarak, herhangi bir suç işleme kastı olmaksızın kendini daha rahat ifade edebilmenin yanı sıra, daha geniş bir takipçi kitlesine erişmek için de tercih edildiği söylenebilir. Diğer yandan özellikle yüksek bir takipçi sayısına sahip parodi amaçlı anonim hesapların maddi bir kazanç da sağladığı bilinen bir husustur⁸.

Anonim hesap olgusuna, kişinin sahip olduğu gerçek kimliğinin dışında ayrı bir sanal kimlik yaratma özgürlüğü açısından bir sosyal ağ kullanım biçimi olarak bakılabilir. Örneğin Twitter, kişilerin özellikle parodi ve eğlence amacıyla, takma isim, tweetler, görseller gibi çeşitli unsurları birer metinsel maske olarak kullandığı bir maskeli balo olarak nitelendirilmiştir⁹. Tüm bu maskeler, Twitter üzerinde hedef kitleye yönelik olarak yaratılan kimliği ön plana çıkarırken, kişilerin gerçek kimliklerini geri planda bırakmakta ve böylece spesifik bir kimlik inşa edilmektedir¹⁰.

⁶ BENEDEK, KETTEMANN, s. 27.

⁷ Örneğin Mary Ann Evans, “George Eliot”, Francois-Marie Arouet, “Voltaire”, Eric Arthur Blair, “George Orwell” ve Henri Beyle ise “Stendhal” olarak tanınmıştır.

⁸ SARIYAR, s. 87.

⁹ SARIYAR, s. 75.

¹⁰ SARIYAR, s. 69-75.

Diğer yandan, genel olarak çevrimiçi anonimliğin bir hak olarak kabul edilerek, ifade özgürlüğünün bir parçası olacak şekilde ulusal mevzuatlarda düzenlenmesi gerektiği de savunulmaktadır¹¹. Nitekim Avrupa Komisyonu, internette anonimliği ve anonim hesap adı kullanılmasını birer temel hak olarak değerlendirmektedir¹². Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 28 Mayıs 2003 tarihinde kabul edilen İnternette İletişim Özgürlüğü Bildirgesi'nin 7. ilkesi "anonimlik" başlığını taşımaktadır ve Üye Devletlerin kullanıcıların anonimlik taleplerine saygı göstermeleri gerektiğini belirtmektedir¹³.

A. Sosyal Ağ Platformlarında Anonimliğin İki Boyutlu Bir Kavram Oluşu

Sosyal ağ platformlarında anonimlik aslında sosyal ağ kullanıcıları arasında söz konusu olup yer ve erişim sağlayıcıları açısından bakıldığında, bunların anonimliği ortadan kaldıran çeşitli verilere sahip oldukları bilinen bir husustur. Bu bağlamda, sosyal ağ platformları aslında herhangi bir kullanıcısının tespit edilebilmesini sağlayan, diğer kullanıcıların ise göremediği verileri saklamaktadır: örneğin, erişim sağlayıcılarının yardımıyla internet aboneliğinin sahibini bulmayı mümkün kılan IP adresi, konum bilgisi gibi çeşitli veriler şikâyet konusu paylaşımın sahibinin bulunmasını sağlayabilmektedir. Ayrıca bir sosyal ağa kaydolmak için her zaman bir e-posta adresi veya bir telefon numarasının sağlanması gerektiğinden, bu da şikâyet konusu içeriğin sahibini bulmaya imkân tanıyabilecektir.

Dolayısıyla, anonim bir hesap ismi kullanıldığında, internet kullanıcıları paylaşımında bulunanın gerçek kimliğini bilmemekle birlikte, gerektiğinde farklı kaynaklardan elde edilen veriler birleştirilerek kişinin gerçek kimliği ortaya çıkarılabilmektedir¹⁴.

Bu bilgilerden hareketle, anonim bir hesap ismini ele aldığımız zaman, diğer sosyal ağ kullanıcıları açısından bakıldığında tam, yer sağlayıcı olan sosyal ağ platformları açısından bakıldığında ise kısıtlı bir anonimlik bulunduğunu ve bu nedenle iki boyutlu bir anonimlikten söz edilebileceğini ileri sürebiliriz.

¹¹ ARTICLE 19, s. 2.

¹² Code of Practice on Disinformation, Bkz. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/library/2018-code-practice-disinformation>, E.T. 31.01.2022.

¹³ "Çevrimiçi izlenmeye karşı koruma sağlamak ve bilgi ve fikirlerin özgürce ifade edilmesini teşvik etmek için Üye Devletler, İnternet kullanıcılarının kimliklerini açıklamama isteklerine saygı göstermelidir. Bu husus, Üye Devletlerin ulusal mevzuata, İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye ve yargı ve kolluk alanındaki diğer uluslararası anlaşmalara uygun olarak, suç oluşturan fiillerin sorumlularını bulmak için önlem almalarını ve işbirliği yapmalarını engellemez", bkz. Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, <https://rm.coe.int/16805dfbe1>, E.T. 02.02.2022.

¹⁴ KOCAGÖZ ÖZCAN, s. 25.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de birkaç kararında, spesifik olarak sosyal ağ platformu ifadesini kullanmasa da sosyal ağ platformlarında anonimliği de kapsayan genel anlamda internette anonimliğin bu iki boyutluluğunu tespit etmiştir. Bu doğrultuda AİHM, 2015 tarihli DELFI AS/Estonya ve 2021 tarihli Standard Verlagsgesellschaft MBH/Avusturya kararlarında şu tespitlerde bulunmuştur: *“Mahkeme, internette farklı derecelerde anonimliğin mümkün olduğunu gözlemlemektedir. Bir internet kullanıcısı, bir hesap veya iletişim bilgileri aracılığıyla bir erişim sağlayıcı tarafından tanımlanabilirken, halk için anonim kalabilir (...). Bir erişim sağlayıcı, kullanıcılarından kendilerini hiç bir şekilde tanımlamalarını istemeyerek de onlara önemli ölçüde bir anonimlik bırakabilir, bu durumda izleri yalnızca erişim sağlayıcı tarafından saklanan bilgiler aracılığıyla - bu da sınırlı bir ölçüde olmak üzere - tespit edilebilir. Bu tür bilgilerin iletilmesi genellikle soruşturma veya yargı makamların emrini gerektirir ve kısıtlayıcı koşullara tabidir”*¹⁵.

Söz konusu AİHM kararları, özel olarak sosyal ağ platformlarında anonim hesaplar konusunu işlememekle birlikte, internetteki haber portallarına takma bir isim ardında yorum bırakılması hususu ile ilgili olduğundan, sosyal ağ platformlarında anonim hesaplara da uyarlanabileceğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

B. Anonim Hesap ve Sahte Hesap Ayrımı

Çalışmanın inceleme konusu kapsamında değinilmesi gereken bir başka konu, sosyal ağ platformlarında yer alan sahte hesaplar ile anonim hesaplar arasında bir ayırım yapılması gerekliliğidir. Çünkü anonim hesaplar yanlış bir şekilde sahte hesap olarak adlandırılmaktadır¹⁶. Hâlbuki sahte hesaplar gerçekte var olan bir gerçek kişinin adını ve fotoğrafını veya bir tüzel kişinin ünvanını ve logosunu kullanarak, yani kimlik hırsızlığı yaparak, sanki o gerçek veya tüzel kişiymiş intibayı uyandırmak için kötü amaçlı olarak açılan hesaplardır. Sahte hesaplar örneğin Twitter tarafından “yanıltıcı veya aldatıcı kimlik” olarak adlandırılmakta ve başka bir kişinin, grubun veya kuruluşun kimliğinin kötüye

¹⁵ AİHM, *DELFI AS/Estonya*, Başvuru no: 64569/09, 16.06.2015, § 148, <https://hudoc.echr.coe.int>; AİHM, *Standard Verlagsgesellschaft MBH/Avusturya*, Başvuru no: 39378/15, 07.12.2021, § 77, <https://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁶ Örneğin bir önceki 27. yasama döneminde verilen ve kanunlaşmamış olan, 02.02.2022 tarihli ve 76 sayılı 5651 sayılı Kanun'da ve bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkındaki Kanun teklifinin gerekçesinde her ne kadar sahte hesap ve anonim hesap ayrımı yapılmışsa da kanun maddelerinde yapılması önerilen değişikliklerde her iki kavramı karşılayacak şekilde yalnızca “sahte hesap” ifadesi kullanılmıştır. 76 sayılı ve 02.02.2022 tarihli 5651 sayılı Kanun'da ve bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkındaki Kanun Teklifi, bkz, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4130.pdf>, E.T. 01.09.2022.

kullanılmayacağı belirtilmektedir¹⁷. Bu bağlamda, sosyal ağ platformlarının kullanım koşullarına aykırı olarak, örneğin takipçi sayısı yüksek olan bir anonim hesabı taklit eden sahte bir hesap açılması da pekâlâ mümkündür. Dolayısıyla anonim bir hesabın da sahtesi yapılabilir ve bu husus, anonim hesap ile sahte hesabın aynı şeyler olmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Sahte hesap açmanın başlıca amaçları, belirli bir kişinin itibarını zedeleyici paylaşımlar yaparak küçük düşürmek, karalamak, menfaat elde etmeye çalışmak, kısacası o kişiye zarar vermektir. Sahte hesapların varlığı o kadar yaygın bir sorundur ki, bu tür hesapların tespit edilmesi için kullanılan AnyWho, AllAreaCodes, Facebook Graph Search, GeoSocial Footprint, Hoverme, Identify, Muck Rack, Numberway, Person Finder, Pipl.com, Rapportive, Spokeo, WebMii, WHOIS gibi kaynak doğrulama araçları bulunmaktadır¹⁸. Diğer yandan Facebook, YouTube, Twitter gibi sosyal ağ platformlarında hesabın, birtakım kimlik doğrulama işlemleri sonucunda ilgili gerçek veya tüzel kişiye ait olduğunu onaylayan onay rozeti (verified account) uygulaması da mevcuttur¹⁹. Ancak, bilindiği üzere, doğrulanmış bir hesaba (verified account) sahip olmak, sosyal ağ platformlarını kullanmak için zorunlu bir koşul oluşturmamaktadır.

Ayrıca, örneğin Twitter'a baktığımızda, gerçek kişiler için kimlik bilgileri verilerek doğrulanmış bir hesabın adının anonim, fiktif olmaması gerektiği yönünde bir kısıtlama mevcut değildir²⁰. Diğer bir ifadeyle, doğrulanmamış herhangi bir hesap karşısında, hesap doğrulama vasıtasıyla Twitter'a birçok kişisel veri sunmuş bir kişi de kimliği platform tarafından gayet iyi bilinmesine rağmen anonim bir hesap adı kullanmayı tercih edebilir.

Bu metinde savunulduğu üzere, anonim isimli hesaplar, kural olarak kötü bir niyetle oluşturulmazlar. Sosyal ağ platformlarını kullanmak isteyen bir kişi gerçek adını belirtmeyip anonim bir profil adı kullanabilir ve bu son derece doğal bir haktır. Ancak bazı anonim hesaplar da tıpkı bazı gerçek isimli hesaplar gibi hukuka aykırı paylaşımlara konu olabilmektedir. Anonim hesaplar, bazı bot hesaplarda da görüldüğü üzere, örneğin kamu düzenini bozmak veya kitlelerin manipülasyonu amacıyla da kullanılabilir. Anayasa Mahkemesi tarafından bu

¹⁷ Yanıltıcı ve aldatıcı kimlikler politikası, bkz. <https://help.twitter.com/tr/rules-and-policies/twitter-impersonation-and-deceptive-identities-policy>, E.T. 24.03.2023.

¹⁸ UZUN, s. 18.

¹⁹ UZUN, s. 19.

²⁰ Twitter tarafından öngörülen tek kısıtlama anonim hesap adının yanıltıcı veya aldatıcı olmamasıdır. Bkz. Twitter'da mavi onay işareti alma, <https://help.twitter.com/tr/managing-your-account/about-twitter-verified-accounts>, E.T. 04.05.2022.

tür kötü niyetli hesaplar “troll hesap” veya “sahte kullanıcı adlı hesap” olarak nitelendirilmiştir²¹. Bu çerçevede anonim hesaplara, bilinçli olarak hukuka aykırı içerik paylaşma amacıyla oluşturulan ve bu tür bir amaç gütmeyen anonim hesaplar şeklinde ikili bir bakış açısıyla bakmak yararlı olacaktır. Çünkü sosyal ağ platformlarında, oluşturuldukları andan itibaren bilinçli bir şekilde hukuka aykırı içerik paylaşımı yapılan anonim hesapların karşısında sayıca bunlardan çok daha fazla ve yıllardır var olan, küçük ya da büyük takipçi kitleleri tarafından takip edilen anonim hesaplar da bulunmaktadır.

Yukarıdaki açıklamaların gösterdiği üzere, anonim hesaplar sahte hesaplardan farklıdır. Bir kere, hem anonim hesaplar hem de sahte hesaplar, gerçek kimliğin bilinmemesinin verdiği rahatlıkla hukuka aykırı içerikli paylaşımlara konu edilebilir. Ancak sahte hesaplar baştan itibaren kötü bir niyetle oluşturulurken, anonim hesapların tıpkı gerçek isimli hesaplar gibi genel olarak kötü bir niyetle oluşturulmadığı ileri sürülebilir. Yukarıda yapılan tanım temelinde, sahte hesapların varlığının hiçbir meşruiyeti olmadığı ortadadır.

Sosyal ağ platformlarındaki sahte hesap sayıları ise inanılmaz boyuttadır: Yalnızca Facebook'ta, 2020 yılının son çeyreğinde 1,3 milyar sahte hesap kapatılmıştır²². Bu sayı sahte hesapların ne ölçüde ciddi bir sorun olduğunu ortaya koymaktadır.

C. Sosyal Ağ Platformlarında Anonimliğin Sağladığı Çeşitli Avantajlar

Sosyal ağ platformlarında anonim bir hesap adı kullanılması durumunda, kullanıcılar ötekileştirilme korkusu olmadan, mahrem bilgilerini daha kolay bir şekilde paylaşacaktır. Örneğin ruhsal bir hastalığı olan, farklı bir cinsel yönelime sahip olan veya suç mağduru olan bir kişi sosyal ağ platformlarında kurmaca bir ismin ardında kendisini bu konularda daha rahat bir şekilde ifade edebilecektir. Aslında, sosyal ağ platformlarında anonim bir hesap adı ile kayıtlı kullanıcıların çok büyük bir kısmı suç işlemek kastıyla değil kendilerini çeşitli nedenlerle daha rahat ifade edebildikleri için anonim kalmayı tercih etmektedir. Örneğin bir havayolu şirketinde çalışan bir kabin görevlisi, gizlilik kuralları gereğince, çalıştığı şirketin

²¹ “(...) yurt içinde ve yurt dışında Türkiye Cumhuriyeti devleti aleyhinde kamuoyu oluşturmak için www.twitter.com isimli web sitesinde troll olarak tabir edilen sahte kullanıcı adları ile hesap oluşturup örgüt amacı doğrultusunda paylaşımlarda bulunduğu, bahse konu paylaşımların örgütün diğer üyeleri tarafından retweet (tekrar paylaşım) edilerek Türkiye'de ve dünyada gündem oluşturulduğu, paylaşımları yapan troll hesapların takip edilerek ve retweet edilerek fenomen hesap hâline getirildiği, bu şekilde de sosyal paylaşım sitelerinde kamuoyu algısının yönlendirildiği (...)”, AYM, Cemal Azmi Kalyoncu, Başvuru no: 2018/5316, 08.09.2021, § 53, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/5316>, (E.T. 01.06.2022).

²² Türkiye Büyük Millet Meclisi Dijital Mecralar Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem:27, Yasama yılı: 5, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2849, 4 Kasım 2021, s. 12, E.T. 03.03.2022.

ismini vermeden yalnızca yaşadığı komik veya ilginç durumları kimliğini açıklamadan anlatmayı tercih edebilmektedir²³.

Anonim hesap adı kullanma yaşayışının mevcudiyeti varsayımında, bu durum örneğin erkek şiddeti nedeniyle bir sığınma merkezinde kalan bir kadının gerçek kimliğiyle hesap açmak zorunda kalmasına yol açacaktır. Tabii böyle bir durumda takip edilmekten korkup hiç hesap açmaması da olasıdır. Dolayısıyla bunun sonucunda, örneğin suç mağdurlarının bu şekilde anonim bir kullanıcı hesabı açmaktan kaçınmalarının ifade özgürlüğü üzerinde doğrudan bir etkisi olacaktır. Kısacası anonim hesap adı kullanmanın her şeyden önce bir güvenlik sorunu olduğu durumlar vardır.

Diğer yandan, sosyal ağ platformlarında anonimlik, hem ifade özgürlüğünü hem de özel hayatın gizliliğini korumanın hayati bir bileşenidir. Teorik olarak sosyal ağ platformlarında anonimlik, bireylerin cezalandırılma korkusu olmadan kendilerini ifade etmelerine imkân verir ve özellikle ifade özgürlüğünün yoğun bir şekilde sansürlendiği Çin Halk Cumhuriyeti gibi ülkelerde önem arz etmektedir²⁴. Anonimlik ayrıca, kullanıcıların, anonimlik olmasaydı kaçınabilecekleri politika, cinsellik, din gibi her türlü tartışmaya katılmalarını sağlar. Arap Baharı sırasında sosyal ağ platformlarında anonim hesaplar vasıtasıyla yapılan paylaşımlar buna örnek gösterilebilir²⁵.

Bilgi uçurma (whistle-blowing) gibi eleştirel bildirimlerde bulunanlar da anonim kalma yolunu seçebilirler²⁶. Bilgi uçurma uygulaması, iş dünyasındaki ya da devletteki kusurların belirlenmesinin bir yolu ve –örneğin yolsuzluk uygulamalarının ifşa edilmesi yoluyla– işleyen bir demokrasi açısından yararlı bir uygulama olarak genellikle desteklenmekte, hatta bazı devletler de bu uygulamayı doğru bulmaktadır²⁷. Ancak WikiLeaks örneğinde olduğu gibi devlet sırlarının söz konusu olduğu durumlarda ise ifade özgürlüğünün bu şekilde kullanılması tartışmalı bir nitelik arz edebilmektedir²⁸.

Sosyal ağ platformlarında anonimlik, Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ile de doğrudan ilgilidir. Çünkü kişiler, utanabilecekleri, çekinebilecekleri konuları, özel hayatlarını gizli tutarak daha rahat ifade edecektir. Başka bir ifadeyle anonimlik,

²³ Bkz. <https://twitter.com/alicanteee>.

²⁴ ARTICLE 19, s. 1.

²⁵ SCHMITZ, s. 198

²⁶ BENEDEK, KETTEMANN, s. 27-28.

²⁷ BENEDEK, KETTEMANN, s. 28.

²⁸ BENEDEK, KETTEMANN, s. 29.

ayrımcılıktan korkan veya yerleşik fikirlere meydan okumak isteyen kişilerin sesini yükseltmesini kolaylaştırabilir²⁹. Dolayısıyla anonimlik kişilerin, içeriği suç oluşturmayan ancak açık kimlikleriyle ifade etmekten kaçınabilecekleri konuları rahat bir şekilde tartışmalarına da imkân vermektedir.

Sosyal ağ platformlarında anonimlik kişisel verilerin korunması açısından büyük bir fayda sağlar. Kullanıcılar gerçek kimliklerini ve fotoğraflarını aleni hale getirmeyerek, bunların rızaları dışında kullanılmasını da engellemiş olurlar. Sosyal ağ platformlarında anonimliğin kamu otoriteleri tarafından teşvik edilmesine de tanık olmak mümkündür. Örneğin Fransa’da bir bağımsız idari otorite olan Commission nationale de l’informatique et des libertés (Bilişim ve Özgürlükler Milli Komisyonu), anonimlik sağlayan bir takma isim kullanılmasını önermektedir³⁰.

Dolayısıyla sosyal ağ platformlarında anonimlik, suç nitelikli fiillerin kaynağı olan, özünde hukuka aykırı bir amaç taşıyan bir kavram anlamına gelmemektedir. Anonimliğin spesifik olarak böyle bir nitelik taşımadığı, Facebook'un geçmişte yürürlüğe koyduğu “gerçek ad” politikalarına karşı neden ciddi bir tepki gösterildiğini de açıklamaktadır³¹. Bu konuyu kısaca özetlemek gerekirse, Facebook, 2013 yılında kullanıcılarının çevrimdışı dünyadaki ile aynı çevrimiçi kimliğe sahip olmalarını zorunlu kılarak anonim hesap isimlerinin kullanımını yasaklamıştır³². Facebook tarafından, söz konusu gerçek isim politikasının, özellikle siber zorbalık, troller ve yasa dışı faaliyetler gibi kötü davranışlar için bir önleme işlevi görebileceği savunularak, kullanıcılarının yararına uygulandığı ileri sürülmüştür³³. Bu konudaki temel varsayım ise, gerçek adlarının bir paylaşımına eklenmesi durumunda, kullanıcıların anti-sosyal ve hukuka aykırı davranışlardan kaçınacaklarıydı³⁴. Diğer yandan, toplanan kullanıcı verilerinin gerçek isimlerle, gerçek kişilerle ilişkilendirilebilmesi imkânının sosyal ağ platformları için ekonomik değerinin büyük olduğunu belirtmek gerekmektedir³⁵. Ancak

²⁹ CONSEIL D’ÉTAT, s. 191.

³⁰ CNIL, 10 conseils pour rester net sur le web, <https://www.cnil.fr/fr/10-conseils-pour-rester-net-sur-le-web>, 07 Mart 2016, E.T. 20.05.2023.

³¹ ROWLAND D., KOHL U., CHARLESWORTH A., s. 91.

³² SCHMITZ, s. 190.

³³ SCHMITZ, s. 191.

³⁴ SCHMITZ, s. 191.

³⁵ CONSEIL D’ÉTAT, s.109; SCHMITZ, s. 191.

Facebook, protestoların ardından 15 Aralık 2015 tarihinde, uygulamakta olduğu gerçek isim politikasından taviz vereceğini bir basın açıklamasıyla duyurmuştur³⁶.

D. Kaygılar ve Yasaklama Girişimleri

Çevrimiçi nefret söyleminin, siber tacizin ve buna benzer diğer kamu düzenini bozucu paylaşımların yaygınlaşması karşısında birçok kişi, sosyal ağ platformlarında anonim isimli hesaplar kullanılmasının yasaklanması ve kullanıcıların kendilerini gerçek kimlikleriyle ifade etmeleri zorunluluğunun getirilmesi çağrısında bulunmaktadır³⁷. Anonimliğin çoğu zaman cezasızlık hissini teşvik edebileceği ve son derece olumsuz sonuçlar doğuran kabul edilemez aşırılıklara yol açabileceği, yasak konulmasını savunanlarca ileri sürülen temel hususlardan biridir ve anonim hesapların yasaklanmasının (gerçek isim, kimlik numarası verilmek kaydıyla dijital sosyal ağ platformlarına kayıt yapılabilmesinin) yasadışı içerik üretenleri caydıracağı ileri sürülmektedir. Ayrıca, anonimliğin yasaklanması suretiyle suç nitelikli içerikleri oluşturanlara daha kolay ulaşabileceği savunulmaktadır.

Avrupa Birliği'nin çeşitli ülkelerinde ve bu arada Türkiye'de, anonim hesapların sosyal ağ platformları üzerinden nefret, şiddet, iftira, taciz, tehdit, hakaret, dezenformasyon vs. unsurlar içeren içerikler ile mücadele kapsamında yasaklanması amacıyla parlamenterler tarafından ara sıra kanun teklifleri verilmektedir. Ancak hâlihazırda ne ülkemizde ne de Avrupa Birliği'nde, bu doğrultuda verilmiş ve kanunlaşmış bir teklif bulunmamaktadır.

Sosyal ağ platformlarında anonimlik olgusu, kanun tekliflerinin verilmesinin dışında, parlamentolarda çeşitli vesilelerle sık sık tartışılan bir konu olarak da güncelliğini korumaktadır. Bu konuda gerek parlamentolarda gerekse toplumda yapılan tartışmalar özellikle infial yaratan belirli bir olayın yarattığı etkiyle daha da artabilmektedir³⁸.

Fransa'da en son Haziran 2019'da ve 2021 yılı başlarında sosyal ağ platformlarında anonimliğe son verilmesi için sunulan kanun teklifleri kabul edilmemiştir³⁹.

³⁶ Community Support FYI: Improving the Names Process on Facebook, 15.12.2015, <https://about.fb.com/news/2015/12/community-support-fyi-improving-the-names-process-on-facebook>, (E.T. 18.06.2022).

³⁷ CONSEIL D'ÉTAT, s.190.

³⁸ Boris Johnson Hükümeti'nin İngiltere İçişleri Bakanı Priti Patel, Ekim 2021'de, parlamenter David Amess'in terörist bir saldırı sonucunda öldürülmesinden sonra milletvekillerinin çevrimiçi olarak acımasızca hedef alınmaları nedeniyle anonim sosyal ağ hesaplarının yasaklanabileceğini belirtmiş ancak o günden bu yana herhangi bir düzenleme yapılmamıştır, Bkz. Priti Patel suggests scrapping anonymity online amid 'relentless' abuse of MPs, 17 Ekim 2021, <https://www.mirror.co.uk/news/politics/priti-patel-suggests-scrapping-anonymity-25233156>, (E.T. 15.09.2022).

³⁹ Hakima Bounemoura, Peut-on lever l'anonymat sur les réseaux sociaux?, 24.01.2021, <https://www.20minutes.fr/high-tech/2959375-20210124-peut-lever-anonymat-reseaux-sociaux-deputes->

İngiltere’de hükümet tarafından kanun tasarısı olarak sunulan ve Avam Kamarası’nda görüşüldükten sonra Nisan 2023 itibarıyla⁴⁰ Lordlar Kamarası önüne gelen Çevrimiçi Güvenlik Yasası’nda (Online Safety Bill) ise anonimliğin yasaklanması yerine, “anonim trollere” karşı sosyal ağ platformu kullanıcılarına, kimliği doğrulanmayan herkesi engelleme imkânı verilmesi öngörülmüştür⁴¹.

Ülkemize dönecek olursak, burada konumuzu ilgilendirdiği için değinmemiz gereken ancak kanunlaşmamış olan üç kanun teklifine yer vermek gerekmektedir. İlki Nisan 2020 ve diğer ikisi Şubat 2022’de TBMM’ye sunulan her üç kanun teklifi de bu çalışmanın konusunu oluşturan anonim hesapların yasaklanması girişimlerine güzel bir örnek teşkil etmektedirler.

Bunlardan ilki olan 30 Nisan 2020 tarihli “5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”nin gerekçesinde, internette sık yaşanan, şikâyet edilen, mağduriyet yaşanan olayların nedenlerinden biri olarak anonim hesaplar da belirtilmiştir⁴². Söz konusu kanun teklifinin Ek 4 (3) maddesi ise, açık bir şekilde sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanmasını ve Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ile eşleşmeyen tüm hesapların kapatılmasını öngörmüştür. Önerilen söz konusu madde hükmü ile sosyal ağ sağlayıcılarına, verdikleri hizmeti kullanmak isteyen kullanıcılardan Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını talep etme zorunluluğu öngörülmüştür.

İkinci kanun teklifi olan 02 Şubat 2022 tarihli “5651 Sayılı Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi⁴³” ile ise birtakım esaslı değişiklikler getirilmek istenmiştir. Bu çerçevede bu kanun teklifinin 9. maddesiyle “*özel hayata, kamu barışına ve kamu güvenliğine, kamunun sağlığına karşı suçlar ile görev sırlarının açıklanmasına ilişkin suçların işlenmesi amacıyla internet üzerinde kimliğin gizlenmesini veya tespit edilmemesini*

veulent-lancer-reflexion-faisabilite-consequences, (E.T. 14.04.2022); Eric Ciotti veut lever l’anonymat sur les réseaux sociaux, son amendement retoqué, 20.06.2019, <https://francais.rt.com/france/63138-eric-ciotti-veut-lever-anonymat-reseaux-sociaux-amendement-retoque>, (E.T. 14.04.2022).

⁴⁰ Online Safety Bill: Next House of Lords stage starts tomorrow as Ofcom issues risk assessment guidance, 18.04.2023, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b40075f2-a69d-4046-acd3-cb25b37aabc>, (E.T. 29.04.2023).

⁴¹ New plans to protect people from anonymous trolls online, 25.02.2022, <https://www.gov.uk/government/news/new-plans-to-protect-people-from-anonymous-trolls-online>, (E.T. 08.05.2022).

⁴² 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2844.pdf>, (E.T. 01.09.2022).

⁴³ 5651 Sayılı Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4130.pdf>, (E.T. 01.09.2022).

sağlayan yazılım ve uygulamaları kullananlar ve bulunduranlar hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası” önerilmiştir. Ancak bu hükümden bahsedilen husus, sosyal ağ platformlarında anonim hesap adları aracılığıyla bürünülen anonimlik değil, çeşitli yazılımlar yardımıyla internet ortamında gezinirken hiçbir bir iz bırakmama durumudur.

Ancak aynı kanun teklifinin 10. maddesinin 1. fıkrasında ise “*sosyal ağ ve internet üzerinde sahte hesaplar açan kişi altı aya kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır*” denilmiştir. Burada “sahte hesap” ile neyin kastedildiği net olarak ifade edilmemiştir. Yine aynı maddenin 2. fıkrasında “sahte hesap” açan kişilerin kamu barışına karşı fiilleri işlemek amacıyla ve sosyal ağ platformları ve internet üzerinden bilerek yanlış haber yayması veya buna aracılık etmesine karşı iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür⁴⁴. Teklifte sahte hesap açanların cezalandırılacağından bahsedilmekle birlikte, ayrıca anonim hesap adı kullanımının da cezalandırılıp cezalandırılmayacağına veya anonim hesapların da sahte hesap kapsamında değerlendirilip değerlendirilmediğine ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

Diğer bir kanun teklifi olan 24 Şubat 2022 tarihli “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi⁴⁵” ile ise bir dijital kimlik sistemi önerilmiştir. Teklifin genel gerekçesinde Çin’de kabul edilen siber güvenlik yasası ile internet şirketlerine yönelik olarak gerçek ad ve kimlik ile kaydolunması zorunluluğu getirildiğine atıfta bulunularak, bu platformlarda gerçek kimlikle kaydolmanın ve kullanıma devam etme zorunluluğunun getirilmesinin öneminden bahsedilmiştir. 5651 sayılı Kanun’un 10. maddesine bu şekilde bir fıkra eklenmesini öngören kanun teklifinde bunun dışında bir değişiklik önerisi yoktur. Açıkça görüleceği üzere bu değişiklik teklifi sosyal ağ platformlarında anonim isimli hesapların yasaklanmasını öngörmekteydi.

Spesifik olarak çalışmamızın konusunu ilgilendiren bu üç kanun teklifinin dışında, 13.10.2022 tarihinde kabul edilen 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’dan⁴⁶ da bahsetmek gerekmektedir. Bu yasada sosyal ağlarda anonim

⁴⁴ Teklifin bu hükmünün artık bir anlamı yoktur çünkü benzer fiiller için 13.10.2022 tarihli Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 29’uncu maddesiyle 1 ila 3 yıl hapis cezası getirilmiştir.

⁴⁵ İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2655.pdf>, (E.T. 02.09.2022).

⁴⁶ RG, T:18.10.2022, S: 31987, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/10/20221018-1.htm>.

hesapların yasaklanmasına veya herhangi bir şekilde kısıtlanmasına yönelik herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Anonimlik hususuna ise, yalnızca Kanun'un 29. maddesiyle TCK'ya eklenen "halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma (dezenformasyon) suçunun", "fail tarafından gerçek kimliğini gizlemek suretiyle" yapılması halinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı kapsamında değerlendirilmiştir.

Kanun'da kullanılan "gerçek kimliğini gizlemek" ifadesinin bir tanımı yapılmamakla birlikte, Kanun'un genel gerekçesinde yer alan "*İnternet ortamının; (...) kötü niyetli kullanıcıların kimliklerini gizleyerek yasa dışı iş ve eylemlerini hayata geçirmesine fırsat tanıdığı artık bilinen bir gerçekliktir. Dolayısıyla, sahte isim ve hesaplarla yasa dışı içerik oluşturup paylaşma, (...) amacıyla kullanıldığı durumlarda internet, düzenleme yapılması gerekli alan olarak karşımıza çıkmaktadır*" ifadesi ve Kanun'un 29. maddesinin gerekçesinde yer alan (...) *internetin sağladığı anonim ortam yalan, yanlış veya manipülatif içeriklerin artmasına neden olmuştur. Bilhassa, özel saiklerle oluşturulup organize bir biçimde yayılan içerikler veya bot hesaplar aracılığıyla yapılan paylaşımlar, internet ortamındaki dezenformasyonu hızlı bir biçimde artırmaktadır*" ifadesi bizi hem anonim kullanıcı isimli hesaplara hem sahte hesaplara hem de bot hesaplara götürmektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere bu hesap türlerinden yalnızca sahte hesaplar taklit ettikleri gerçek veya tüzel kişiye zarar vermek ya da bir çıkar elde etmek amacını taşıdığından kategorik olarak hukuka aykırı olan tek hesap türüdür. Anonim hesaplar ve bot hesaplar ise bu hesapları oluşturan kişilerin niyetine göre, istisnai olarak hukuka aykırı paylaşımlar yapmak için kullanılabilir.

Kanun'un genel gerekçesinden ve 29. maddesinin gerekçesinden anlaşılacağı üzere hareket noktası, anonim hesapların kategorik olarak yasa dışı olduğu değil, kötü niyetli kullanıcılar tarafından hukuka aykırı amaçlarla kullanılabilmesi hususudur.

Görüldüğü üzere, her ne kadar sonuçsuz kalan aksi yönde girişimler olsa da ülkemizde ve Batı demokrasilerinde sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanmasına yönelik bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, günümüzde sosyal ağ platformlarında anonim hesapları çeşitli biçimlerde yasaklanması olgusuna rastlamak da mümkündür.

Örneğin, 2015 yılından bu yana, Çin Halk Cumhuriyeti'nde sosyal ağ platformlarına kayıt sırasında gerçek kimlik bilgileri talep edilmektedir ve asıl önemlisi, anonim bir hesap adı ile hesap oluşturulması yasaktır⁴⁷. Tüm dünyada yaygın olarak kullanılan Twitter, Facebook

⁴⁷ China to ban online impersonation accounts, enforce real-name registration, 4 Şubat 2015, <https://www.reuters.com/article/us-china-internet-censorship-idUSKBN0L80ZF20150204>, (E.T. 14.05.2022).

gibi global sosyal ağ platformları ise Çin'de yasaktır. Çin'de bu platformların yerel muadilleri kullanılmaktadır. Söz konusu yasak yalnızca sosyal ağ platformlarına değil, Çin ideolojisine uygun olmayan Google gibi birçok yabancı siteye uygulanmaktadır⁴⁸. Bir diğer amaç ise ekonomik olup, yerel şirketlerle rekabet edecek yabancı internet şirketlerine kapıları kapatmaktır⁴⁹.

Global platformların yasaklanıp yerel muadillerinin kullanılmasına yönelik bu politikanın benzeri İran'da da mevcuttur⁵⁰. Ancak İran'da sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasak olup olmadığına ilişkin bir veriye ulaşmamız mümkün olmamıştır.

Güney Kore'de de 2007 yılında gerçek ismin doğrulanmasını zorunlu kılan bir kanun yürürlüğe konulmuştur⁵¹. Yasa koyucu tarafından söz konusu yasanın amacı, anonimlik düzeyini değiştirerek istenmeyen ve hukuka aykırı paylaşımları azaltmak olarak ifade edilmiştir⁵². Görüldüğü üzere, siyasi rejim, hukukun üstünlüğü gibi hususlar yönünden yukarıda anlattığımız ülkelerle benzerlik taşımayan Güney Kore'de anonim hesapların yasaklanması yoluna gidilebilmiştir. Ancak söz konusu düzenleme, 5 yıl kadar biraz uzun bir süre yürürlükte kalsa da Güney Kore Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle 2012 yılında iptal edilmiştir⁵³.

Afrika'ya baktığımızda, Tanzania'da sosyal ağ platformları, yayınlanan içeriğin kaynağının belirlenmesini sağlayan, böylece anonimliği ortadan kaldıran ve daha fazla kullanıcıyı oto sansür yapmaya teşvik eden mekanizmalar yerleştirmek zorundadır⁵⁴. Mısır ve Malavi'de çevrimiçi anonimliğin omurgası olan şifreleme konusunda çeşitli kısıtlamalar vardır⁵⁵. Bu kısıtlamalar özel hayatın gizliliği ve çevrimiçi anonimlik hakkını baltalamakta ve kullanıcıları oto sansüre yönlendirmektedir⁵⁶. Bu tür kısıtlamalar birçok çevrimiçi platformda özgür ve açık tartışmalara olanak sağlamak için hayati önem taşıyan anonimliği ortadan kaldırmaktadır⁵⁷. Bahsi geçen Afrika ülkelerindeki söz konusu kısıtlamalar, internette anonim

⁴⁸ EDWARD, s. 92.

⁴⁹ EDWARD, s. 93.

⁵⁰ EDWARD, s. 122.

⁵¹ SCHMITZ, s. 199.

⁵² SCHMITZ, s. 199.

⁵³ South Korea's real-name net law is rejected by court, <https://www.bbc.com/news/technology-19357160>, 23 Ağustos 2012, (E.T. 13.11.2022).

⁵⁴ NAKAAYI, s. 253.

⁵⁵ NAKAAYI, s. 257-260.

⁵⁶ NAKAAYI, s. 260.

⁵⁷ NAKAAYI, s. 261.

olarak gezinmeye ilişkin olup, bu kıtada anonim hesapları yasaklayan bir ülke olup olmadığını tespit etmek mümkün olmamıştır.

Sosyal ağlarda anonimliğin yukarıda değinilen iki boyutu nedeniyle, bu başlık altında akla şöyle bir soru gelebilir: Anonim hesapların yasaklanması, sosyal ağ platformu kullanıcıları bakımından tek boyutlu bir anonimlik biçiminde uygulamaya konulabilir mi? Diğer bir ifadeyle, kayıt sırasında kullanıcının kimlik bilgilerinin kimlik doğrulama yöntemleriyle alınması suretiyle, sosyal ağ platformları ve gerektiğinde kamu otoriteleri nezdinde anonimliğin ortadan kaldırılması ancak dilerse diğer kullanıcılara karşı takma bir hesap ismi belirleyebilmesi bir çözüm oluşturur mu? Bu tür bir düzenlemenin sosyal ağ platformlarında anonimliğin yasaklanmasını savunanları tatmin etme olasılığı vardır. Çünkü bu tür bir düzenleme sonucunda, kullanıcılar hukuka aykırı içerik içeren bir paylaşımda buldukları zaman sosyal ağ sağlayıcıya sağladıkları kişisel veriler yardımıyla, mevcut duruma göre çok daha kolay bir şekilde tespit edilebileceklerdir. Ancak böyle bir durumda, anonim hesap adı kullanan kullanıcıların, paylaşımlarının hukuka aykırı olup olmadığından emin olamadıkları zaman oto sansüre başvurma ihtimali yüksek olacaktır. Bu da Anayasa ve AİHS tarafından güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğünün ihlalini oluşturabilecektir.

Sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanması durumunda yasağın muhatabı ise sosyal ağ platformları olacaktır. Çünkü anonimliğin yasaklanmasına yönelik bir düzenleme, sosyal ağ platformlarına kullanıcıların kimliklerini çeşitli bilgi ve belgeler aracılığıyla doğrulama yükümlülüğü getirecektir. Böyle bir varsayımda, ortada bir yasaklama olduğuna göre, sosyal ağ platformlarının anonimlik yasağını ihlal etmeleri durumunda, yasağı etkili kılmak için çeşitli yaptırımlar da öngörülebilecektir.

Aslında bir an için sosyal ağ platformlarında anonim hesapların tamamen yasaklandığını ve her bir hesabın arkasında kimlik bilgileri doğrulanmış gerçek bir kişinin bulunduğunu varsaydığımızda, bu durumun, sosyal ağ platformları üzerinde suç içerikli paylaşımlar yapılmasını azaltma ihtimali olmakla birlikte, yine de tamamen önleme söz konusu olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, sosyal ağ platformları üzerinde hukuka aykırı içerik yaratılması ve paylaşılması yalnızca anonim hesaplara özgü bir durum olmayıp, gerçek adını aleni olarak kullanan herhangi bir kullanıcı bilerek veya bilmeyerek hukuka aykırı bir içerik oluşturabilir veya paylaşabilir.

Diğer yandan, nefret söylemlerinin anonim bir hesap adı altında daha kolay ifade edildiği fikri olgularla açık bir şekilde desteklenmemektedir ve bu konudaki çalışmalar oldukça

yetersizdir⁵⁸. Biraz yukarıda bahsettiğimiz, Güney Kore’de yapılan ve 2012’de iptal edilen yasal düzenlemeyle ilgili olarak, Kore İletişim Komisyonu tarafından yapılan bir araştırma, düzenlemenin insanların taciz edici mesajlar göndermesini önlemede etkisiz olduğunu ortaya koymuştur⁵⁹. Aslında, söz konusu yasaklamadan sonra kötü niyetli yorumlar 2008’de sadece %0,9 oranında azalmıştır⁶⁰. Güney Kore örneği, yargılanma korkusunun çevrimiçi davranışı daha iyiye doğru önemli ölçüde değiştirmeyeceğine dair gerçek hayattan kanıtlar sunmaktadır⁶¹.

Ayrıca, anonim hesapların yasaklanması, kişisel verilerin korunması açısından da sorun yaratacaktır. Kişileri her koşulda kimliklerini göstermeye zorlamak, herkesin bir kişi hakkında, en hassas verileri de dâhil olmak üzere, arama motoruna sadece adını yazmak suretiyle birçok şeyi (dini inançlar, siyaset, cinsel yönelim) öğrenme olasılığını yaratmak demek olacaktır⁶². Tüm bu nedenlerle, hiçbir Batı demokrasisi tarafından benimsenmeyen ve Avrupa Birliği’nde öngörülmemeyen anonimliğin kaldırılması, makul bir çözüm olarak görünmemektedir⁶³.

Son olarak, bu tür yasaklamacı bir yaklaşımın iki tür amacı olabilir: Birincisi, kolluk kuvvetlerinin sosyal ağ kullanıcılarını daha kolay izlemesinin, tespit etmesinin kolaylaştırılması ve diğeri ise anonim bir isimden yararlanamayan kullanıcıların oto sansür uygulaması ve bunun sonucunda da hukuka aykırı içeriklerin büyük oranda azalmasıdır. Ancak yukarıda bahsedildiği üzere, anonim hesap kullanımını yasaklayan düzenlemeler, çevrimiçi ortamda ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği ilkesine ölçsüz bir müdahale oluşturur. Çünkü anonim hesap adının sağladığı anonimlik, sosyal ağ platformları üzerinde ifade özgürlüğünün bir parçasıdır. Ayrıca gerçek kimliğin kanıtlanması amacıyla sosyal ağ platformlarına gönderilecek kişisel verilerin çeşitliliği, bu verilerin söz konusu platformlar tarafından ne kadar iyi saklanabileceği ve ticari vb. amaçlarla kullanılabilmesi ihtimali gibi kaygı doğurucu bir yön içermektedir.

II. SOSYAL AĞ PLATFORMLARINDA ANONİM HESAPLARIN YASAKLANMASININ ÖNÜNDEKİ ENGELLER

Ülkemizde sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanması yönündeki önerilerin hem gereklilik (hukuk sistemimizin zaten içerik çıkarma ve erişim engelleme

⁵⁸ CONSEIL D’ÉTAT, s. 191.

⁵⁹ SCHMITZ, s. 199.

⁶⁰ SCHMITZ, s. 199.

⁶¹ SCHMITZ, s. 199.

⁶² CONSEIL D’ÉTAT, s. 191.

⁶³ CONSEIL D’ÉTAT, s. 191.

biçimindeki gerekli araçlarla donatılmış olması) hem de ifade özgürlüğü, kişisel verilerin korunması, haberleşme özgürlüğü, özel hayatın gizliliği gibi temel hak ve hürriyetleri ihlal etme riski nedeniyle, ciddi bir şekilde sorgulanması gerekmektedir. Bu başlık altında, anonim hesaplara özgü olmamakla birlikte anonim hesaplar tarafından da oluşturulabilen ve paylaşılabilen suç nitelikli içeriklerin hâkim kararıyla ve belirli durumlarda BTK başkanı tarafından kaldırılması ve erişimin engellenmesi tedbirlerine yer verilecektir. Daha sonra ise anonim hesapların yasaklanmasının, en sorunlu hususlar olarak gördüğümüz ifade özgürlüğü ve kişisel verilerin korunması hakkı ile ilişkisine değinilecektir.

A. Hukuk Sistemimizin Gerekli Araçlarla Donatılmış Olması

Bilindiği üzere, ülkemizde hâlihazırda kimlik bilgileri verilmeksizin yalnızca e-posta adresi veya bir telefon numarası ile kayıt yapılabildiğinden, sosyal ağ platformlarında anonimliğin mümkün olduğunu ve anonim isimli hesaplara yönelik herhangi bir yasaklamanın söz konusu olmadığını öncelikle belirtmek gerekmektedir.

Ancak bu konuda anlaşılabilir küçük bir istisna bulunmaktadır. 5651 sayılı Kanun'un "Bilgilendirme yükümlülüğü" başlıklı 3. maddesine göre "*içerik, yer ve erişim sağlayıcıları, yönetmelikle belirlenen esas ve usûller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlüdür*". Buradan tüm içerik sağlayıcıların yani konumuz kapsamında tüm sosyal ağ kullanıcılarının kimlik bilgilerini görünür kılma zorunluluğu olduğu şeklinde bir anlam çıksa da 2007 tarihli İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin⁶⁴ ilgili 5. maddesine baktığımız zaman, bu zorunluluğun yani anonimlik yasağının "ticari veya ekonomik amaçlı" içerik sağlayıcıları kapsadığını görüyoruz. Bu kapsamda erişilebilir kılınması gereken kişisel bilgiler, kullanıcı bir gerçek kişi ise, adı ve soyadı, yerleşim yeri, e-posta adresi ve telefon numarası; bir tüzel kişi ise, unvanı ve sorumlu kişiler, vergi kimlik numarası veya ticaret sicil numarası, merkezinin bulunduğu yer, e-posta adresi ve telefon numarasıdır. Dolayısıyla burada özel bir düzenlemeyle sosyal ağ platformları aracılığıyla kazanç elde eden vergi mükelleflerinin tespitinin kolaylaştırılması hedeflenmiştir.

Küresel bir iletişim ve ifade yeri olan sosyal ağ platformları, ister anonim ister kişinin gerçek adını taşıyan hesaplar aracılığıyla olsun, kabul edilemez içeriklerin veya davranışların paylaşım yeri de olabilmektedir: Nefret uyandırmak amaçlı kışkırtıcı içerikler, terör

⁶⁴ RG, T:30.11.2007, S: 26716, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/11/20071130-6.htm>.

destekleyici içerikler, pedofil içerikler, çevrimiçi taciz, kimlik hırsızlığı vb⁶⁵. Sosyal ağ platformları ayrıca, sahte haberler ve asılsız söylentiler yayma, siyasi veya mali amaçlar peşinde koşan bireyler veya gruplar tarafından kamuoyunu manipüle etme girişimlerine de konu olmaktadır⁶⁶. Bu durum, sosyal ağ platformlarını, kendi kendilerini denetlemeye (oto regülasyon) yönelik birtakım tedbirler almaya itmiştir.

Bu çerçevede her bir sosyal ağ platformunun, kabul edilen içerik kategorilerini belirten kullanım kuralları ve bu kurallara kullanıcılar tarafından uyulmadığı zaman işletilecek olan denetim mekanizmaları mevcuttur⁶⁷. Ancak, yayınlanan içeriğin hacmi karşısında sosyal ağ platformları, günümüzde hizmetlerinin kötüye kullanılması riskini önleyememektedir ve özellikle küresel bir kullanıcı kitlesine sahip olan sosyal ağ platformları bakımından, gösterilen çabalar halen büyük ölçüde mükemmel olmaktan çok uzakta kalmaktadır. Suiistimaller kullanıcılardan kaynaklanmakla birlikte, sosyal ağ platformlarının içeriğin sunumunda ve her kullanıcıya göre kişiselleştirilmesindeki rolü, uyguladıkları denetim mekanizmalarının bariz yetersizliği ve şeffaflığın olmayışı, bu platformların gösterdikleri çabalara rağmen kamu otoritelerinin müdahalesini gerekli kılmaktadır⁶⁸. Devletlerin bu özel şirketleri düzenlemek veya sosyal ağların yeni biçimlerini düşünmek için müdahale etme meşruiyeti, geç de olsa, artık en liberal ülkeler tarafından bile kabul edilmektedir⁶⁹. Ancak sosyal ağ platformlarının regülasyonuna ilişkin her türlü devlet müdahalesi, ifade özgürlüğü ve haberleşme özgürlüğü nedeniyle kesinlikle gerekli, orantılı ve şeffaf olmalıdır⁷⁰.

Diğer yandan, enerji, ulaşım, telekomünikasyon, geleneksel görsel-işitsel medya gibi endüstrilerde var olan regülasyon biçimleri sosyal ağ platformları için pek uygun görünmemektedir⁷¹. Çünkü sayılan bu faaliyetler belirli bir ulusal bölgeyle ve dolayısıyla belirli bir devletin denetim yetkisiyle açıkça bağlantılı faaliyetlerdir⁷². Hâlbuki sosyal ağ platformlarının sunduğu hizmetler devlet sınırlarını aşan bir nitelik arz etmektedir. Türkiye dışında yerleşik bir kullanıcı tarafından Türkçe olarak sosyal ağ platformlarında yayınlanan ve

⁶⁵ ABITEBOUL ve d., s. 10.

⁶⁶ ABITEBOUL ve d., s. 10.

⁶⁷ ABITEBOUL ve d., s. 10.

⁶⁸ ABITEBOUL ve d., s. 10.

⁶⁹ CONSEIL D'ÉTAT, s. 25.

⁷⁰ ABITEBOUL ve d., s. 10.

⁷¹ ABITEBOUL ve d., s. 13.

⁷² ABITEBOUL ve d., s. 13.

örneğin nefret teşvik eden bir içerik hakkında, dünyanın herhangi bir yerinde Türkçe konuşan diğer kullanıcılar tarafından da bunu destekleyici nefret dolu yorumlar yapılması mümkündür.

Devletler tarafından yapılacak düzenlemelerin, özellikle kullanım koşulları politikası oluşturma ve uygulama, bilgilerin serbestçe sunulması işlevi ve yaratıcılık konularında sosyal ağ sağlayıcılarının girişimcilik özgürlüğünü kısıtlamaması gerekmektedir⁷³.

Devlet müdahalesi bağlamında, devletler farklı sebep ve yöntemlerle internet içeriğine müdahale etmektedir ve internet içeriğine erişimin engellenmesi için kullanılan yöntemler ise çeşitlidir⁷⁴. Engellemenin kapsamı, kullanılan teknik, engelleme süresi, engelleme öncesi ve sonrası takip edilen süreçler de devletten devlete değişmektedir⁷⁵.

Ülkemizde sosyal ağ platformları, 04.05.2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun⁷⁶ tarafından düzenlenmektedir. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra aradan geçen zaman içinde sosyal ağ platformlarının hem kullanımında hem de bu platformlar aracılığıyla işlenen ihlallerde büyük bir artış olmuş ve 29.07.2020 tarihli ve 7253 Sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"⁷⁷ ile bazı değişiklikler yapılmıştır. Son olarak, 13/10/2022 tarihinde kabul edilen 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile BTK başkanının erişim engelleme ve içerik çıkarma konularındaki yetkilerinin daha da artırılması da dâhil olmak üzere çeşitli hükümler eklenmiştir.

5651 sayılı Kanun'da düzenlenmiş olan erişimin engellenmesi ve içeriğin çıkarılması farklı kavramlardır. Erişimin engellenmesinde kullanıcıların bir içeriğe erişimi engellenmekte iken, içeriğin çıkarılması ise içerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan silinmesini ifade etmektedir. Bu tedbirlerin uygulanması hususunda gerçek isim kullanılan hesaplar ve anonim hesaplar arasında bir farklılık bulunmayıp, tedbirler her ikisine de uygulanabilir niteliktedir.

⁷³ ABITEBOUL ve d., s. 19.

⁷⁴ KAYA, s. 60.

⁷⁵ KAYA, s. 60.

⁷⁶ RG, T:23.05.2007, S:26530, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523-1.htm>.

⁷⁷ RG, T:31.07.2020, S:31202, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm>.

Erişimin engellenmesi içerik yayından kaldırılincaya kadar başvuru öncelikli bir tedbirdir çünkü içeriğin yayından hemen kaldırılması her zaman mümkün olmayabilir⁷⁸. Zira bunun için bir mahkeme kararı veya idari bir karar gerekebilir⁷⁹. İçerik çıkarma ve erişim engelleme, 5651 sayılı Kanun'un 8/2 maddesi uyarınca adli yargı yerlerinin verecekleri karara istinaden bir koruma tedbiri olarak ve 8/4 maddesi uyarınca ise idari bir tedbir olarak uygulanır.

Aslında 5651 sayılı Kanun ile getirilen mevcut yasal düzenlemenin öngördüğü “içerik çıkarma” ve “erişim engelleme” tedbirleri, sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanmasını savunan görüşler için tatmin edici bir yanıt oluşturma potansiyeline sahiptir. Çünkü anonim isimli hesapların yasaklanması gibi temel hak ve hürriyetlerin ihlaline yol açacak bir düzenleme yerine, hukuka aykırı içeriklerin çıkarılması veya bu içeriklere erişimin engellenmesi yoluna başvurulması zaten başlı başına kamu düzenini tesis etmek için yeterli olacaktır. Ülkemizde mevcut olan içerik çıkarma ve erişim engelleme tedbirlerine ek olarak, sosyal ağ sağlayıcılara yalnızca doğrulanmış gerçek isimli hesaplar açabilme yükümlülüğü getirilmesi diğer bir deyişle anonim hesapların yasaklanması, bizi, yukarıda örneklerini verdiğimiz ve demokratik bir hukuk devleti olma iddiası taşımayan devletlerle aynı kategoriye sokacaktır. Ayrıca, tıpkı Güney Kore’de olduğu gibi, eninde sonunda Anayasa Mahkememiz tarafından benzer gerekçelerle iptal edilme olasılığı söz konusu olacaktır.

Ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturacak kadar problematik yönleri bulunan, örneğin uygulanmaları sırasında ölçülülük ilkesinin gözetilmesi gereken, aksi takdirde ifade özgürlüğü ve haber alma hakkı bakımından sorunlar doğurabilecek olan içerik çıkarma ve erişim engelleme tedbirlerine ilişkin olarak, bu başlık altında yalnızca, bu çalışmadaki tezimizi desteklemek kapsamında tanıtıcı bilgiler verilmiştir. Bu tedbirlerin incelenmesi bu makalenin boyutlarını aşacağından, aşağıda erişim engelleme tedbirinin uygulanması ve ifade özgürlüğüne ilişkin olarak verilen bazı bilgiler dışında, daha ayrıntılı bilgilere yer verilmemiştir. Amacımız, bu tedbirler var olduğuna göre, başka bir ifadeyle hukuka aykırı içeriğin çıkarılması veya barındırıldığı sayfanın engellenmesi mümkün olduğuna göre, ayrıca anonim hesapların yasaklanması yoluna gidilmesinin gereksizliğine vurgu yapmaktır.

B. Yasaklamanın İfade Özgürlüğü Bakımından Doğuracağı Olumsuz Sonuçlar

İfade özgürlüğü, Georg Jellinek’in yaptığı herkesçe bilinen sınıflandırma temelinde kişinin devlet tarafından dokunulamayacak, devletin karışmamakla ve gölge etmemekle

⁷⁸ KAYA, s. 61.

⁷⁹ KAYA, s. 61.

yükümlü olduğu negatif statü hakları kategorisine girer⁸⁰. Diğer yandan devletlerin ifade özgürlüğünün kullanılması için elverişli bir ortam oluşturmaları gereği, aynı zamanda bu hususta pozitif bir yükümlülükleri olduğunu da ortaya koymaktadır. Anayasa'nın "Düşünce ve kanaat hürriyeti" başlıklı 25. maddesine göre "*Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, (...) düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz*". Yine Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlıklı 26. maddesine göre ise "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*". Tüm özgürlükler için söz konusu olduğu üzere, ifade özgürlüğü de sınırsız değildir ve Anayasa'nın 13., 14. ve 25. maddelerinde düzenlenen sınırlama rejimine tâbidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre ise, "*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar*". Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, "*yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için*" bu özgürlüğün sınırlandırılabilirliği ve yaptırıma bağlanabileceği öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında, "*demokratik toplumun temellerinden biri olup toplumun gelişmesi ve bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi için vazgeçilmez koşullar arasında yer alır. Hakikat ışığı fikirlerin çarpışmasından doğar. Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Aynı şekilde birey özgün kişiliğini düşüncelerini serbestçe ifade edebildiği ve tartışabildiği bir ortamda gerçekleştirebilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir*"⁸¹ demek suretiyle, ifade özgürlüğünün önemini vurgulamıştır.

⁸⁰ KAPANİ, s. 6.

⁸¹ AYM, *Emin Aydın*, Başvuru no: 2013/2602, 23.01.2014, § 41, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2602>, (E.T. 05.07.2022); AYM, *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, Başvuru no: 3986, 02.04.2014, § 34, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3986>, E.T. (07.07.2022); AYM, *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri*, Başvuru no: 2014/4705, 29.05.2014, § 38, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4705>, (E.T. 07.07.2022).

Anayasa Mahkemesi ayrıca çeşitli kararlarında AİHM'nin *Handyside/Birleşik Krallık*⁸² kararına atıfta bulunarak, “*İfade özgürlüğünün sözü edilen toplumsal ve bireysel işlevini yerine getirebilmesi için, AİHM'nin de ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında sıkça belirttiği gibi, sadece toplumun ve devletin olumlu, doğru ya da zararsız gördüğü “haber” ve “düşüncelerin” değil, devletin veya halkın bir bölümünün olumsuz ya da yanlış bulduğu, onları rahatsız eden haber ve düşüncelerin de serbestçe ifade edilebilmesi ve bireylerin bu ifadeler nedeniyle herhangi bir yaptırıma tabi tutulmayacağından emin olmaları gerekir. İfade özgürlüğü, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin temeli olup bu özgürlük olmaksızın “demokratik toplumdan” bahsedilemez*”⁸³ değerlendirmesinde bulunmaktadır.

Kural olarak, çoğulcu özgürlükçü demokrasilerde düşünce suçuna yer yoktur ancak ifade özgürlüğü sınırsız olmayıp, faşizm, ırkçılık, ayrımcılık, savaş propagandası veya nefret içerikli ifadeler ifade özgürlüğü alanına girmemektedir⁸⁴. AİHM içtihadında da ifade özgürlüğü mutlak olmayıp, özellikle nefret söylemi söz konusu olduğunda bu durum ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemekte ve ifade özgürlüğünün bir istisnası olarak görülmektedir⁸⁵.

Nefret söyleminin genellikle toplumda azınlık durumunda olan gruplara yönelik olarak gerçekleştiği düşünüldüğünde, devlet tarafından etkili bir koruma sağlanmadığı durumda ve ifade özgürlüğü adına nefret söylemi içeren ifadeler koruma gördüğünde, ifade özgürlüğü gerçekte taşıması gereken anlamı taşıyamayacaktır⁸⁶. Çünkü farklı kimliklere sahip grupların bulunduğu demokratik bir toplumda herkesin kimliğine saygı duyulmasını sağlamak devletin pozitif yükümlülükleri arasındadır⁸⁷.

⁸² Söz konusu kararın ilgili kısmı şöyledir: “İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan olan demokratik toplumun asıl temellerinden birisini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, [Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin] AİHS'in 10. maddesinin ikinci fıkrasına bağlı olarak, yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görülen bilgi ve düşünceler için değil, aynı zamanda devletin veya toplumun bir bölümü için saldırgan, şok edici veya rahatsız edici bilgi ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir ki; bunlar olmaksızın demokratik toplumdan söz etmek mümkün değildir. Bu durum, diğer hususların yanı sıra, söz konusu alanda uygulanan her ‘resmiyet’, ‘koşul’, ‘kısıtlama’ ya da ‘cezanın’ hedeflenen meşru amaçla orantılı olması gerektiği demektir”, AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, Başvuru no: 5493/72, 07.12.1976, § 49, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_TUR.pdf

⁸³ AYM, Emin Aydın, Başvuru no: 2013/2602, 23.01.2014, § 42, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/2602>, (E.T. 08.08.2022); AYM, Yaman Akdeniz ve diğerleri, Başvuru no: 2014/3986, 2.4.2014, § 35, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/3986>, (E.T. 09.08.2022).

⁸⁴ TANÖR, YÜZBAŞIOĞLU, s. 163.

⁸⁵ KARAN, s. 7.

⁸⁶ KARAN, s. 26-27.

⁸⁷ KARAN, s. 27.

İnternette ifade özgürlüğü ise yeni bir özgürlük değil, mevcut bir insan hakkının yeni bir mecrayı içine alacak şekilde genişletilmesi anlamına gelmektedir⁸⁸. Bu özgürlük, fikir özgürlüğü, bilgi özgürlüğü, basın ve ağ özgürlüğü, uluslararası iletişim özgürlüğü, sanatsal ifade özgürlüğü, kültürel ifade özgürlüğü, bilim özgürlüğü, “anonimlik hakkı” ve bilgi uçurma (whistle-blowing) hakkından oluşmaktadır⁸⁹. Diğer yandan internete erişim hakkı da çevrimiçi ifade özgürlüğü ile yakından ilgilidir. Çünkü internete erişim kısıtlandığı takdirde insanlar, ifade özgürlüğünün yanı sıra çevrimiçi toplanma ya da bilgi alma hakkını tam anlamıyla kullanamayacaktır⁹⁰. İnternete erişimin engellenmesi, Arap Baharı sırasında Mısır’da yapıldığı üzere internetin tamamen kesilmesi şeklinde olabileceği gibi⁹¹, aşağıdaki Anayasa Mahkemesi kararlarında görüldüğü üzere belirli bir internet sitesinin tamamına yönelik olarak bir kamu otoritesi tarafından da gerçekleştirilebilir.

İnceleme konumuz kapsamında, Anayasa Mahkemesi’nin ve AIHM’nin henüz spesifik bir biçimde sosyal ağ platformlarında anonimliği davanın esas konusu olarak ele alan ve Anayasa veya AIHS’nin getirdiği güvence ve sınırlamalar çerçevesinde işleyen bir kararını tespit etmediğimizi belirtmek isteriz. Bahsi geçen bu niteliklere sahip kararlara rastlanamamasının nedeni ülkemizde ve AIHS’yi imzalamış ülkelerde anonim hesapların yasaklanmasına yönelik bir düzenlemenin olmayışı olsa gerektir. Bu nedenle yalnızca internette ifade özgürlüğüne ilişkin bazı kararlara atıf yapabiliyoruz. Ancak internette ifade özgürlüğü kavramı, genel kapsamlı bir ifade olmasından dolayı, doğal olarak anonim hesapların yasaklanması durumunda ortaya çıkacak ifade özgürlüğü sorununu da kapsar.

Sosyal ağ platformları hususunda, Anayasa Mahkemesi’nin yaptığı tanıma göre “*sosyal medya, ağ içeriğini oluşturmak yayınlamak ve yorumlamak şeklinde bireysel katılıma imkân veren, şeffaf ve karşılıklı iletişim kurulan bir platformdur*”⁹². Yüksek Mahkeme ayrıca sosyal medyanın dünyadaki tüm kullanıcıların bir arada iletişime geçebildiği yorum, mesaj, bilgi, eleştiri, satış ve tanıtımların yapıldığı etkili bir alan haline geldiğini ve internetin sağladığı sosyal medya zemininin kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma, yayma ve haberleşmeleri için vazgeçilmez nitelikte olduğunu belirtmektedir⁹³.

⁸⁸ BENEDEK, KETTEMANN, s. 166.

⁸⁹ BENEDEK, KETTEMANN, s. 12-28.

⁹⁰ BENEDEK, KETTEMANN, s. 33.

⁹¹ BENEDEK, KETTEMANN, s. 111.

⁹² AYM, *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, Başvuru no:2014/3986, § 40.

⁹³ AYM, *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, Başvuru no:2014/3986, § 40.

Anayasa Mahkemesi, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından Twitter.com sitesine erişimin tamamen engellenmesine ilişkin karar için yapılan başvuru üzerine 02.04.2014 tarihinde verdiği kararında ifade özgürlüğünün kapsamını şu şekilde tanımlamaktadır: “ (...) ifade özgürlüğü sadece düşünce ve kanaate sahip olma özgürlüğünü değil, aynı zamanda sahip olunan düşünce ve kanaati (görüşü) açıklama ve yayma, buna bağlı olarak haber veya görüş alma ve verme özgürlüklerini de kapsamaktadır”⁹⁴. Yüksek Mahkeme yine aynı kararda, söz konusu engelleme kararının yalnızca muhataplarına uygulanması gerekirken, twitter.com sitesini kullanan tüm kullanıcıların siteye erişiminin engellenmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ağır bir biçimde ihlal edildiğini ifade etmiştir⁹⁵. Anayasa Mahkemesi’nin benzer gerekçelerle AİHS’nin 10. maddesinin ihlaline hükmettiği başka kararları da vardır⁹⁶.

Binlerce yayın içeren sitelerin ve bu arada sosyal ağ platformlarının tek bir yayındaki suç şüphesi sebebiyle bütünüyle erişime kapatılması her şeyden önce 5651 sayılı yasanın normatif düzenlemesine aykırıdır⁹⁷. Belirli bir yayın nedeniyle internet sitesine erişimin tamamen engellenmesi, uygulanan tedbiri, bir tedbir olmaktan çıkarıp, bir yaptırım haline getirmekte ve bu durum hem yasaya hem de anayasadaki ölçülülük ve hakkın özüne dokunmama ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır⁹⁸.

Aslında erişimin engellenmesi tedbirinin amacını aşan bir biçimde kullanılmasına ilişkin olarak burada değindiğimiz söz konusu Anayasa Mahkemesi kararları, erişim engelleme tedbiri ile ilgili olarak ortaya çıkmış bazı sorunları ortaya koyan ancak çalışmamızı doğrudan ilgilendirmeyen kararlardır. Bununla birlikte, internette ifade özgürlüğü ile ilgili önemli kararlar olmaları nedeniyle değinme gereği duyulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, ilke olarak, ifade özgürlüğü ile ilgili yerleşmiş içtihadını internet bakımından da uygulamaktadır⁹⁹. Bu nedenle, zaman içerisinde oluşmuş çok

⁹⁴ AYM, *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, Başvuru no:2014/3986, § 33.

⁹⁵ AYM, *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, Başvuru no:2014/3986, § 49.

⁹⁶ “Mevcut durumda erişimin engellenmesi tedbiri sürekli hâle gelmiştir. Bu şekilde süresiz hale gelen kısıtlamaların -internet sitesinin tamamına erişimin engellendiği de dikkate alındığında- ifade özgürlüğü üzerinde oldukça orantısız bir müdahale teşkil edeceği açıktır.”, AYM, *Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri*, Başvuru no: 217/22355, 26/12/2019, § 96, <https://www.anayasa.gov.tr/media/6426/2017-22355.pdf>, (E.T. 21.09.2022); AİHS’nin 10. maddesinin ihlaline ilişkin olarak ayrıca bkz, AİHM, *Yıldırım/Türkiye*, Başvuru no: 3111/10, 18/12/2012, § 49, <https://hudoc.echr.coe.int>.

⁹⁷ DÜLGER, BECENİ, s. 14.

⁹⁸ DÜLGER, BECENİ, s. 14.

⁹⁹ BENEDEK, KETTEMANN, s. 39.

sayıda içtihat internetle ilgili davalar için de geçerlidir, ancak AİHM bu kapsamda internetin kendine özgü niteliklerini de dikkate almaktadır¹⁰⁰.

Bu çerçevede, AİHM, yukarıda değindiğimiz 2015 tarihli *DELFI AS/Estonya* ve 2021 tarihli *Standard Verlagsgesellschaft MBH/Avusturya* kararlarında, internet kullanıcılarının kimliklerini açıklamamadaki menfaatini dikkate aldığını, anonimliğin eskiden beri misilleme veya istenmeyen ilgiden kaçınmanın bir yolu olduğunu ve bu nedenle, özellikle internette bilgi ve fikirlerin serbest akışını büyük ölçüde teşvik etmesinin muhtemel olduğunu belirtmektedir¹⁰¹. AİHM bununla birlikte, anonimliğin mutlak bir hak olmadığını, bilgilerin internette yayılmasının kolaylığı, kapsamı ve hızı ile bu ortamda yayımlandıktan sonraki kalıcı niteliğini gözden kaçırmadığını ve bu hususların, internette dolaşan hukuka aykırı ifadelerin etkilerini geleneksel medyada yayınlananlara kıyasla önemli ölçüde ağırlaştırabileceğini de belirtmiştir¹⁰².

AİHM ayrıca, *Standard Verlagsgesellschaft MBH/Avusturya* kararında da, Sözleşme'nin internette anonimlik için mutlak bir hak sağlamadığını ifade etmiştir¹⁰³. AİHM'nin bu şekilde belirttiği üzere, çevrimiçi anonimlik mutlak bir hak değildir ve belirli ihlal durumlarında doğal olarak anonim hesabın ardındaki kişinin tespiti gerekir. Diğer yandan anonimliğe getirilecek tüm kısıtlamaların AİHS'nin 10. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uygulamalarıyla geliştirilen kriterlerine uyması gereklidir¹⁰⁴. Buna göre, ifade özgürlüğünü kısıtlayan her tür önlem yasayla öngörülmüş olmalı, bir ya da daha fazla meşru amacı güdüyor olmalı ve demokratik bir toplum açısından gerekli olmalıdır.

AİHM'nin *DELFI AS/Estonya* ve *Standard Verlagsgesellschaft MBH/Avusturya* kararlarında incelenen anonimlik, biri bir haber portalı diğeri bir gazetenin online versiyonu olan internet sitelerinde bazı kullanıcıların içeriğin en alt kısmındaki yorumlarını anonim bir şekilde (takma isimler aracılığıyla) yapmalarına ilişkindir. Bu kararlar, inceleme konumuzu en doğrudan biçimde ilgilendiren kararlardır. AİHM bu kararlarda, internette herkese açık (sosyal)

¹⁰⁰ BENEDEK, KETTEMANN, s. 39.

¹⁰¹ AİHM, *DELFI AS/Estonya*, § 147; AİHM, *Standard Verlagsgesellschaft MBH/Avusturya*, § 76.

¹⁰² AİHM, *DELFI AS/Estonya*, § 147.

¹⁰³ AİHM, *Standard Verlagsgesellschaft MBH/Avusturya*, § 75, “Mahkeme, bilginin internette yayılmasının kolaylığı, kapsamı ve hızı ile bu tür bilgilerin bir kez açıklandıktan sonraki kalıcılığını gözden kaçırmamaktadır; bu husus, geleneksel medyaya kıyasla hukuka aykırı ifade beyanının etkilerini önemli ölçüde ağırlaştırabilir (bkz. yukarıda anılan Delfi, § 147). Bu nedenle, Sözleşmenin Internette anonimlik için mutlak bir hak sağlamadığı konusunda Hükümet ile aynı fikirdedir (...).”, “Internette anonimlik önemli bir değer olmasına rağmen, Mahkeme, düzensizliğin veya suçun önlenmesi veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi diğer meşru zorunlulukları bazen dikkate alması gerektiğinin farkındadır”.

¹⁰⁴ BENEDEK, KETTEMANN, s. 28.

bir ortam olan haber sitelerinde takma bir isim ardında paylaşım yapılması ile ifade özgürlüğü ilişkisini değerlendirmektedir. Dolayısıyla AİHM'nin bu yaklaşımının sosyal ağ platformlarında anonim hesaplar için de geçerli olduğunu ve önüne gelecek spesifik bir davada, bu platformlarda takma isim ardında kendini ifade etme özgürlüğünün korunması gereken ancak sınırsız olmayan bir özgürlük olduğu biçiminde bir değerlendirme yapacağını ileri sürmek yanlış olmayacaktır.

Sonuç olarak, sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanması, kullanıcıların bu platformlarda kendilerini herkese açık veya anonim olarak ifade etme konusunda herhangi bir tercih hakkı bırakmayacak şekilde kısıtlamasından dolayı ifade özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale teşkil edecektir.

C. Yasaklamanın Kişisel Verilen Korunması Bakımından Doğuracağı Olumsuz Sonuçlar

Anonim hesapların yasaklanması girişimlerinin bir diğer boyutu ise kişisel verilerin korunması ile doğrudan ilgilidir. Kişisel verilerin korunması hakkı aslında eskiden beri var olmakla birlikte, günümüzde çok hızlı değişen ve gelişen teknoloji ile birlikte daha görünür hale gelmiş ve kapsamı genişlemiş olan bir haktır¹⁰⁵. Kişisel verilerin korunması hakkı, uzun bir süre “özel hayatın gizliliği” veya “özel hayata ve aile hayatına saygı” başlıkları altında değerlendirilmekle birlikte, zamanla bu hakların kapsamlarının birbirinden farklılığı kabul edilmiş ve “kişisel verilerin korunması hakkı” temel haklar içerisinde, ayrı ve bağımsız bir hak olarak değerlendirilmeye başlanmıştır¹⁰⁶.

Kişisel verilerin korunması, sosyal ağ platformlarının gelişmesi ve internet kullanıcılarının gönüllü ya da istemsiz olarak internette bıraktığı izlerle birlikte kırılgan hale gelmektedir¹⁰⁷. Diğer yandan kişisel veriler, birincil amacı kamu yararı olmayan ve her şeyden önce kâr etmek hedefini güden, her biri birer küresel şirket olan sosyal ağ platformları için öncelikle ekonomik bir değere sahiptir. Sosyal ağ platformları, kullanıcılara ait hesap veya profil bilgileri, kullanıcıların yaptıkları paylaşımlar, ilgi alanları gibi hususları içeren kişisel verilerin depolanmasına ve bu platformların ve onların yetkilendirdiği şirketler tarafından işlenmesine olanak tanıyan devasa bir veri bankası gibi işlev görmektedir¹⁰⁸. Bu platformlardan elde edilen verilerden, veri madenciliği yöntemiyle ticaret, reklamcılık gibi çeşitli alanlar

¹⁰⁵ DÜLGER, s. 73.

¹⁰⁶ DÜLGER, s. 73.

¹⁰⁷ HARIVEL, s. 387.

¹⁰⁸ ÖZDEMİR, DOĞANAY, s. 307.

açısından değerli bilgiler çıkarılmaktadır¹⁰⁹. Anonim hesapların yasaklanması kapsamında kimlik doğrulama zorunluluğu getirilmesi, sosyal ağ platformu kullanıcılarının ad-soyadı, kimlik numarası, fotoğraf gibi çok hassas verilerinin, kişisel verilerin korunması konusunda, aşağıda görüleceği üzere, sicili pek de temiz olmayan bu platformlara verilmesi anlamına gelecektir.

Buna ek olarak, sosyal ağ platformlarında özellikle kişisel verilerin ne ölçüde garanti altına alındığı, sosyal medya şirketlerinin bu konudaki sorumlulukları ve nihayetinde bireylerin haklarını korumakla yükümlü olan devletin bu konudaki sorumlulukları yeterince tartışılmış hususlar değildir¹¹⁰.

Cambridge Analytica skandalı, sosyal ağ platformlarının elde ettiği kişisel verilerin korunması sorunu konusundaki en çarpıcı örnektir. Cambridge Analytica skandalı, 87 milyon Facebook kullanıcısının kişisel bilgilerinin Cambridge Analytica şirketi tarafından izinsiz bir şekilde alınması ve şirketin bu verileri, ABD'deki seçim kampanyalarında desteklediği taraflar için kullanması olarak özetlenebilir¹¹¹. Kullanıcıların bilgisi ve izni dışında alınan bu veriler, siyasetçilerin bölgesel veya şehir bazlı olarak internet reklamları yayınlamasına ve politik söylemler geliştirmelerine imkân tanımıştır¹¹².

Ülkemizde kişisel verilerin korunması göreceli olarak yeni bir kanun olan 24 Mart 2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun¹¹³ hükümleriyle sağlanmaktadır. Kanunun 1. maddesine göre “*Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir.*”

Söz konusu Kanunun 3. maddesine göre veri sorumlusu “*Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi, ifade eder.*” Dolayısıyla 6698 sayılı Kanun uyarınca sosyal ağ platformları da birer veri sorumlusudur.

Kanunun 12. maddesi ile ise, veri sorumlularına kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesini ve kişisel verilere hukuka aykırı şekilde erişimi engelleme, ayrıca kişisel verilerin muhafazasını sağlama yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu çerçevede her biri Kişisel Verileri

¹⁰⁹ ÖZDEMİR, DOĞANAY, s.307.

¹¹⁰ KENT, s. 5.

¹¹¹ ÖZDEMİR, s. 25.

¹¹² AKSOY, TÜRKÖLMEZ, s. 48.

¹¹³ RG, T: 07.04.2016 S:29677, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407-8.pdf>.

Koruma Kanunu uyarınca birer veri sorumlusu niteliği taşıyan Facebook, Twitter, Youtube gibi sosyal ağ platformlarının, meşru ve hukuka uygun olması gereken kullanıcı verilerini işleme amaçlarını açık ve net bir şekilde belirlemesi gerekmektedir¹¹⁴. Bu husus, sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanması varsayımında, kullanıcıların kimliklerini doğrulamaya yönelik olarak bu platformlara sunacakları bilgiler, hem nitelik hem çeşitlilik bakımından artacağından daha da büyük bir önem taşımaktadır.

Anonim hesapların yasaklanması ve kişisel verilerin korunması kapsamında burada 29.07.2020 tarihli ve 7253 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4. maddenin (6). fıkrasından da söz etmek gerekmektedir. Söz konusu kanun hükmüne göre *“Türkiye’den günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt içi veya yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıların, Türkiye’deki kullanıcıların verilerini Türkiye’de barındırma yönünde gerekli tedbirleri alacağı”* şeklinde bir yükümlülük getirilmiştir. 7253 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde bu neden böyle bir yükümlülük öngörüldüğü ise açıklanmamıştır. Yasa koyucu bu düzenlemeyle, Türkiye’deki kullanıcıların kişisel verilerinin yurtdışına aktarılmasının engellenmesi suretiyle korunmasını amaçlamış olabilir¹¹⁵. Diğer yandan, bu düzenlemenin nedeninin, kimliği tespit edilemeyen sosyal ağ kullanıcıları ile ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda adli makamların muhatap bulamaması ve söz konusu kullanıcıların kimlik bilgilerine erişilememesi olduğu da ileri sürülmüştür¹¹⁶. Diğer yandan, söz konusu düzenleme, sosyal ağ kullanıcılarının kişisel verilerinin Türkiye’de depolanması sağlanarak, gerektiğinde bu verilere kullanıcıların rızası dışında erişme amacıyla getirildiyse, bu durumda Anayasa’nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ilkesi ihlal edilmiş olacaktır¹¹⁷.

Diğer yandan, 5651 sayılı Kanun’da, hangi kullanıcı verilerinin Türkiye’de barındırma yükümlülüğü kapsamına girdiği hususu da belirtilmemiştir. Dolayısıyla ister sosyal ağ kullanıcılarının hesap bilgileri ister kullanıcıların oluşturduğu içeriklerin bu durumda kullanıcı verileri kavramının kapsamına girdiği söylenebilir. BTK tarafından kararlaştırılan Sosyal Ağ Sağlayıcı Hakkında Usul ve Esaslar’ın¹¹⁸ 13. maddesinin 2. fıkrasında ise söz konusu kullanıcı verilerinin *“temel kullanıcı bilgileri”* ve *“Kurum tarafından bildirilebilecek hususlara ilişkin veriler”*den oluştuğu görülmektedir.

¹¹⁴ KULULAR İBRAHİM, s. 10.

¹¹⁵ ARSLAN, ÖZEL, s. 279.

¹¹⁶ UÇAR, s. 374.

¹¹⁷ ARSLAN, ÖZEL, s. 280.

¹¹⁸ RG, T: 01.04.2023, S: 32150, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230401-13.pdf>.

Kişisel veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesinin (1). fıkrasının d) bendine göre "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi" ifade ettiğine göre, 5651 sayılı Kanun kapsamında Türkiye'de saklanacak verilerden kullanıcı adı, telefon numarası, e-mail adresi, profil resmi gibi kullanıcı verileri de birer kişisel veridir. Sosyal ağ platformlarında anonim hesapların yasaklanması halinde ise bu verilerin belgelerle veya doğrulama yöntemleriyle doğrulanması gerekecek ve bu verilere, örneğin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası gibi yeni kişisel veriler eklenecektir.

Diğer yandan, kişisel verilerin Türkiye'de barındırılması yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde ne gibi bir yaptırım uygulanacağı, 13.10.2022 tarihli ve 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişikliğe kadar 5651 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. Yapılan değişiklikle birlikte, sosyal ağ sağlayıcının 5651 sayılı Kanun'un Ek 4. maddesinin (6) numaralı fıkrasındaki yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, (20) numaralı fıkra göre bir önceki takvim yılındaki küresel cirosunun yüzde üçüne kadar idari para cezası verilmesi BTK Başkanı'nın takdirine bırakılmıştır. Sosyal ağ platformları bu gibi çok ciddi cezalar öngörülmesine rağmen, uyum sağlamak için kendilerine tanınan sürenin yetersiz olduğunu belirtmiştir¹¹⁹.

Kamuoyunda çeşitli tartışmalara yol açan ancak herhangi bir değişikliğe uğramayarak kanunlaşan 13.10.2022 tarihli ve 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5651 sayılı Kanun'un Ek 4. maddesinin (4) numaralı fıkrasına yapılan eklemeye, yukarıda da belirtildiği üzere, sosyal ağ sağlayıcının BTK tarafından talep edilen çeşitli bilgileri BTK'ya vermekle yükümlü olduğu öngörülmüştür. Düzenleme, kişisel verilerin bu şekilde kişinin rızası dışında paylaşılmasını kamu yararına yönelik meşru bir amaç dâhilinde sınırlayan herhangi bir ifade içermemesi yönünden eleştirilmiştir¹²⁰. Bu nedenle, BTK'nın kişisel verilere sınırsız bir şekilde ve keyfi olarak ulaşması riskinin ortaya çıktığı ifade edilmiştir¹²¹. Bu çerçevede tamamen BTK Başkanının takdirine bırakılmış bir önceki takvim yılındaki küresel cirosunun yüzde üçüne kadar idari para cezası gibi ağır yaptırımlar karşısında

¹¹⁹ Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Yasama dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, s.28, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf>, (E.T. 23.10.2022).

¹²⁰ Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Yasama dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, s.94, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf>, (E.T. 23.10.2022).

¹²¹ Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Yasama dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, s.94, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf>, (E.T. 23.10.2022).

sosyal ağ platformlarının, başvuracakları itiraz mekanizmalarının da sonuçsuz kalması durumunda, ülkemizdeki faaliyetlerine son verme riski bulunmaktadır.

13.10.2022 tarihli ve 7418 sayılı Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 5651 sayılı Kanun'da yapılan başka bir değişiklik ise Ek 4. maddenin (4) numaralı fıkrasında belirtilen sosyal ağ sağlayıcıların kullanıcılara kişisel verilerinin kullanılmasını sınırlandırma seçeneği sunma konusunda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğüne ilişkindir. Bu yükümlülüğün yaptırımı ise 5651 sayılı Kanun'un Ek 4. maddesinin (8) numaralı fıkrasında öngörülmüştür. Buna göre, (4). fıkradaki yükümlülüklerini yerine getirmeyen sosyal ağ sağlayıcıya BTK Başkanı tarafından on milyon Türk lirası idari para cezası verilecektir.

Kişisel verilerin korunması ile yakından ilgili bu değişikliklerin herhangi bir geçiş süreci öngörülmezsizin nasıl uygulanacağı ve nasıl sonuçlar vereceği zamanla görülecektir.

Sonuç olarak, sosyal ağ platformlarında anonim isimli hesapların yasaklanması halinde sosyal ağ platformları çok daha fazla ve doğrulanmış kişisel veriye sahip olacak ve bu durum da büyük bir ticari değer taşıyan bu verileri çeşitli amaçlarla kullanmak isteyebilecek olan sosyal ağ platformlarına emanet etmek anlamına gelecektir. Ayrıca yukarıda görüldüğü üzere, anonim hesapların yasaklanması durumunda, BTK'nın sınırsız bir şekilde erişebileceği verilerin niteliği ve hacmi artacaktır.

SONUÇ

Bu makalede esas olarak sosyal ağ platformlarında anonim hesap adı kullanılabilmesi imkânının yasaklanması varsayımında bunun ne gibi sakıncaları olacağı ve aslında ülkemiz açısından gerekli de olmadığı incelenmeye çalışılmıştır. Bununla birlikte inceleme konusu, ülkemizde bu çerçevede yürürlükte olan yasaklayıcı bir düzenleme olmadığından varsayımsal bir temele dayanmaktadır. Diğer yandan temel hak ve hürriyetlerin anayasal güvence altında olduğu bir hukuk devleti olan ülkemizde anonim hesapların gelecekte bir gün yasaklanması halinde, söz konusu yasağın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilme olasılığı doğacaktır. Diğer yandan, bu yönde verilen çeşitli kanun teklifleri de kanunlaşmamıştır.

Ancak sosyal ağ platformlarında anonim hesaplar ile ilgili olarak ileri sürülen ve bu tür hesapları genellemeci bir yaklaşımla suç ile özdeş olarak sunan bazı görüşler var oldukça yasaklama girişimleri de olacaktır. Bu nedenle, bu metnin yazılma gerekçelerinden biri sosyal ağ platformlarında anonim hesapların varlığının kaygı duyulacak bir husus olmadığını ortaya koymak olmuştur. Çalışmada belirtildiği üzere, hukuk sistemimizde içerik çıkarma ve erişim

engelleme gibi etkin tedbirler mevcut olduğuna göre, bu durum anonim hesapların yasaklanmasının önünde doğal bir engel teşkil etmelidir.

Diğer yandan yasaklamaya yönelik tutumların önünde anayasal engel de bulunmaktadır. İfade özgürlüğü ve kamu düzenini sağlama arasında bir denge kurulması zorunluluğunun doğurduğu engelin yanı sıra, kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek sorunlar da anonim hesapların yasaklanmasının önünde bir engel oluşturmaktadır.

Ayrıca anonimliğin yasaklanması, suç işlemek kastı dışında nedenlerle anonim kalmayı tercih eden kullanıcıların kendilerini ifade etme konusunda çekingen davranmalarına ve oto sansür uygulamalarına ya da sosyal ağ platformlarını terk etmelerine yol açabilecektir. Son olarak, sosyal ağ platformlarında anonim hesap olgusuna, kullanıcıların kamuya açık kimliklerini özgürce seçebilmeleri hakkı penceresinden bakılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ABITEBOUL, S. ve d. (2019). Créer un cadre français de responsabilisation des réseaux sociaux: agir en France avec une ambition européenne, Rapport de mission « Régulation des réseaux sociaux – Expérimentation Facebook ». Paris.
- AKSOY, A., TÜRKÖLMEZ, O. (2020). Dijital çağa demokrasiyi çağırmak: Cambridge Analytica skandalı. *Journal of Political Administrative and Local Studies*, 3 (1), s. 41-59.
- ARSLAN, Ç., ÖZEL, K. C. (2021). Dillere Pelesenk Bir Tartışma: “Sosyal Medya Düzenlemeleri” (Dünü, Bugünü ve Yarını). *Ankara Barosu Dergisi*, 79 (3), s. 255-284.
- ARTICLE 19. (2015). Le droit à l’anonymat en ligne. Londra.
- BENEDEK, W., KETTEMANN, M. C. (2013). İfade özgürlüğü ve internet. Ankara.
- CONSEIL D’ÉTAT (2022). Les réseaux sociaux: enjeux et opportunités pour la puissance publique. Paris.
- DÜLGER, M. V., BECENİ, Y. (2011). Türkiye’de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler. Ankara.
- DÜLGER, M. V. (2019). Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü bağlamında kişisel verilerin korunması. *Yaşar Hukuk Dergisi*, 1 (2), s. 71-174.
- EDWARD, J. S. (2022). Internet Law. Alphen aan den Rijn.
- HARIVEL, J. (2018). Libertés publiques, libertés individuelles: Risques et enjeux de la société numérique. Paris.
- KAPANİ, M. (1993). Kamu Hürriyetleri (7. b.). Ankara.
- KARAN, U. (2018). İfade Özgürlüğü- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru. Ankara.
- KAYA, M. B. (2021). İnternet Hukuku (2. b.). İstanbul.
- KENT, B. (2020). Alman hukukunda sosyal ağların düzenlenmesi ve Alman Sosyal Ağ Kanunu. *Bilişim Hukuku Dergisi*, 2020/1, s. 1-46.
- KOCAGÖZ ÖZCAN, M. (2020). Küçüklerin ve Kısıtlıların Kişisel Verilerinin Korunması. Ankara.
- KULULAR İBRAHİM, M. A. (2022). Sosyal medyaya yönelik yeni düzenlemelerin hukuken değerlendirilmesi. *Bilişim Hukuku Dergisi*, 4 (1), s. 1-32.

- NAKAAYI, A. (2023). Case Studies on Anti-Social Media Laws in African Countries, in. Digital dissidence and social media censorship in Africa. (Ed. Farooq A. Kperogi). Londra ve New York.
- ÖZDEMİR, S. S., DOĞANAY, Z. (2019). Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7 (13), s. 295-337.
- ÖZDEMİR, U. (2022). Facebook-Cambridge Analytica Skandalının Katılımcı Kültür, Dijital Emek Sömürüsü ve Mahremiyetin İhlali Çerçevesinde İncelenmesi. Egemia Ege Üniversitesi İletişim Fakültesi Ağ ve İletişim Araştırmaları Hakemli E-Dergisi, (10), s. 22-34.
- ROWLAND, D., KOHL, U., CHARLESWORTH, A. (2017). Information Technology law (5. b.). Londra ve New York.
- SARIYAR, H. (2019). Dijital çağda kimliğin kavramsallaştırması ve gerçeklik: Twitter parodi hesapları. İstanbul.
- SCHMITZ, S. (2013). Facebook's Real Name Policy: Bye-Bye, Max Mustermann?. JIPITEC 3, 4 (2013), s. 190-204.
- TANÖR, B., YÜZBAŞIOĞLU, N. (2009). 1982 Anayasası'na Göre Türk Anayasa Hukuku (9. b.). İstanbul.
- UÇAR, J. (2021). İnternet Ortamında İfade ve Basın Özgürlüğü. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7 (2). s. 349-381.
- UZUN, H. (2016). Sosyal Medyanın Bilgi Kalitesine Etkisi: Sahte Hesaplar. Akademia Sosyal Bilimler Dergisi, 2 (1), s. 1-31.

İnternet Kaynakları

- 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2844.pdf>, (E.T. 01.09.2022).
- 5651 Sayılı Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4130.pdf>, (E.T. 01.09.2022).
- 76 sayılı 5651 sayılı Kanun'da ve bazı kanunlarda değişiklik yapılması hakkındaki Kanun Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-4130.pdf>, (E.T. 01.09.2022).
- Alican sıcak gelişme, <https://twitter.com/alicanteee>, (E.T. 06.03.2022).

- Basın Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4471) ile Dijital Mecralar Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları, Yasama dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss340.pdf>, (E.T. 23.10.2022).
- China to ban online impersonation accounts, enforce real-name registration, 4 Şubat 2015, <https://www.reuters.com/article/us-china-internet-censorship-idUSKBN0L80ZF20150204>, (E.T. 14.05.2022).
- CNIL, 10 conseils pour rester net sur le web, 07 Mart 2016, <https://www.cnil.fr/fr/10-conseils-pour-rester-net-sur-le-web>, (E.T. 20.05.2023).
- Code of Practice on Disinformation, <https://digital-strategy.ec.europa.eu/fr/library/2018-code-practice-disinformation>, (E.T. 31.01.2022).
- Community Support FYI: Improving the Names Process on Facebook, 15.12.2015, <https://about.fb.com/news/2015/12/community-support-fyi-improving-the-names-process-on-facebook/>, (E.T. 18.06.2022).
- Çukurova Üniversitesi Twitter resmi hesabı, <https://twitter.com/cuhabermerkezi>, (E.T. 30.05.2023).
- Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, <https://rm.coe.int/16805dfbe1>, (E.T. 02.02.2022).
- Eric Ciotti veut lever l'anonymat sur les réseaux sociaux, son amendement retoqué, 20.06.2019, <https://francais.rt.com/france/63138-eric-ciotti-veut-lever-anonymat-reseaux-sociaux-amendement-retoque>, (E.T. 14.04.2022).
- Hakima Bounemoura, Peut-on lever l'anonymat sur les réseaux sociaux ?, 24.01.2021, <https://www.20minutes.fr/high-tech/2959375-20210124-peut-lever-anonymat-reseaux-sociaux-deputes-veulent-lancer-reflexion-faisabilite-consequences>, (E.T. 14.04.2022).
- İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2655.pdf>, (E.T. 02.09.2022).
- Kullanıcı adınız, https://tr-tr.facebook.com/help/1740158369563165/?helpref=related_articles, (E.T. 30.05.2023).

- New plans to protect people from anonymous trolls online, 25.02.2022, <https://www.gov.uk/government/news/new-plans-to-protect-people-from-anonymous-trolls-online>, (E.T. 08.05.2022).
- Priti Patel suggests scrapping anonymity online amid 'relentless' abuse of MPs, 17 Ekim 2021, <https://www.mirror.co.uk/news/politics/priti-patel-suggests-scrapping-anonymity-25233156>, (E.T. 15.09.2022).
- RG, T:18.10.2022, S: 31987, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2022/10/20221018-1.htm>.
- RG, T:30.11.2007, S: 26716, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/11/20071130-6.htm>.
- RG, T:23.05.2007, S:26530, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523-1.htm>.
- RG, T:31.07.2020, S:31202, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm>.
- RG, T: 07.04.2016 S:29677, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/04/20160407-8.pdf>
- RG, T: 01.04.2023, S: 32150, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/04/20230401-13.pdf>
- South Korea's real-name net law is rejected by court, 23 Ağustos 2012, <https://www.bbc.com/news/technology-19357160>, (E.T. 13.11.2022).
- Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, (E.T. 03.03.2023).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Dijital Mecralar Komisyonu Tutanak Dergisi, Dönem:27, Yasama yılı: 5, https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/komisyon_tutanaklari.goruntule?pTutanakId=2849, 4 Kasım 2021, s. 12, (E.T. 03.03.2022).
- Twitter kullanıcı adınızı değiştirme, <https://help.twitter.com/tr/managing-your-account/change-twitter-handle>, (E.T. 30.05.2023).
- Twitter'da mavi onay işareti alma, <https://help.twitter.com/tr/managing-your-account/about-twitter-verified-accounts>, (E.T. 04.05.2022).
- Yanıltıcı ve aldatıcı kimlikler politikası, <https://help.twitter.com/tr/rules-and-policies/twitter-impersonation-and-deceptive-identities-policy>, (E.T. 24.03.2023).



TRAFİK KAZASI NETİCESİNDE YARALANAN HAYVANLARIN TEDAVİ MASRAFLARININ KARAYOLLARI MOTORLU ARAÇLAR ZORUNLU MALİ MESULİYET SİGORTASI KAPSAMINDA KARŞILANMASI*

Covering The Costs of Treatment Expenses of Animals Injured as a Result of an Accident in Traffic within The Scope of Compulsory Financial Liability Insurance of Highways Motor Vehicles

Tansel ÖBELİK*

ÖZ

Trafik kazası sonrasında yaralanan hayvanların tedavi masraflarının hasara sebebiyet veren aracın Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası kapsamında sigortacısı olan sigorta şirketleri tarafından karşılanıp karşılanmayacağı uygulamada belirsiz durumdadır. Yaralanan hayvanda meydana gelen zararlar bazı sigorta şirketlerince riziko kapsamında değerlendirilirken aksi düşüncede olan sigorta şirketleri de mevcuttur. Yine aynı hususta Sigorta Tahkim Komisyonu'nda birbiriyle çelişen hakem ve itiraz hakem heyeti kararları bulunmaktadır. Hayvan Koruma Kanunu net şekilde bütün hayvanların yaşama hakkına sahip olduğunu düzenlemiş olduğundan hayvanların hukuki statüsünü salt eşya olmaktan çıkarmış ve “kişi benzeri” veya “hak nesnesi” statüsüne yaklaştırmıştır. Söz konusu belirsizlik; Karayolları Trafik Kanunu ile Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları'nın zarar kapsamlarının farklı olmasından ve anılan Genel Şartların zarar kapsamını dayanak kanuna aykırı olarak daraltmasından kaynaklanmaktadır. Ayrıca haksız fiil hukukunun önemli kurucu unsurlarından olan “kusur” durumu da belirsizliğin yaşanmasında önemli bir sebeptir. Özellikle sahipsiz sokak hayvanlarına ilişkin olarak yaşanan

• **Gönderi:** 26.03.2023 - **Kabul:** 30.07.2023 | **Received:** 26.03.2023 - **Accepted:** 30.07.2023.

* LLM, Avukat, Ankara Barosu, Ankara, Türkiye ✉ tanselobelik@gmail.com • ORCID 0000-0002-3076-6555.

Atıf Şekli / Cite As: ÖBELİK, Tansel (2023). Trafik Kazası Neticesinde Yaralanan Hayvanların Tedavi Masraflarının Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası Kapsamında Karşılanması. ÇÜHAD, (4), 38-63.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

kazalarda kusur yönünden bazı tartışmalar da bulunmaktadır. Bu çalışmada trafik kazası sonrasında yaralanan sokak hayvanlarının tedavi masraflarının Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası kapsamında sigorta şirketleri tarafından karşılanıp karşılanamayacağı hususu, yargısal içtihatlarla yön vermek gerekliliği noktasında doktriner olarak detaylı şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hasar, Hayvan Koruma Kanunu, Trafik Kazasında Yaralanan Hayvanların Tedavi Masrafları.

ABSTRACT

It is unclear in practice whether the treatment costs of animals injured after a traffic accident will be covered by insurance companies that are the insurers of the vehicle that caused the damage within the scope of the Compulsory Financial Liability Insurance of Highways Motor Vehicles. While the damages caused by the injured animal are evaluated within the scope of risk by some insurance companies, there are also insurance companies that think otherwise. Again, there are conflicting arbitral and appeal arbitral tribunal decisions in the Insurance Arbitration Commission on the same issue. Since the Animal Protection Law clearly regulates that all animals have the right to life, the legal status of animals has ceased to be a mere object and has brought it closer to the status of a “person-like” or “object of rights”. This uncertainty is due to the fact that the damage coverage of the Highway Traffic Law and the General Terms and Conditions of Compulsory Financial Liability Insurance for Highway Motor Vehicles are different and the aforementioned General Terms and Conditions have narrowed the damage coverage contrary to the underlying law. In addition, the “defect” situation, which is one of the important constituent elements of tort law, is also an important reason for experiencing uncertainty. There are also some discussions in terms of defects in accidents, especially in relation to unclaimed stray animals. In this study, the issue of whether the treatment costs of stray animals injured after a traffic accident can be covered by insurance companies within the scope of Highway Motor Vehicles Compulsory Financial Liability Insurance was examined in doctrinal detail at the point of the need to give direction to judicial case law.

Keywords: Damage, Animal Protection Law, Treatment Costs of Animals Injured in Traffic Accidents.

GİRİŞ

Var olduğumuz günden bu yana hayatımızın içinde olan hayvanlar, özellikle evcilleştirilmesi ve insan hayatını kolaylaştırmasıyla daha da önemli hale gelmiştir. Tarihsel süreçte hayvanların insan yaşamının bir parçası olmasıyla hayvanlara ilişkin düzenlemelerde gelişmiş ve mülkiyet temelli de olsa hukuksal düzenlemelerde hayvanlara ilişkin kurallar da yer almıştır.

20'nci yüzyıla kadar insanların hayvanlara olan bakış açısı mülkiyet temelli olarak ele alınmış olsa da bu yüzyılda hayvan haklarına ilişkin önemli gelişmeler yaşanmıştır. Özellikle hayvanların da insanlar gibi acı çeken, duygu sahibi canlılar olması nedeniyle hayvanların salt eşya olarak algılanmaması gerektiği görüşü gelişmiştir¹. Yine buna paralel olarak hukuksal doktrinde hayvanlara ilişkin olarak, haklara sahip olmak için hukuksal anlamda kişilik sahibi olmak gerekmediği, bu nedenle hayvanların alınan, satılan, semeresinden yararlanan ve terkedilebilen salt eşya olarak görülemeyeceği yönünde görüşler yer bulmuştur².

Türk hukuk sistemi hayvanları salt eşya olarak gören bir düzlemden uzaklaşmakta olup Hayvan Koruma Kanunu (HKK) ile bütün hayvanlara yaşama hakkı tanınmıştır. HKK ile hayvanların, en temel hak olan yaşama haklarının kanuni olarak güvence altına alınmış olduğu göz önüne alındığında, hayvanların “kişi benzeri” bir statüye geçip geçmediğinin ayrıca tartışılması gerekmektedir.

Bunun yanında HKK ile olağan hayatın akışı içinde hayvanların yaşam hakkını ihlal eden olaylar ve tehlike sorumluluğu dikkate alınarak hayvanların trafik kazasına konu olması halinde sürücünün yükümlülükleri de düzenlenmiştir.

Trafik kazası sonrasında yaralanan hayvanların tedavi masraflarının hasara sebebiyet veren aracın Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası (KZMMS) kapsamında sigortacısı olan sigorta şirketleri tarafından karşılanıp karşılanmayacağı uygulamada önemli tartışmaların başında gelmektedir. Öncelikle söz konusu soruna ilişkin hâlihazırda bir Yargıtay kararı olmamakla birlikte Sigorta Tahkim Komisyonu'nda (STK) çelişkili çok sayıda hakem kararı mevcut olup bu konuda içtihadî bir netliğin olduğunu söylemek mümkün değildir.

Bu makale ile kaza sonrasında yaralanan sahipli ve sahipsiz hayvanların tedavi masraflarının, kazaya sebebiyet veren aracın KZMMS kapsamında sigortacısı olan sigorta şirketi tarafından karşılanıp karşılanamayacağı hususu, ilgili mevzuat çerçevesinde detaylı olarak incelenecektir. Bu makalede öncelikle HKK'nin kapsamı ve ilgili kişi ve makamların sorumluluğuna değinilecek, hayvanların hukuki konumundan bahsederek devamında ise Karayolları Trafik Kanunu (KTK) ve Türk Borçlar Kanunu (TBK) Hükümleri kapsamında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

¹ KILIÇ, s. 106.

² ÇELEBİ, s. 597.

I. SAHİPLİ/SAHİPSİZ HAYVANLARA İLİŞKİN SORUMLULUK

HKK kapsamında hayvanlara ilişkin sorumluluğun tespitinde hayvanın sahipli veyahut sahipsiz olması önem arz etmektedir. HKK'nın 5'inci maddesi ile hayvan bulunduran kişinin sorumluluğu düzenlenmiş olup bir hayvana sahip olan kişinin bu hayvanın barındırılmasından, hayvanın türüne ve üreme yöntemine uygun olan davranışsal ihtiyaçlarının asgari düzeyde sağlanmasından, hayvanın sağlığının korunmasından sorumlu olduğu açıkça belirtilmiştir. Yine ifade edilen madde ile sahiplenilen hayvanlardan kaynaklanan çevre kirliliğinin ve bu hayvanların insanlara verebileceği zararlarının önüne geçilmesi adına hayvan sahibinin bütün tedbirleri alması gerektiği de hüküm altına alınmıştır.

Konuyla ilgili olarak, hayvan bulunduranın sorumluluğu TBK ile de düzenlenmiş olup TBK'nın 67'nci maddesi *“Bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Hayvan bulunduran, bu zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumlu olmaz. Hayvan, bir başkası veya bir başkasına ait hayvan tarafından ürkütülmüş olursa, hayvanı bulunduranın, bu kişilere rücu hakkı saklıdır”* şeklinde düzenlenmiştir. Anılan madde ile hayvan bulunduran kişinin bu hayvanın vermiş olduğu zararlardan sorumlu olduğu açıkça belirtilmiştir³.

Yukarıda gerek HKK gerekse de TBK kapsamında açıklanan maddelere bakıldığında hayvan sahiplenilen kişinin; bu hayvanın bakımından, uygun ortamda barınmasından, fitri ve davranışsal ihtiyaçlarının karşılanmasından, sağlığının korunmasından, çevreye ve insana verebileceği zararların önlenmesinden ve hayvanların vermiş oldukları zararlardan sorumlu olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan ise sahipsiz hayvanlar noktasında sorumluluğun mahiyetine değinmek gerekirse; HKK kapsamında kurumlara yüklenen sorumluluğun mülkiyet noktasında bir sorumluluk olmadığı, yerel yönetimlerin sınırlı ve tahdidi bir sorumluluk taşıdıkları görülmektedir.

Bu bağlamda sahipsiz hayvanlara ilişkin sorumluluk HKK'nın 6/4'üncü⁴ ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin belediyelere düşen sorumluluk

³ YAVAŞI, s. 70.

⁴ Hayvan Koruma Kanununun 6/4'üncü maddesi *“Sahipsiz veya güçten düşmüş hayvanların en hızlı şekilde yerel yönetimlerce kurulan veya izin verilen hayvan bakımevlerine götürülmesi zorunludur. Bu hayvanların öncelikle söz konusu merkezlerde oluşturulacak müşahede yerlerinde tutulması sağlanır. Müşahede yerlerinde kısırlaştırılan, aşılanan ve rehabilite edilen hayvanların kaydedildikten sonra öncelikle alındıkları ortama bırakılmaları esastır”* şeklinde düzenlenmiştir.

yönünden 7'nci maddeleriyle⁵ detaylı olarak düzenlemiştir. Bunun yanında 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7/m maddesine göre Büyükşehir Belediyelerinin hayvan barınakları açması noktasında ayrıca bir sorumlulukları da mevcuttur.

Diğer taraftan Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 5/b maddesi ile il müdürlüklerine yerel hayvan koruma görevlileri ve gönüllü kuruluşlar ile iş birliği yaparak sahipsiz hayvanların kontrolünü takip etme yükümlülüğü de yüklenmiştir. Yerel yönetimlere yüklenmiş olan bu sorumluluk; sahipsiz hayvanların tespit edilmesi, aşılanması, kısırlaştırılması, saldırgan olanların eğitilmesi, güçten düşmüş olanların bakımevine alınması çerçevesinde toplanmaktadır⁶. Bunun yanında yerel yönetimler tarafından saldırgan sokak hayvanlarının tespiti, toplanması ve gerekli tedbirlerin alınması da mevzuatın yerel yönetimlere öngördüğü en önemli yükümlülüktür. Saldırgan sokak hayvanlarının birisine veya bir eşyaya zarar vermesi halinde, oluşan zararın tazmininde sorumluluğun yerel yönetimlerde olduğu görülmektedir⁷.

Yukarıda da ifade edildiği gibi yerel yönetimlerin sahipsiz hayvanlar üzerindeki sorumluluğunun kapsamı ilgili mevzuat ile açıkta tespit edilmiş olup yine hem kanunda hem de yönetmelikte açıkça sokak hayvanlarının tedavi sonrasında alındıkları yere bırakılacakları düzenlenmiştir⁸. Bu kapsamda yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde yerel yönetimler hiçbir şekilde bu hayvanların maliki konumunda değildirler. Gerekli tıbbi müdahaleleri yaptıktan sonra tekrar sokağa salınan bir hayvanın bakım ve gözetimi noktasında belediyelerden, hayvan sahibinin göstermesi gereken özeni göstermesini beklemek olağan hayatın akışına aykırı olacaktır.

Yukarıda ifade edilen mevzuat ile sahipsiz sokak hayvanlarının da tarihsel süreç boyunca olduğu gibi insanların arasında uyum içinde yaşaması ve hayatın olağan bir parçası olmasının amaçlandığını söylemek mümkündür.

⁵ Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 7/a maddesi "*Sahipsiz veya güçten düşmüş hayvanların toplatılması, kısırlaştırılması, aşılanması, gerekli tıbbî bakımlarının yapılması ve işaretlenmesi, alındığı ortama geri bırakılması, sahiplendirilenlerinin kayıt altına alınmasıyla*" şeklinde düzenlenmiştir. Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin 7/c maddesi "*Bölge ve mahallerindeki, özellikle köpekler ve kediler olmak üzere, sahipsiz hayvanların bakımları, aşılarının yapılması, işaretlenmesi ve kayıtlarının tutulmasının sağlanması, kısırlaştırılması, alındığı ortama geri bırakılması ve sahiplendirilmelerinin yapılması için hayvan geçici bakımevlerine gönderilmesi gibi yapılan tüm faaliyetlerde yerel hayvan koruma görevlileri ve gönüllü kuruluşlar ile belediye veteriner hekimlerinin koordinasyonunun sağlanmasıyla*" şeklinde düzenlenmiştir.

⁶ CUMALIOĞLU, s. 594; DEMİRCİ, s. 6.

⁷ AKKOYUNLU, s. 31.

⁸ UYUMAZ, s. 171.

II. SAHİPLİ/SAHİPSİZ HAYVANLARIN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

Hayvanlara ilişkin genel çerçevede bir tanım yapılması gerekirse; hayvanları, duyu ve hareket yeteneği olan, içgüdüleriyle hareket eden edebilen, bazı şeyleri öğrenebilen ve davranışsal öğrenme ile bilinç kazanabilen canlı varlıklar olarak ifade etmek mümkündür⁹. Tarihte hayvanlara ilişkin ilk hukuki nitelermeye Roma hukukunda rastlanılmakta olup hayvanlar eşya olarak nitelendirilmiştir¹⁰.

Hayvanların konumuna ilişkin düşünsel yaklaşımlara bakıldığında; doktrinde hayvana yönelik bakış açısında insan merkezci düşüncenin en temel özelliğinin değer açısından insanın diğer canlılardan üstün olduğunun düşünülmesi, hatta insanın kendisine tanrısal özellikler yükleyerek yeryüzünü ve canlılarının yaşamına ölçsüz müdahale etmesi olduğu ifade edilmektedir¹¹. Bunun yanında insan merkezli hiyerarşik düşünce dünyası, insanın yanında bazı hayvanları (sahipli ve faydalı) da ekleyerek şekillenmekte olduğu, diğer canlıları ise daha alt tabakada dışlamakta olduğu düşüncesine dayandığından eleştirilmektedir¹².

Günümüzde ise hayvanın hukuki niteliğine ilişkin 3 temel görüş bulunmakta olup bunlar; hayvanları eşya (nesne) olarak kabul eden görüş, hayvanları kişi benzeri olarak kabul eden görüş ve hayvanlar kişi olarak kabul eden görüş olarak ifade edilebilecektir¹³. Hayvanları salt eşya olarak kabul eden görüşe göre hayvan; sahiplenilebilen, alınıp satılan, semeresinden yararlanılan, terkedilebilen ve hatta sebepsiz dahi olsa öldürülebilen bir nesne olarak tanımlanmaktadır. Yine hayvanları hukuksal anlamda eşya olarak kabul eden görüş hayvanların hukuk dünyasının öznesi olamayacağını ve bu yönüyle de hayvan haklarının olamayacağını dillendirmektedir¹⁴.

Diğer taraftan ise Türk hukukunda hayvanlara ilişkin olarak haklarında özel kanun hükümleri uygulandığından tam olarak eşya gibi değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir¹⁵. Hayvanları kişi benzeri olarak kabul eden görüş ise hayvanları hukuken korunması gereken ve kendine has menfaatleri olan bir hukuk öznesi olarak kabul etmektedir¹⁶. Hukuken korunmuş bir hakka sahip olan hayvanın, bu hakka sahip olması itibariyle de salt eşya statüsünden ayrılmış

⁹. UYUMAZ, s. 136; SÜMER, s. 117.

¹⁰ AKBULUT, ÇOBANOĞLU, s. 6.

¹¹ KILIÇ, s. 118.

¹² AŞAR, s. 249.

¹³ KOÇHİSARLIOĞLU, SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 1691; AKÇAAL, s. 18.

¹⁴ AKBULUT, ÇOBANOĞLU, s. 6.

¹⁵ OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 10.

¹⁶ KOÇHİSARLIOĞLU, SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 1695.

olması ve kişi benzeri bir duruma gelmesidir. Bir başka ifade ile hayvanlar açısından da sahipli ve sahipsiz yönünden bir ayırım yapılmaksızın; yaşamlarını devam ettirme noktasında hak nesnesi oldukları, doğrudan doğruya yararlandıkları koruma normları kapsamında ve bu normların çizdiği sınırlar çerçevesinde hak öznesi olabilecekleri düşüncesini ifade etmektedir¹⁷.

Bunun yanında HKK ile hayvanlara tanınan haklar sonrasında hayvanların artık eşya olarak kabul edilemeyeceği fakat hayvanlara ilişkin özel düzenleme bulunmadığında eşyaya uygulanan kuralların hayvanlara da uygulanabileceği savunulmaktadır¹⁸. Hak hukuken korunmuş menfaat olarak tanımlanmakta olup bu yönü itibariyle de HKK’de bütün hayvanların yaşama hakkı güvence altına alınmış olduğundan Türk hukukunda da hayvanların statüsünün “kişi benzeri” bir duruma yaklaştığı ifade edilebilecektir.

Hayvanların hukuki statüsüne ilişkin son görüş ise hayvanlara kişilik tanıyan görüş olup bu görüş hayvanlarında insanlar gibi acı çeken bir varlık olduğu, hayvanlarında başkaları lehine feda edilemeyecek haklarının olduğu varsayımı ile hayvanları da kişilik sahibi olduğunu ileri sürmektedir¹⁹. Bir başka ifade ile hayvanların salt eşya olarak görülmesine karşı çıkan görüşlerde özellikle insanlar ve insan dışı hayvanlar arasındaki açık farklılıklara rağmen, hayvanların acı çekme noktasında insanlar ile aralarında bir fark olmadığı ve bu durumun onların da tıpkı bir insan gibi önemsenmesi gereken duyguları ve çıkarları olduğu anlamına geldiği yönündeki değerlendirmeler yer almaktadır. Hayvanların sadece insanla aynı türden olmadıkları gerekçesiyle duygu ve haklarının görmezden gelinmesinin ya da önemsiz görülmesinin kaba ırkçılık veyahut cinsiyetçilik ile aynı mahiyette olduğu yönünde değerlendirmeler de bulunmaktadır²⁰.

Hayvanların hukuki durumuna bakıldığında ise, hayvanlar çevrenin doğal ve tamamlayıcı bir unsuru olduğu da dikkate alınarak günümüzde gelişmiş birçok memlekette hayvanı eşya olarak tanımlayan anlayıştan avdet edilmiş ve hayvanları eşyadan farklı özel bir statüye sokan hukuki düzenlemeler kabul edilmiştir²¹. Türk hukukunda ise hayvanların hukuki konumu noktasında bir netlik olmasa da eşya olarak kabul edilemeyecekleri ama eşyalar için geçerli olan hükümlerin hayvanlar için de uygulanabileceği ifade edilmektedir²². Bu bağlamda HKK’nin hayvan haklarına ilişkin maddeleri incelendiğinde ve hayvanları koruyucu haklar göz

¹⁷ ÇELEBİ, s. 614.

¹⁸ SİRMEN, s. 8; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 13.

¹⁹ AKBULUT, ÇOBANOĞLU, s. 9.

²⁰ ÖZGÜR, s. 11.

²¹ ÖZEN İNCİ, s. 20.

²² NOMER, ERGÜNE, s. 9.

önüne alındığında Türk hukukunda da artık hayvanların salt eşya statüsünden çıkararak “kişi benzeri” bir statüye yaklaştığı söylenebilecektir.

III. TRAFİK KAZASI SONRASINDA HAYVANLARIN TEDAVİ MASRAFLARININ SORUMLULUĞU

Trafikte seyir halinde iken sahipli veya sahipsiz herhangi bir hayvana çarpan bir sürücünün nasıl davranması gerektiği HKK'nin 21'inci maddesi ile açıkça belirlenmiştir. Söz konusu madde “*Bir hayvana çarpan ve ona zarar veren sürücü, onu en yakın veteriner hekim ya da tedavi ünitesine götürmek veya götürülmesini sağlamak zorundadır*” şeklinde düzenlenmiştir. Mezkûr maddenin amir hükmünden de anlaşılacağı üzere trafikte gerçekleşen bir kaza sonrasında bir hayvana zarar veren sürücünün onu en yakın tedavi merkezine götürmesi veya götürülmesini sağlaması gerekmektedir.

Söz konusu hususa ilişkin asıl mesele kaza sonrasında mağdur hayvanın en yakın tedavi merkezine götürülerek tedavisinin sağlanmasından sonra oluşan tedavi giderlerinin nasıl sağlanacağı noktasında toplanmaktadır. Bu konuya ilişkin Sigorta Tahkim Komisyonu'nun hakem kararlarının bazılarında; şoförün sorumluluğunun sadece götürmekten ibaret olduğu, oluşan tedavi faturasını ödemek zorunda olmadığı yönünde görüşler yer bulmaktadır. Yine bazı hakem kararlarında ise şoföre ve hayvana kusur atfi yaparak oluşan zararda sürücünün kusurunun olmadığından bahisle sürücünün, araç malikinin ve onun sigortacısının oluşan tedavi giderlerini ödememesi gerektiği yönünde karar verildiği görülmektedir.

Diğer taraftan ise trafikte oluşan kaza sonrasında en yakın kliniğe götürülen hayvanın tedavi masraflarının nasıl karşılanacağına ilişkin olarak herhangi bir somut düzenleme bulunmamaktadır. Fakat yukarıda ifade edilen kanun maddesinin lafzına bakıldığında “*götürmek veya götürülmesini sağlamak zorundadır*” şeklinde düzenlediği görülmekte olup Kanun koyucu tarafından söz konusu madde ile zararı kimin karşılayacağı noktasında bir tespit içine girilmemiş, öncelikli olarak yaralanmış olan hayvanın tekrar eski sağlığına kavuşturulması amaçlanmıştır. Öyle ki bu yükümlülüğün ihlali halinde yine HKK'nin 28'inci maddesi idari para cezalarını düzenlemiş ve “*21 inci maddeye aykırı hareket edenlere hayvan başına binbeşyüz Türk lirası idarî para cezası*” uygulanması öngörülmüştür²³. Yine 7332 sayılı kanun ile bir ev hayvanını veya evcil hayvanı kasten öldüren kişinin 6 aydan 4 yıla kadar hapis

²³ DÖNMEZ, s. 923.

cezasına çarptırılacağı, hayvanlara HKK'nin 14/a maddesini²⁴ ihlal edecek şekilde acımasız ve zalimce davranılması halinde ise 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür²⁵.

Bir diğer taraftan ise hayvanlar açısından da sahipli ve sahipsiz olması yönünden bir değerlendirme yapılmaksızın; yaşamlarını devam ettirme noktasında hak nesnesi oldukları, doğrudan doğruya yararlandıkları koruma normları bağlamıyla da bu normların çizdiği sınırlar çerçevesinde hak öznesi olabilecekleri söylenebilecektir²⁶. Ayrıca Sigorta Tahkim Komisyonu Kararlar Dergisinde de yayımlanan bir kararda "*Sahipsiz bir hayvan dahi olsa, her Türk vatandaşının hayvanların yaşama hakkını koruma yükümlülüğü bulunmaktadır*" şeklinde hüküm kurulmuş ve meselenin yaşam hakkına ve insani yönüne de dikkat çekilmiştir²⁷.

Söz konusu hususa ilişkin olarak konuya bir diğer taraf olan veteriner hekim yönünden bakıldığında ise veteriner hekimin kendisine getirilen ve acil tedavi edilmesi gereken bir sokak hayvanına yaklaşımı "*evrensel tıbbî etik ilkelere uyma yükümlülüğü*" de dikkate alınarak, Veteriner Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının çerçevesini oluşturan "*yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik*" prensipleri etrafında şekillenmektedir²⁸. Böyle bir durumda veteriner hekim tarafından hayvanın yaşama hakkı öncelenerek ivedilikle gerekli tıbbi girişimlerde bulunulması gerekmektedir. Söz konusu girişim neticesinde hayvana yapmış olduğu tedaviden dolayı veteriner hekim, hayvanı getiren kişi hayvanın maliki olmasa dahi, vekâletsiz iş görme hükümleri kapsamında ücrete hak kazacaktır²⁹. Sorumluluğa ilişkin olarak kaza sonrasında zarar gören sahipsiz hayvanlara ilişkin tedavi giderlerinin karşılanması noktasında sigorta şirketleri lehine çıkan kararlarda dahi "*Zarar, araç sürücüsünün Hayvanları Koruma Kanunundan kaynaklanan yükümlülüğü neticesi bizzat kendisi üzerinde doğan bir zarardır*"³⁰ şeklinde hüküm kurulmuş ve oluşan zarardan sürücünün doğrudan sorumlu olduğuna işaret edilmiştir.

Bu bağlamda zaruret halinde uygulamış olduğu acil tedaviden dolayı veteriner hekim hak etmiş olduğu ücreti, hayvanı kendisine getiren üçüncü kişiden veya hayvanı yaralayan

²⁴ Hayvan Koruma Kanununun 14/a maddesi "*Hayvanlara kasıtlı olarak kötü davranmak, acımasız ve zalimce işlem yapmak, dövme, aç ve susuz bırakmak, aşırı soğuğa ve sıcağa maruz bırakmak, bakımlarını ihmal etmek, fiziksel ve psikolojik acı çektirmek*" şeklinde düzenlenmiştir.

²⁵ <https://www.dha.com.tr/gundem/silivride-kopege-carpip-kacan-surucuye-4-yila-kadar-hapis-istemi-2110101> (E.T. 23.01.2023).

²⁶ ÇELEBİ, s. 614.

²⁷ Sigorta Tahkim Komisyonunun 22.04.2022 tarihli ve K-2022/92279 Sayılı Hakem Kararı, <http://www.sigortatahkim.org/files/karardrgs50.pdf> (E.T. 26.03.2023).

²⁸ SARIYEV, s. 272.

²⁹ ORAL, s. 330.

³⁰ Sigorta Tahkim Komisyonunun 23.04.2022 tarihli 2021.E.280767 Esas ve K-2022/88659 Karar sayılı kararı.

sürücünden, tehlike sorumluluğu da dikkate alınarak aracı işleten malikten veya aracın KZMMS kapsamında sigortacısı olan sigorta şirketinden isteyebilecektir. Sürücünün kaza sonrasında zor durumda olan hayvanı en yakın tedavi merkezine götürmesi açıkça bu hayvanın tedavi masraflarını da karşılayacağı anlamına geldiği şeklinde anlaşılmalıdır.

IV. HAKSIZ FİİL HÜKÜMLERİ KAPSAMINDA HAYVAN TEDAVİ MASRAFLARININ SORUMLULUĞU

A. Fiilin Hukuka Aykırılık Unsuru Yönünden İnceleme

Hukuk düzeni hukuka aykırı eylemlerle, hukuki sonuç bağlamında, bu fiilden doğan zararın tazminini öngörmektedir³¹. Haksız fiile ilişkin bir değerlendirmede ilk olarak fiilin haksızlık boyutunun incelenmesi gerekmektedir³². Trafikte meydana gelen bir kaza sonrasında gerek bir sokak hayvanının gerekse de sahipli bir hayvanın zarar görmesi halinde fiilin hukuka aykırılık sorunu da haksız fiilin önemli bir unsuru olması sebebiyle incelenmelidir.

Söz konusu hasarın sonuçlarına sahipli bir hayvan yönünden bakıldığında; gerek hayvan sahibinin sahip olduğu hayvanın tedavi masrafları noktasında yapmış olduğu giderler yönünden yaşayacak olduğu mamelekinde azalma gerek sahip olduğu hayvanın duymuş olduğu ıstırabın hayvan sahibine olan duygusal etkisi dikkate alınması gerekmektedir. Bunun yanında HKK'nin 4/a maddesi "*Bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir*" hükmü de dikkate alındığında hayvanların da insanlar gibi yaşama hakkı olup bu hakkın korunması gerekmektedir. Bu bağlamda sahipli hayvanlar yönünden yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri kapsamında korunan hukuki yarar söz konusu olup meydana gelen fiilin hukuka aykırı olduğu gayet açıktır.

Diğer taraftan konuya sahipsiz hayvanlar yönünden bakıldığında ise yine yukarıda zikredilen HKK'nin 4/a maddesi kapsamında sahipsiz sokak hayvanlarının da yaşama ve maddi varlığını devam ettirme hakkı olduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte yine anılan kanunun 21'nci maddesinin yorumundan sahipsiz sokak hayvanlarının da yaşama ve maddi varlığını devam ettirme hakları koruma altına alınmıştır. Bu yönüyle de sahipsiz sokak hayvanlarının da trafikte kazaya maruz kalması onların HKK ile koruma altına alınan yaşama hakkını açıkça ihlal etmiş olduğundan fiilin hukuka aykırılığı noktasında bir tartışma olmaması gerekmektedir.

³¹ ANTALYA, s. 414.

³² ANTALYA, s. 431.

Yukarıda açıklanan hususlar zaviyesinden trafikte meydana gelen bir kazada, kazanın hem sahipli hem de sahipsiz hayvanlar yönünden hukuka aykırı fiil teşkil etmektedir.

B. Zarar Şartının Oluşup Oluşmadığı Noktasında İnceleme

Yine haksız fiilin önemli kurucu unsurlarından birisi de hukuka aykırı fiil sonrasında zararın oluşup oluşmadığı ile ilgilidir. Her ne kadar bir fiil hukuka aykırı dahi olsa ortada haksız fiilin unsurları gereği tazmin edilmesi gereken bir zararın da mevcut olması gerekmektedir³³. Haksız fiil kapsamında zarar; bir kimsenin kendi kusuru veya rızası olmaksızın hukuken korunan malvarlığı veya şahıs varlığı unsurlarında meydana gelen eksilmedir³⁴. Bu noktada “hukuken korunma” ifadesi son derece önem arz etmektedir. Haksız fiil kapsamında meydana gelen zarara ilişkin olarak zarardan sorumlu kişi meydana gelmiş olan gerçek zararı tam olarak gidermekle yükümlüdür.

Bu bağlamda sahipli hayvanlar yönünden trafikte meydana gelmiş bir kaza sonrasında hayvanın sahibi olan kişinin bu hayvanın tedavisi için yapmış olduğu masraflar yönünden mamelekinde bir azalma olduğu ve bir zararın meydana geldiği açıktır.

Bir zararın oluşup oluşmadığı noktasında asıl muğlaklık sahipsiz sokak hayvanları hususunda yaşanmaktadır. Bu bağlamda yukarıda hayvanların hukuki statüsüne ilişkin yapılan incelemede de hayvanların salt eşya olarak görüldüğü statüden uzaklaşıldığı ve kişi benzeri bir statüye yaklaştığı ifade edilmiştir.

Türk hukukunda hayvanlar, HKK ile getirilen hükümler öncesinde canlı ya da cansız olması yönüyle bir ayırım yapılmaksızın taşınır bir eşya olarak kabul edilmekteydi³⁵. Fakat HKK'nin ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği'nin hayvanların yaşama hakkını güvence altına alan maddeleri başta olmak üzere diğer koruyucu maddelerine bakıldığında, salt eşya olarak görüşten uzaklaşıldığı ve “hak nesnesi” veya “kişi benzeri” bir statüye yaklaştığı ifade edilebilecektir.

Bu yönüyle de yaşama hakları kanun ile güvence altına alınmış olan hayvanlar sahipli veya sahipsiz olmasına bağlı olmaksızın yaşama haklarına müdahale eden bir fiilin sonucu itibariyle oluşan haksız bir fiilin konusunu oluşturabileceklerdir. Bu bağlamda hayvanlar da KTK'nın 85'inci maddesinin “*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa...*” hükmü kapsamında

³³ EREN, Borçlar, s. 544.

³⁴ ANTALYA, s. 455; TOKER, s. 26.

³⁵ KOÇHİSARLIOĞLU, SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 1710; GÜLŞAH YILMAZ, s. 180.

düzenlenen “bir şeyin zarara uğramasına” kapsamının içine girmektedirler. Yine “şey” kelimesi Arapça kökenli olup “nesne” anlamına gelmektedir. Eşya ise yine “şey” kelimesinin çoğulu olup “şeyler, nesnelere” anlamına gelmektedir³⁶. Bu yönüyle de KTK kapsamındaki düzenlemede kullanılan “şey” ifadesi ile ekonomik değeri olsun ya da olmasın, sahipli olsun ya da olmasın bütün nesnelere kapsar mahiyette düzenlenmiştir. Öyle ki HKK ile hayvanlar salt eşya statüsünden uzaklaşarak, kendilerini koruyan normlar çerçevesinde hak nesnesi oldukları ve “kişi benzeri” bir statüye yaklaştıklarından hayli hayli KTK’nın 85’inci maddesi kapsamının içinde yer alacaklardır.

Diğer taraftan ise KZMMS Genel Şartlarındaki zarar tanımı, dayanak KTK ile öngörülenden farklı olarak daha dar şekilde düzenlenmiştir. KZMMS Genel Şartlarındaki zarar tanımına detaylı olarak değinmeden önce sigortacılık hukukunda önemli bir yeri olan Genel Şartlara değinilmesi yerinde olacaktır.

Genel Şartlar, Sigortacılık Kanunu’nun 11’inci maddesi ile düzenlenmiş olup sigorta sözleşmelerinin kapsam ve sınırlarının ilgili kurumlarca onaylanan ve sigorta şirketleri tarafından aynı şekilde uygulanacak olan genel şartlara uygun olarak düzenleneceği ifade edilmiştir³⁷. Bir başka ifade ile Sigorta sözleşmelerinin içeriği ve kapsamı ilgili kurumlar tarafından yayımlanan genel şartlara uygun olmak zorundadır³⁸. Bir diğer ifadeyle genel şartlar, sigorta sözleşmesini çatısı olup uygulamaya ilişkin çerçeveyi tespit etmektedir³⁹. Bu bağlamda herhangi bir sigorta branşında, aksi yine genel şartlarca öngörülmedikçe, genel şartlar ile teminat altına alınan bir risk sigortacı tarafından sözleşmede teminat dışına çıkarılmayacaktır⁴⁰. Veyahut tam tersi şekilde genel şartlar ile teminat dışından tutulan bir durum sigortacı tarafından daha ilave prim dahi alınsa yine de sözleşmenin kapsamının içine sokulamayacaktır⁴¹. Genel şartlar kamusal merciler tarafından yayımlanması nedeniyle idari düzenleyici işlem olarak görülmekle birlikte, yapılan sigorta sözleşmelerinin çerçevesini ve ana muhteviyatını belirlemesi yönüyle de “genel işlem şartlarına” benzemektedir⁴². Fakat Yargıtay tarafından genel şartların, sözleşme taraf olmayan kamu idaresi tarafından tesis edilmesi

³⁶ Türk Dil Kurumuna göre “şey” sözcüğü Arapça kökenli bir zamir olup “madde, eşya, söz, olay, iş, durum vb.nin yerine kullanılan, belirsiz anlamda bir söz” olarak ifade edilmiştir. <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 01.04.2023).

³⁷ KENDER, s. 32.

³⁸ KAYIHAN, BAĞCI, s. 102.

³⁹ GÜNAY, s. 23.

⁴⁰ ÖZDAMAR, DOĞAN, s. 23.

⁴¹ KAYIHAN, BAĞCI, s. 102.

⁴² YAZICIOĞLU, ŞEKER ÖĞÜZ, s. 14.

sebebiyle statüsünün genel işlem şartları olarak görülemeyeceğini ifade edilmiştir⁴³. Yine genel şartlara ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi tarafından bir kararda, Anayasanın sözleşme hürriyetini düzenleyen 48’inci maddesine atıf yapılmış ve yine temel hak hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın ancak kanunla sınırlanabileceğini ifade eden 13’üncü maddesine değinilerek, “Anayasa’nın anılan maddesi kapsamında, sözleşme özgürlüğünü sınırlamaya yönelik bir kanuni düzenlemenin şeklen var olması yeterli olmayıp kanuni düzenlemelerin keyfiliğe izin vermeyecek şekilde belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir nitelikte olması gerekir” şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur⁴⁴. Genel şartlar her ne kadar sözleşmede zayıf olan sigortalıyı korumak için geliştirilmiş olsa da mezkûr Anayasa Mahkemesinin değerlendirmesi de göz önüne alınarak, Sigortacılık Kanununun 11’nci maddesi ile idareye, herhangi bir sınır veyahut kayıt koymaksızın, genel ve soyut bir yetkiyle, bütün sigortacılık faaliyetlerine ilişkin idari düzenleyici işlem tesis etme yetkisi verilmesi Anayasanın 13 ve 48’inci maddeleri bağlamında ayrıca tartışılmalıdır.

Genel şartların hukuki dayanağı genel anlamda Sigortacılık Kanunu olsa da KTK örneğinde olduğu gibi bazı özel kanun niteliğindeki düzenlemelerde de ilgili alanda, yapılacak sigortalara ilişkin genel şartlara atıf yapılmıştır. Bu yönüyle de KZMMS Genel Şartları dayanağını hem Sigortacılık Kanununda hem de KTK’den almaktadır.

Sigorta Tahkim Komisyonu kararlarında, sokak hayvanlarının uğramış olduğu haksız fiil sonucunda zararın oluşup oluşmadığı ise KZMMS Genel Şartlarındaki zarar tanımı çerçevesinde ele alınmıştır. KZMMS Genel Şartlarında “Zarar: Motorlu bir aracın işletilmesi ile oluşan bir trafik kazası sonucunda üçüncü şahısların ekonomik değeri olan mal varlığında doğrudan azalma olmasına veya vücut bütünlüğünde eksilmeye, sürekli sakatlığa veya ölümüne sebebiyet verilmesi nedeniyle ilgililerin uğradıkları bu Genel Şartlar ile içeriği belirlenen maddi kayıpları” şeklinde ifade edilmiştir⁴⁵. Söz konusu maddenin lafzına bakıldığında zararın çerçevesi; üçüncü şahısların ekonomik değeri olan mal varlıklarındaki doğrudan azalma ve vücut bütünlüğündeki eksilme, sürekli sakatlık hali, destekten yoksun kalmaya ilişkin ölüm hali olarak çizilmiştir. KZMMS Genel Şartları kapsamında çerçevesi çizilmiş olan zarar kavramına bakıldığında trafik kazası sonrasında zarara uğrayan sokak hayvanlarının uğramış oldukları zararın hukuksal olarak “zarar” kapsamı içinde bulunmadığı görülmektedir. Fakat normlar hiyerarşisinin açık ilkeleri gereği olarak idari düzenleyici işlem mahiyetinde olan “Genel

⁴³ Yargıtay 17’inci Hukuk Dairesinin 08.05.2018 tarihli, 2017/4323 Esas ve 2018/4743 Karar sayılı kararı.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesinin 17.07.2020 tarihli, 2019/40 Esas ve 2020/40 Karar sayılı kararı.

⁴⁵ Karayolları Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası Genel Şartları m. A.2/d.

Şartlar” asla dayanak kanuna aykırı olamayacakları gibi dayanak kanunun çizmiş olduğu sınırı da daraltamayacaklardır⁴⁶. Bu bağlamda KTK’nın 85,91 ve 92’inci maddeleri ile çizmiş olduğu sınırın KZMMS Genel Şartları ile daraltılması hukuken mümkün değildir. Her ne kadar KTK’nın 85,91 ve 92’nci maddelerine aykırı olarak sigortacının sorumluluğunu daraltan KZMMS Genel Şartları hukuken geçerli ve yürürlükte olsa da dayanak kanunun açık hükmü mevcut iken KZMMS Genel Şartlarını esas alınmasına lüzum bulunmamakta olup sarfinazar edilmesi gerekmektedir⁴⁷.

Sahipsiz sokak hayvanlarının uğramış oldukları haksız fiil sonucu herhangi bir zararın oluşup oluşmadığı, ilgili mevzuat olan HKK’nın 4/a maddesinin “*Bütün hayvanlar eşit doğar ve bu Kanun hükümleri çerçevesinde yaşama hakkına sahiptir*” hükmü gerekse de aynı kanunun 21’inci maddesinin “*Bir hayvana çarpan ve ona zarar veren sürücü, onu en yakın veteriner hekim ya da tedavi ünitesine götürmek veya götürülmesini sağlamak zorundadır*” hükmü ve HKK’nin idari para cezalarını düzenleyen 28’nci maddesinin “*“21 inci maddeye aykırı hareket edenlere hayvan başına binbeşyüz Türk lirası idarî para cezası”* hükmü çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Ayrıca kaza sonrasında zarar gören sahipsiz hayvanlara ilişkin tedavi giderlerinin karşılanması noktasında sigorta şirketleri lehine çıkan kararlarda dahi “*Zarar, araç sürücüsünün Hayvanları Koruma Kanunundan kaynaklanan yükümlülüğü neticesi bizzat kendisi üzerinde doğan bir zarardır*”⁴⁸ şeklinde hüküm kurulmuş ve kaza sonrasında bir zararın oluştuğu tespiti yapılmıştır.

Bu bağlamda trafik kazası sonrasında bir sokak hayvanına zarar veren kişinin ivedilikle o hayvanı en yakın hekim veya tedavi ünitesine götürmesi yasal bir zorunluluk olup söz konusu hayvanın tedavi masrafları da hayvana zarar veren kişi tarafından karşılanması gerektiği yukarıda değinilmiştir. Burada zarar haksız fiil sonucu sokak hayvanının üzerinde oluşmakta ise de zararın giderilmesine yönelik tedavi masraflarına bakan ekonomik tezahürü; aracın sürücüsü veya tedavi masraflarını üstlenen kişinin üzerinde görünmektedir. Söz konusu durumda tedavi masraflarını karşılayan kişinin mamelekindeki azalma açıkça zararı ortaya koymaktadır.

C. Kusur ve İlliyet Bağı Şartının Oluşup Oluşmadığı Noktasında İnceleme

TBK kapsamında haksız fiile ilişkin kusur, kişinin işlemiş olduğu bir fiilden sorumlu tutulabilmesi şeklinde ifade edilebilecektir. Kusur tazminat hukukunda da haksız bir fiil ile

⁴⁶ KULUÇLU, s. 12.

⁴⁷ Karşı görüş için bkz. GÜLŞAH YILMAZ, s. 180 vd.

⁴⁸ Sigorta Tahkim Komisyonun 23.04.2022 tarihli 2021.E.280767 Esas ve K-2022/88659 Karar sayılı kararı.

zarara sebep olan bir kişinin bu eyleminden ve eylemin sonucu olarak sebep olduğu zarardan sorumlu tutulabilmesi anlamına gelmektedir⁴⁹.

Bu bağlamda trafikte zarara uğrayan hayvana ilişkin inceleme, hayvanın sahipli olup olmaması noktasında ikiye ayrılmaktadır. Sahipli bir hayvanın trafikte zarara uğraması halinde hem araç sürücüsünün somut olaydaki kusuru hem de TBK'nın 67'nci maddesi kapsamındaki hayvan bulduranın sorumluluğuna ilişkin hususlar dikkate alınarak tespit edilmesi gerekecektir⁵⁰. Trafikte sahipli bir hayvanın zarar görmesi halinde, somut olayın özellikleri dikkate alınarak hem hayvan sahibinin, hayvana ilişkin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesi noktasında hem de sürücünün KTK noktasında kusurları dikkate alınarak belirlenmelidir. Örnek olarak karayolunda yola hayvanın çıkabileceğine ilişkin bir levha var iken hızını yolun şartlarına göre azaltmayan ve kazaya neden olarak hayvana çarparak zarar veren sürücü somut olayın şartlarına göre asli kusurlu olabilecektir. Bunun yanında aksi bir durum ise hayvan üzerinde bakım ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek başıboş bırakan hayvan sahibinin, bu hayvanın vermiş olduğu zararlardan da TBK'nın 67 ve 68'inci maddeleri kapsamında sorumlu olacağı açıktır. Bir başka örnekte de hayvan sahibinin gece vakti koyunlarını yerel yönetimlerce izin verilen sahanın dışında ve karayoluna yakın bir yerde otlatması, hayvanların gözetiminin ihlal etmesi ve kazanın oluşmasına ilişkin bir olayda da hayvan sahibinin kusuru söz konusu olabilecektir.

Kusura ilişkin asıl sorun ise sahipsiz sokak hayvanları yönünden yaşanmaktadır. Sigorta Tahkim Komisyonu'nda sahipsiz sokak hayvanlarının tedavi masraflarının ödenmesine ilişkin bazı başvurularda sigorta hakemlerinin kazaya ilişkin kusur bilirkişisi ataması yaptıkları da görülmekte hem sokak hayvanı kedi veya köpeğe hem de sürücüye ilişkin kusur değerlendirilmesinin yapıldığı dosyalara rastlanılmaktadır.

Bu noktada kusura ilişkin olarak tehlike sorumluluğuna değinmek gerekmektedir. Tehlike sorumluluğu, varlıkları ve icraları ile başkaları için genel tehlike oluşturan tesis, işletme ve faaliyetlerin sebep oldukları zararı tazmin etmesi gerektiği anlayışına dayanmaktadır⁵¹. Tehlike sorumluluğunda sorumluluk için, kusurun var olup olmadığına bakılmaksızın, gerçekleşen zarar ile tehlikeli tesis işletme ve faaliyetler arasında illiyet bağı kurulması yeterli kabul edilmektedir⁵². Bu yönüyle, tehlike sorumluluğu, sorumluluk türleri içinde sonuçları

⁴⁹ EREN, Borçlar, s. 565.

⁵⁰ HALİL YILMAZ, s. 223.

⁵¹ İNAN, YÜCEL, s. 430.

⁵² ANTALYA, s.660.

bağlamında çok ağır yükümlülükler içermektedir⁵³. Bir başka ifadeyle tehlike sorumluluğu kusurdan bağımsız bir sorumluluk türü olup en ağır kusursuz sorumluluk türü olarak ifade edilmektedir. Bir kimsenin tehlike sorumluluğuna dayalı olarak sorumlu tutulabilmesi için, kusurlu olması ya da objektif özen veya gözetim görevini ihlal etmesi gerekmektedir⁵⁴.

Tehlike sorumluluğu TBK'nın 71'inci maddesi ile düzenlenmiş olsa da TBK'nın 71/3'üncü maddesi özel sorumluluklara ilişkin hükümleri saklı tutması sebebiyle KTK ve diğer kanunlarda geçen tehlike sorumluluğuna ilişkin özel hükümler geçerliliğini korumaya devam etmiştir⁵⁵.

Bu bağlamda KTK'nın 85/1'inci maddesi ile zarara motorlu aracın işletilmesinin sebep olması halinde, işleten hakkında tehlike sorumluluğu öngörülmüştür. Söz konusu madde kapsamında sorumluluğun motorlu taşıt aracının işletilmesine bağlandığı görülmektedir. Bu itibarla, işletenin sorumlu olması için, zarara, aracın işletilmesinin sebep olması gerekmekte olup burada sorumluluğun temeli işletme tehlikesi, türü ise tehlike esasına dayalı işletme sorumluluğudur⁵⁶. İşletme tehlikesi gerçekleştiği anda, işletenin sorumluluğu doğmakta olup hayatın olağan akışı içinde yaşanan tecrübeler, trafik kazalarının ve ondan doğan zararların başlıca ve en önemli sebebinin motorlu aracın işletilmesi olduğu gerçeğini teyit etmektedir⁵⁷. Tehlike sorumluluğu bağlamında kusura ilişkin ispat yükü, kusursuzluğu noktasında sorumluluğu taşıyan kişinin uhdesinde olup KTK'nın 85/1-2 maddeleri kapsamında mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru veya üçüncü kişinin ağır kusurunun mevcudiyeti gerektiği gibi işleteni sorumluluktan kurtarabilmesi için de kendisinin veya fiillerinden sorumlu oldukları kimselerin hiçbir kusurunun olmadığını ispat etmesi gerekmektedir⁵⁸.

Diğer taraftan Sigorta Tahkim Komisyonu'nda verilmiş bazı hakem kararlarında kusura ilişkin değerlendirmelere bakıldığında “*Kusur yönünden de, sahipli hayvanlar için kusur kavramı, hayvan sahibinin kusuru anlamında değerlendirilerek, tespit ile sonuca gidildiğinden ve araç işletilmesi bir anlamda tehlike sorumluluğu ile iç içe geçmiş bulunduğundan, sahipsiz hayvanlar yönünden, bir kusur değerlendirmesi yapılmaksızın işletenin sorumluluğuna gidilmesi insani gelişmişlik düzeyinin bir sonucu olsa gerektir*” şeklinde bir değerlendirmede

⁵³ SARIHAN, s. 1178.

⁵⁴ KORKUSUZ, s. 92.

⁵⁵ İKİZLER, s. 3255.

⁵⁶ EREN, Borçlar, s. 694.

⁵⁷ EREN, Sorumluluk, s. 160.

⁵⁸ SARIHAN, s. 1189.

bulunulmuş⁵⁹ ve araç işletilmesi bir anlamda tehlike sorumluluğu ile iç içe geçmiş bulunduğundan, sahihsiz hayvanlar yönünden, bir kusur değerlendirmesi yapılmasının gereksiz olduğuna işaret edilmiştir.

Yine Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyeti kararında “Somut uyumsuzlukta, işletene ve eylemlerinden sorumlu olduğu kişilere, usul ve fūruna ait olmayan ve kaza sonrası yaralanan sahihsiz hayvanın tedavisi için sarf edilen giderlerin ZMMS teminatı kapsamında olduğu, gerçekleşen kazada hayvana kusur atfedilemeyeceği gibi, işletenin de kusursuz sorumluluk hükümlerine tabi olması sebebiyle hayvanın tedavisi için faturası ibraz edilen 7.373,76 TL zararın tamamından davalının sorumlu olduğuna karar verilmiştir” şeklinde hüküm kurulmuş⁶⁰ gerçekleşen kazada hayvana kusur atfedilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir.

Bunun yanında Sigorta Tahkim Komisyonu Kararlar Dergisi’nde de yayımlanan bir kararda “Köpeğin sahihsiz olması halinde kime kusur verilecektir. Bu duruma yanıt olarak, 5199 Kanununun 4/b maddesindeki “Sahipsiz hayvanların da, sahipli hayvanlar gibi yaşamları desteklenmelidir.” hükmü yok sayılıp yoldaki köpek için “ezilmeye zaten müstehak” olduğu ileri sürülemeyeceğine göre, kusur belirlemesinin evcil hayvana sahip çıkılıp çıkılmamakla ilgisi olmayıp, kazadaki eylemin ve eylemsizliğin değerlendirilmesinden ibaret olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi düşüncenin savunulması, hukuki iradesini kullanma ve sorumluluk yönünden evcil hayvandan çok da farklı konumda olmayan ve veli/vasi desteğine ihtiyacı bulunan bir küçük çocuğu veya bir engelliği yol kenarında ve hatta yol ortasında durmakta iken, dalgınlığı sebebiyle görmeyip ezen sürücüyü de kusursuz kabul etmeyi gerektirirdi ki, bu kadar hukuk dışı bir düşüncenin kabulü mümkün değildir. Esasen tehlike sorumluluğu ilkesi gereği sorumluluktan kurtulma sebeplerinin ve hiç kusursuz olduğunun ispatı işletene ve onun sigortacısına aittir. Bu nedenle, somut olayda sigortalı işletenin hukuki sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak bir delil sunulmadığına göre tehlike sorumluluğu ilkesi gereği davalının zarardan hukuken sorumlu olduğu kanaatine varılmıştır” şeklinde hüküm kurulmuş⁶¹ tehlike sorumluluğu ilkesine atıf yaparak hukuki sorumluluktan kurtulmaya yönelik bütün tedbirlerin alındığına ilişkin ispat külfetinin işleten veya onun sigortacısında olduğu açıkça vurgulanmıştır.

⁵⁹ Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetinin 09.04.2022 tarihli 2021.E.174714 Esas ve 2022.i.10635-2022/İHK-16257 Karar sayılı Kararı.

⁶⁰ Sigorta Tahkim Komisyonu İtiraz Hakem Heyetinin 22.04.2022 tarihli ve 2021.E.163078 Esas, 2022.i.6016-2022/İHK-19012 Karar sayılı kararı.

⁶¹ Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Kararları Dergisi, s. 29, (Sigorta Tahkim Komisyonunun 22.04.2022 tarihli ve K-2022/92279 Sayılı Hakem Kararı).

Yukarıda ifade edilen kararlar kapsamında da değinildiği üzere kusura ilişkin bir değerlendirmenin yapılabilmesi için kişiler yönünden dahi irade sahibi ve ayırt etme gücüne sahip olunmasını gerektirmektedir. Sahipli hayvanlar yönünden dahi kusur atfi hayvana değil hayvanın gözetiminden sorumlu olan sahibi yönünden yapılmaktadır⁶². Sahipsiz sokak hayvanlarına ilişkin meydana gelen bir zararda iradesi ve ayırt etme gücü olmayan sokak hayvanına kusur atfi yapmanın söz konusu olmayacağı düşünülmektedir.

Bu bağlamda sahipsiz sokak hayvanlarının uğramış olduğu zararlarda haksız fiilin kusura ilişkin tipiklik şartının uygulama imkânı söz konusu olmadığı, somut bir olayda HKK'nin 21 ve 28'inci maddeleri ile tehlike sorumluluğuna ilişkin esaslar dikkate alınarak sürücünün tam kusurlu addedilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan haksız fiile ilişkin bir diğer şart olan illiyet bağına bakıldığında ise meydana gelen zarar ile yaşanan olayın arasında uygun bir nedensellik bağının olması gerekmektedir⁶³. İlliyet bağının tespiti noktasında uygulamada ve öğretide hâkim görüş, uygun nedensellik bağı teorisiidir. Bu teoriye göre illiyet ya da nedensellik bağı, bir eylemin olağan hayatın akışına ve hayat tecrübelerine göre sebep olabileceği zararlar ile olan mantıksal nedensellik ilişkisidir⁶⁴. Sigorta hukuku bağlamında ise illiyet, oluşan zarar ile güvence altına alınan riziko arasındaki ilişkidir⁶⁵. İlliyet veya nedensellik bağı, inceleme konumuz bağlamında hayvanın sahipli veya sahipsiz olmasının bir önemi olmaksızın oluşan zarar ile hukuka aykırı fiilin arasındaki uyumu işaret etmelidir. Sahipli veya sahipsiz hayvanların trafikte yaşamış oldukları kaza bağlamında nedensellik bağı, kazanın oluş şekli ile hayvanda ve araçta meydana gelen zararın uyumlu olması gerekliliğidir.

V. SİGORTA ETTİREN VE SİGORTACININ SORUMLU OLUP OLMADIĞI YÖNÜNDEN İNCELEME

Yukarıda açıklanan bölümlerde HKK'nin 21'nci maddesi gereğince trafikte herhangi bir hayvana zarar veren kişinin, yaralanmış durumdaki hayvanı en yakın tedavi merkezine götürerek tedavisini yaptırması gerektiği açıkça izah edilmiştir. Yine bir hayvana zarar veren kişinin bu hayvanın tedavisi için yapılmış olan masrafları da üstlenmesi gerektiği yukarıda açıklanmıştır. Bu bölümde ise sürücünün üstlenmiş olduğu bu masrafların KZMMS kapsamına

⁶² ŞAHİN, s.31-32

⁶³ AYAN, s. 263.

⁶⁴ KARABAYIR, s. 25.

⁶⁵ KENDER, s. 329.

girip girmeyeceği, oluşan zarardan aracın sigorta şirketinin KZMMS kapsamında sorumlu olup olmayacağı incelenecektir.

Öncelikle KTK'nın "*İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu*" başlıklı 85/1'inci fıkrası "*Bir motorlu aracın işletilmesi bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa, motorlu aracın bir teşebbüsün unvanı veya işletme adı altında veya bu teşebbüs tarafından kesilen biletle işletilmesi halinde, motorlu aracın işleteni ve bağlı olduğu teşebbüsün sahibi, doğan zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar*" şeklinde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Yine KTK'nın 85/5'inci fıkrasında "*İşleten ve araç işleticisi teşebbüsün sahibi, aracın sürücüsünün veya aracın kullanılmasına katılan yardımcı kişilerin kusurundan kendi kusuru gibi sorumludur*" hükmüne yer verilmiştir

Yukarıda ifade edilen mevzuat hükümlerinde de anlaşıldığı gibi gerek bir aracın işletilmesi sebebiyle meydana gelen zararlar gerekse de aracın sürücüsünün aracın işletilmesi sırasında neden olmuş olduğu zararlardan aracın işleteni yani maliki doğrudan ve müteselsilen sorumludur.

Bu bağlamda KTK'nın "*Mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu*" başlıklı 91'nci maddesi "*İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur*" şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde ile KTK'nın 85'nci maddesi ile işletenin sorumluluğunu gerektiren bütün zararların karşılanması için trafik sigortası yaptırması öngörülmüş ve zorunlu hale getirilmiştir. Fakat KTK'nın 92'nci maddesi ile de işletenin KTK'nın 85'nci maddesi kapsamında sorumlu olduğu zararlardan hangilerinin KZMMS kapsamında olmadığı istisnai ve tahdidi olarak yani sınırlı sayıda tespit edilmiştir⁶⁶.

Şu husus önem arz etmektedir ki kanun koyucu KZMMS kapsamını, işletenin sorumluluğu yönünden müteselsil tutmuş sadece işletenin sorumluluğunun devam ettiği fakat sigortacının KZMMS kapsamında sorumlu olmadığı hususları istisnai, tahdidi ve sınırlı olarak saymıştır⁶⁷.

KTK'nın 92'nci maddesi gereğince KZMMS kapsamında sigortacının sorumlu olmadığı zararlardan bazılarında değinilmesi gerekirse, trafikte oluşan kaza sonrasında KZMMS kapsamında sigortacı; motorlu araçta taşınan eşyanın uğrayacağı zararlardan, manevi tazminata

⁶⁶ BOZER, s. 153.

⁶⁷ AŞÇIOĞLU, s. 110; BOZER, s. 153.

ilişkin taleplerden, hak sahibinin kendi kusuruna denk gelen tazminat taleplerinden sorumlu değildir⁶⁸. Bunun yanında sigortacı yine, ilgililerin, sigortalının sorumluluk riski kapsamında olmayan tazminat taleplerinden, destekten yoksun kalan hak sahibinin, destek şahsının kusuruna denk gelen tazminat taleplerinden, gelir kaybı, kâr kaybı, iş durması ve kira mahrumiyeti gibi dolaylı zararlardan da sorumlu olmayacaktır⁶⁹.

KTK'nın 92'nci maddesi detaylı olarak incelendiğinde yukarıda açıklanan ve trafikte hayvanlara verilen zararlara ilişkin tazminatın kapsam dışında bırakılmadığı görülmektedir.

Bu bağlamda trafikte meydana gelen kaza sonrasında sahipli veya sahipsiz hayvanda meydana gelen yaralanmalardan gerek HKK'nın 21'nci maddesi gerekse de KTK'nın 85'inci maddesi bağlamında işleten ve sürücü müteselsil olarak sorumludur. Söz konusu zarar KTK'nın 91'nci maddesi sigortacının genel sorumluluğu kapsamında olup yine KTK'nın 92'nci maddesi ile kapsam dışında tutulan istisnai hallerden birisi değildir.

Bunun kapsamda trafikte meydana gelen kaza neticesinde yaralanan sahipli veya sahipsiz hayvanının tedavisi için yapılan masrafların sürücü, işleten veya üçüncü kişi tarafından karşılanması halinde, yapılan bu masraf sigorta şirketinden talep edilebilecektir. Hatta bu zararın üçüncü kişi tarafından karşılanması ve KTK'nın 85'inci maddesi kapsamında işletenden talep edilmesi halinde, söz konusu talebin işleten tarafından doğrudan KZMMS kapsamında sigortacısına ihbar edilmesi gerekmektedir⁷⁰.

Diğer taraftan ise, uygulamada kaza sonrası sahipli veya sahipsiz hayvanın tedavisini yaptıran işleten, KTK'nın 85'inci maddesi kapsamında oluşan zararı resen kendisi gidermiş olduğundan, sigortacısının yerine gidermiş olduğu bu zararın kendisine tazminini talep edebilecektir. Bu durum kaza sonrasında hak sahibinin alacağını karşılamak durumunda kalan sigortalının ödemiş olduğu zararı sigorta şirketine rücu etmesiyle paralellik göstermektedir⁷¹.

⁶⁸ ÖZBOLAT, s. 262; ÇEKER, s. 273

⁶⁹ KAYA, AKIN, BAHAR, CANBAZ, ÇAVUŞOĞLU, DOĞAN, KARAMAN, ÖZKAN, SAVİ, ULUSOY, YURTSEVER, s. 359.

⁷⁰ Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Mesuliyet Sigortası Genel ŞartlarıB.1/2-4 maddesi "Dava açılması halinde, sigortalının ihbarı ile sigortacı takip ve idare etmek üzere davaya her aşamada dahil olur. Sigortacı karşı taraf lehine hükmedilen dava masrafları ile mahkemeye hükmedilen karşı taraf avukatlık ücretlerini ödemekle yükümlüdür. Şu kadar ki, hükmolunan tazminat sigorta bedelini geçerse, sigortacı bu masrafları sigorta bedelinin tazminata oranı dahilinde öder" şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde ile riziko sonrası borcun sigortacılığın ana mantığı ve mahiyeti itibarıyla sigorta şirketi tarafından ödenmesi asıldır. Bu durum zaruri hallerde sigortalı borçlu tarafından yerine getirilen borcun sigortacıya rücu edilmesini de kapsamaktadır.

⁷¹ Yargıtay 17'nci Hukuk Dairesinin 04.03.2019 tarihli ve 2016/4218 Esas ve 2019/2386 Karar sayılı kararında "Davacının istemi, işleten tarafından kendisine tahsis edilen araç ile 3. Kişilere verdiği zararı yargı kararı ve icra takibi ile kendisinin ödemek zorunda kaldığı, ödediği bu bedelin, davalı trafik sigortacısından rücu

SONUÇ

HKK ve HKK kapsamında ihdas edilen uygulama yönetmeliği ile sahipli ve sahipsiz hayvanların sorumluluğuna ilişkin esaslar detaylı olarak tespit edilmiştir. HKK kapsamında hayvan sahiplenen kişinin; bu hayvanın bakımından, uygun ortamda barınmasından, fitri ve davranışsal ihtiyaçlarının karşılanmasından, sağlığının korunmasından, bu hayvanını çevreye ve insana verebileceği zararların önlenmesinden ve hayvanların vermiş oldukları zararlardan doğrudan sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanında sahipsiz sokak hayvanlarına ilişkin olarak sorumluluk yerel yönetimlere bırakılmıştır. Yerel yönetimlerin sorumluluğu; sahipsiz hayvanların bakımlarının ve aşılarının yapılması, işaretlenmesi ve kayıtlarının tutulmasının sağlanması, kısırlaştırılması, alındığı ortama geri bırakılması ve sahiplendirilmelerinin yapılması için hayvan geçici bakımevlerine gönderilmesi çerçevesinde şekillenmektedir. Bu bağlamda sahipsiz sokak hayvanları üzerinde yerel yönetimlerin sorumluluğunun hayvanın malikinin sorumluluğundan çok farklı olduğu söylenebilecektir.

Trafikte zarar görmüş hayvanlara ilişkin olarak HKK'nin 21'nci maddesi ile kazaya sebep olan sürücüye yararlanan hayvanın en yakın tedavi merkezine götürmesinin veya götürülmesini sağlamasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Yine bu kurala riayet etmeyenler hakkında anılan kanunun 28/m maddesi ile de yaptırım öngörülmüştür. Bu bağlamda kanun koyucu öncelikle HKK'nin 4'üncü maddesi bağlamında sokak hayvanın yaşama hakkını öncelemiştir. Bunun yanında gerek kanunun doğrudan sürücüye bu yükümlülüğü yüklemesi gerekse de genel hükümler bağlamında sorumluluğun sürücü üzerinde doğması sebebiyle de sürücünün oluşan zarardan doğrudan sorumlu olacağı değerlendirilmektedir. Yine meseleye kazaya sebep olan sürücünün sorumluluğunun sadece en yakın en yakın veteriner hekim ya da tedavi ünitesine götürmek veya götürülmesini sağlamak olduğunu düşündüğümüzde, bu hayvanın tedavi masraflarının karşılanması hususunda genel hükümlere müracaat edildiğinde

tahsiline ilişkin olup, davacının giderilmesini istediği zarar, kendisinin doğrudan uğradığı bir zarar değildir. Dava konusu edilen alacak, zarara uğrayan 3. kişilere ödenmek zorunda kalınan bedelden ibarettir. Bu itibarla; davacı, doğrudan kendisinin uğradığı zarardan dolayı talepte bulunmuşcasına, davalı sigortacı karşısında 3. kişi olmadığı için talep hakkının bulunmadığı şeklindeki gerekçe ve kabul yerinde değildir.” şeklinde hüküm kurulmuş ve hak sahibinin zararını gideren işletenin hak sahibinin haklarına halef olacağı açıkça ifade edilmiştir. Benzer nitelikte Yargıtay 17'inci Hukuk Dairesinin 09.06.2016 tarihli 2016/8593 Esas ve 2016/7063 Karar sayılı kararında “Davacı araç işleteni olup zarar görenin zararını ödedikten sonra ihtiyari mali sorumluluk sigortası genel şartlarının 1. maddesinde belirtildiği şekilde işletene düşen hukuki sorumluluğu teminat altına alan sigortacısından ödediği tazminatı rücuen talep etmiştir. Somut olayda; davanın sürücüsünün kusurlu hareketi nedeniyle meydana gelen kazada dava dışı ...'ın yaralandığı ve tedavi gördüğü açıktır. Buna göre manevi tazminatın şartlarının oluştuğunun kabulü gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle davacının manevi zararlar için; davacının zarar sorumlusuna yaptığı ödeme kadar davalı sigortacısına başvurabileceğinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiştir” şeklinde hüküm kurulmuştur.

dahi yine TBK'nın haksız fiil hükümleri karşısında bu borcun sürücü ve işleten üzerine doğduğu görülmekte olup KTK'nın 85 ve 91'inci maddesi kapsamında işletenin ve KZMMS kapsamında sigortacısının da bu borçtan müteselsil sorumlu olduğu anlaşılmaktadır.

Bunun yanında sahipsiz sokak hayvanlarının trafikte yaralanması neticesinde KZMMS Genel Şartlarının tanım ve kapsamına giren bir zararın oluşmadığı yönünde görüşe değinmek gerekirse; Türk hukukunda hayvanların kendilerini koruyan normlar dikkate alındığında salt eşya olmaktan çıkmış ve "kişi benzeri" bir statüye yaklaşarak "hak nesnesi" oldukları söylenebilecektir. Bu bağlamda KTK'nın 85'nci maddesi ise eşyalara yönelik zararın kapsamını "*...yahut bir şeyin zarara uğramasına sebep olursa...*" şeklinde düzenlemiş ve herhangi bir sınır koymamıştır. KTK'nın 85'nci maddesi açıkça ekonomik değeri olsun veyahut olmasın eşyaya ilişkin meydana gelen bütün zararları kapsayacak mahiyette düzenlenmiştir. Bu kapsamda KTK'nın 85'inci maddesinin bir hak nesnesi haline dönüşen bütün hayvanları kapsadığı söylenebilecektir.

Diğer taraftan KTK kapsamında hazırlanan KZMMS Genel Şartları dayanak kanuna aykırı şekilde zarar tanımını daraltmış ve üçüncü kişilerin mallarında meydana gelen azalma olarak belirlemiştir. Elbette normlar hiyerarşisinin temel ilkeleri gereği idari düzenleyici işlem mahiyetinde olan "genel şartlar" hiçbir şekilde dayanak kanuna aykırı olamayacağı gibi onun kapsam ve sınırlarını da daraltamayacaktır. Bu bağlamda KTK'nın 85,91 ve 92'nci maddelerine aykırı olarak sigortacının sorumluluğunu daraltan KZMMS Genel Şartları hukuken geçerli ve yürürlükte olsa da uygulamada, dayanak kanunun açık hükmü mevcut iken KZMMS Genel Şartlarını esas alınmasına gerek bulunmayacağı gibi kanunun açık ve amir hükmüne rağmen KZMMS Genel Şartlarının tatbik edilmesi hukuk tekniği ve kalitesi açısından da yerinde olmayacaktır.

Kusura ilişkin olarak, kazaya karışan sokak hayvanının irade sahibi olmadığı, HKK'nın 21 ve 28'inci maddelerinin açıkça kusursuz sorumluluğun en ağır hali olan tehlike sorumluluğuna işaret ettiği göz önüne alınması gerekmekte olup KTK'nın 85'inci maddesi kapsamında işletenin tehlike sorumluluğu bağlamında gerçekleşen zarar ile aracın işletilmesi faaliyeti arasında illiyet bağı kurulması yeterli kabul edilmesi gerekmektedir.

KTK'nın 85'inci maddesi ile açıkça meydana gelen hasarlardan işletenin sorumlu olacağını düzenlemiş, yine KTK'nın 91'nci maddesi de işletenlerin, söz konusu sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda KZMMS kapsamında sigortacının sorumluluğu işletenin KTK'nın 85'inci maddesi ile öngörülen kapsam ile paralel olsa da KTK'nın 92'nci maddesi ile

KTK'nın 85'nci maddesi ile işletenin sorumlu olduğu ama sigortacının sorumlu olmadığı zararlar tahdidi olarak sayılmıştır. Bu kapsamda aracın işletilmesi halinde sokak hayvanlarına verilen zarardan KTK'nın 85'nci maddesine göre işleten sorumlu olup söz konusu sorumluluğa ilişkin KTK'nın 92'nci maddesinde herhangi bir istisna sayılmamıştır.

Sonuç olarak; HKK'nın 4, 21 ve 28'inci maddeleri, TBK'nın haksız fiile ilişkin hükümleri ve KTK'nın 85, 91 ve 92'inci maddeleri bağlamında trafikte sahipli veya sahipsiz bir hayvanın zarara uğraması halinde, bu hayvanın tedavi giderlerinin karşılanması işletenin sorumluluğunda olacak olup söz konusu borçtan işletenin KZMMS kapsamında sigortacısı da müteselsil sorumlu olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, O., ÇOBANOĞLU, N. (2020). Türk Hukukunda Hayvanların Korunmasına İlişkin Yasal Mevzuat ve Bu Mevzuata Göre Hayvanların Hukuki Durumları. Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (36) ,1-37.
- AKÇAAL, M. (2021). Eşya Hukuku (1.b.). Ankara.
- AKKOYUNLU, S. E. (2022). Mahalli İdarelerin Sokak Köpeklerinin Verebileceği Zararlar ile İlgili Yükümlülükleri ve Bu Yükümlülüklerin Mahalli İdareler Arasındaki İlişkiler Bakımından Değerlendirilmesi. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 27(46), 3-63.
- ANTALYA, O. G. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2.b., Cilt I). İstanbul.
- AŞAR, H. (2018). Hayvan Haklarına Yönelik Temel Görüşler ve Yanılgıları. Kaygı. Bursa Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, (30), 239-251.
- AŞÇIOĞLU, Ç. (2005). Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları (1.b.). Ankara.
- AYAN, M. (2015). Borçlar Hukuku Genel Hükümler(10.b.). Konya.
- BOZER, A. (2007). Sigorta Hukuku (2.b.). İstanbul.
- CUMALIOĞLU, E. (2017). Medeni Hukukta Hayvan Hakları ve Hayvanlar Üzerindeki Hak. D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19(Özel Sayı), 573-610.
- ÇEKER, M. (2020). Sigorta Hukuku (22.b.). Adana.
- ÇELEBİ, Ö. (2018). Kişi ve Eşya Ayrımı Bağlamında Hayvanların Hukuki Statüsü. İstanbul Hukuk Mecmuası, 76 (2), 559-622.
- DEMİRCİ, K. (2019). Türkiye’de Hayvan Yaşam Kalitesi Mevzuatı ve Uygulamaları. ETÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (9), 1-16.
- DÖNMEZ, B. (2013). Hayvanlara Yönelik İşlenen Suçlar. Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, (Özel Sayı), 903-925.
- EREN, F. (1987). Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 39 (1), 159-212 (*Sorumluluk*).

- EREN, F. (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (23.b.). Ankara (*Borçlar*).
- EROL SARIYEV, A. (2016). Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (127), 263-298.
- GÜNAY, M. B. (2022). Sigorta Hukuku (4.b.). Ankara.
- İKİZLER, M. (2014). Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku ile Kısa Karşılaştırılması. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 16 (Özel Sayı), 3241-3260.
- İNAN, A.N., YÜCEL, Ö. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4.b.). Ankara.
- İNCİ ÖZEN, Z. (2019). Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye’de Hayvanların Ceza Hukuku Bakımından Korunması. *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5 (1), 1-24.
- KARABAYIR, M. S. (2021). Haksız Fiilden Kaynaklanan Maddi Zararın Tazmini. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- KAYA, F., AKIN, F., BAHAR, E., CANBAZ, M., ÇAVUŞOĞLU, S., DOĞAN, E., KARAMAN, D., ÖZKAN, E., SAVI, F.Z., ULUSOY, T., YURTSEVER, H. (2020). Sigortacılık (7.b.). İstanbul.
- KAYIHAN, Ş., BAĞCI, Ö. (2016). Türk Özel Sigorta Hukuku Dersleri (1.b.). Kocaeli.
- KENDER, R. (2015). Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku (14.b.). İstanbul.
- KILIÇ, S. (2015). Modern Toplumda Hayvan Hakları Üzerine Felsefi Bir Yaklaşım. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, (22), 91-121.
- KOÇHİSARLIOĞLU, C., SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Ö. (2013). Hayvanın Hukuki Konumu. *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan 8 (Özel Sayı), 1691-1725.
- KORKUSUZ, M. H. (2010). Tehlike Sorumluluğunun Hukukumuzdaki Yeri. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15-16 (22-23-24-25), 89-99.
- KULUÇLU, E. (2008). Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri. *Sayıştay Dergisi*, (71), 3-22.
- NOMER, H. N., ERGÜNE, M. S. (2020). Eşya Hukuku (8.b.). İstanbul.

- OĞUZMAN, M. K., SELİÇİ, Ö., OKTAY ÖZDEMİR, S. (2020). Eşya Hukuku (22.b.). İstanbul.
- ORAL, T. (2014). Veteriner Hekimin Sözleşme Dışı Sorumluluğu. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (16), 319-335.
- ÖZBOLAT, M. (2020). Temel Sigortacılık (8.b.). Ankara.
- ÖZDAMAR, M., DOĞAN, B. (2020). Sigorta Hukuku (1.b.). Ankara.
- ÖZGÜR, A. (2010). Hayvanlarla Yaşamı Paylaşmak. Veteriner Hekimler Dergisi, 81 (2), 9-13.
- SARIHAN, B. B. (2014). Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Bir Kural Olarak Tehlike Sorumluluğu. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 20(1), 1177 – 1195.
- SİGORTA TAHKİM KOMİSYONU, (2022). Sigorta Tahkim Komisyonu Hakem Kararları Dergisi, (50).
- SİRMEN, L. (2021) Eşya Hukuku (9.b.). Ankara.
- SÜMER, M. (2021). Hayvanlar Üzerine Düşünmek: Alternatif Bir Paradigma. ETÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (13), 107-121.
- ŞAHİN, E. (2005). Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk (1.b.). Ankara.
- TOKER, A. (2017). Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- UYUMAZ, A. (2016). Bir Hukuk Sorunsalı Olarak Güncel Gelişmeler Işığında Türkiye'de Hayvan Hakları. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20 (3), 133-184.
- YAVAŞI, M. (2019). Kara Taşıtları Sigortaları (1.b.). Ankara.
- YAZICIOĞLU, E., ŞEKER ÖĞÜZ, Z. (2020). Sigort Hukuku (3.b.). İstanbul.
- YILMAZ, G. (2021). Trafik Kazasında Zarar Gören Hayvanlar İçin Yapılan Tedavi Giderlerinin Karayolları Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Kapsamında Karşılınması. Ticaret Hukuku Sempozyumu Sorunlar ve Çözüm Önerileri, T.C. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi.
- YILMAZ, H. (2006). Hayvan Haklarına Bakış. TBB Dergisi, (62), 212-229.
- <https://www.dha.com.tr/gundem/silivride-kopege-carpip-kacan-surucuye-4-yila-kadar-hapis-istemi-2110101> (E. T. 26.03.2023).



TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN SİCİLE KAYITLI GEMİLER ÜZERİNDE İNTİFA HAKKI KURULMASI VE SONUÇLARI*

Establishment and Consequences of Usufruct Rights on Registered Ships under Turkish Law

Tekincan Akif KARAARSLAN*

ÖZ

İntifa hakkı hak sahibine intifa konusu olan şey üzerinde en geniş yetkileri veren sınırlı ayni bir haktır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK), 6762 sayılı Mülga Kanundan farklı olarak sicile kayıtlı gemiler üzerinde kurulacak olan intifa hakkını sınırlamamış uygulamada daha yaygın biçimde kullanılması adına serbest bırakmıştır. Çalışmada ise bu kabulden yola çıkarak TTK m. 1059 hükmü göz önüne alınmış öncelikle gemi ve sicile kayıtlı gemi kavramı incelenmiş ardından da sicile kayıtlı bir gemi üzerinde intifa hakkı kurulması için yapılacak olan sözleşme ve imzaların noterde onaylanmasını müteakiben sicile tescil zorunluluğu incelenmiştir. Daha sonrasında tescil ile intifa hakkını kazanan hak sahibinin hakları ve borçları TTK m. 1060'ın yönlendirmesiyle Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) intifa hakkı hükümleri ile karşılaştırılmalı olarak irdelenmiş ve özellikle intifa hakkı sahibinin yaptıracığı sigorta sözleşmesi üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Gemi Mülkiyeti, İntifa Hakkı, Gemiler Üzerinde İntifa Hakkı, Sicile Kayıtlı Gemi, Gemi Sicili.

* **Gönderi:** 14.08.2023 - **Kabul:** 14.11.2023 | **Received:** 14.08.2023 - **Accepted:** 14.11.2023.

* Arş. Gör., Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Deniz Hukuku Ana Bilim Dalı, Kırklareli, Türkiye
✉ akifkaraarslan@klu.edu.tr • ORCID 0000-0001-5594-0380.

Atıf Şekli / Cite As: KARAARSLAN, Tekincan Akif (2023). Türk Hukuku Bakımından Sicile Kayıtlı Gemiler Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması ve Sonuçları. ÇÜHAD, (4), 64-93.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

The usufruct right is a limited real right that grants the right holder the broadest powers over the usufruct subject matter. Unlike the Abrogated Law No. 6762, the Turkish Commercial Code No. 6102 does not limit the usufruct right to be established on the registered ships, but leaves it free to be used more widely in practice. In this study, based on this acceptance, Article 1059 of the TCC is taken into consideration. Firstly, the concept of ship and registered ship is analysed, and then the obligation of registration to the registry following the notarisation of the agreement and signatures to be made for the establishment of usufruct right on a registered ship is examined. Subsequently, the rights and obligations of the usufructuary who acquires the usufruct right upon registration are analysed in comparison with the usufruct right provisions of the TCC under the guidance of Art. 1060 of the TCC, and the insurance contract to be concluded by the usufructuary is particularly emphasised.

Keywords: Ship Ownership, Usufruct Right, Usufruct Right on Ships, Registered Ship, Ship Registry.

GİRİŞ

Türk hukukunda gemiler üzerinde intifa hakkı, TTK m. 1059 uyarınca sicile kayıtlı gemiler üzerinde kurulabilen ve hak sahibine üzerinde hak kurulan gemiden tam olarak yararlanma yetkisi veren aynı haktır¹. Mülga 6762 sayılı Kanunun hazırlanması sırasında gemiler üzerinde intifa hakkı kurulmasının uygulamada az rastlandığı gerekçesiyle hakkın kullanımı sınırlandırılmış; ancak öğretilerde yapılan intifa hakkının daha yaygın şekilde kullanılabileceği, bu nedenle yapılan sınırlamanın gereksiz olduğu şeklindeki eleştiriler dikkate alınarak 6102 sayılı TTK'da hakkın kurulması tümüyle serbest bırakılmıştır²³. İlgili kanun m.

¹ ÇAĞA, KENDER, s. 129; OKAY, s. 217; YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 240; ATAMER, Cilt II, 111; TOPSOY, s. 136; KAYIHAN, Deniz Ticareti, s. 92; DEMİR, Deniz Ticareti, s. 223; KARA, s. 118; ÖZEN, s. 19 vd.

² ÇAĞA, KENDER, s. 129; CAN, s. 183; OKAY, s. 217; 6762 sayılı TK döneminde söz konusu sınırlamanın gereksiz olduğu yönünde en önemli kaynak: AYBAY, İntifa, s. 303. İlgili yazar, gemi üzerindeki intifa hakkı tesisinin ancak bu geminin dâhil bulunduğu mamelek veya terekenin tamamı yahut bir kısmı üzerinde kurulabilmesini taşıyan şartın Alman hukukundan alındığını, kısıtlayıcı olduğunu belirtmektedir. Yazar, düzenlemenin Türk hukukunda değiştirilmeden aktarılmasının nedeninin de o dönemde var olan anlayışın gemi üzerindeki intifa hakkının nadir olarak kurulduğu ve bu nedenle de sicil işlemlerinin ağırlaştırılmaması olduğu şeklinde ifade etmiştir.

³ Kanaatimizce 6102 sayılı TTK ile isabetli bir düzenleme getirilmiştir. Gemiler, geçmişten günümüze ticaret hayatının akışını önemli ölçüde etkileyen taşıma araçlarıdır. Ticaret hayatının içinde bu denli öneme sahip ve özelliği gereği büyük bir sermaye gerektiren gemilerin, eşya hukuku sisteminde diğer eşyalar için düzenlenmiş olan hakların tamamından en az diğer eşyalar kadar faydalanması gerekmektedir. Yine öğretilerde isabetli bir şekilde gemiler üzerinde kurulacak intifa hakkının, kişileri standart sözleşme yükümlülüklerinden kurtardığı belirtilmiştir: MURAN, s. 93. Bu görüşe göre; kişi, daha basit bir hukuki işlemle aynı bir hak derecesine yükseltilmiş bir hakkı kazanacaktır. Aynı zamanda bu görüş, gemi üzerinde kurulacak intifa hakkının, sadece yalın işlemle sınırlı kalmadığını belirtmekte, sözelimi malikin, dâhil olacağı bir ortaklığa sadece gemiden faydalanma hakkını koyarak gemi üzerindeki intifa hakkını, ortaklık adına tescil ettirebileceğini belirtmektedir: MURAN, s. 93; ÇAĞA, KENDER, s. 130.

1059’da sicile kayıtlı gemiler üzerinde intifa hakkının kurulabileceğini düzenlemiş; ayrıca bu hakkın, TMK’nın taşınmazlar üzerinde kurulan intifa hakkı hükümlerine tabi olacağını da hüküm altına almıştır⁴. Bu nedenle çalışmada önce gemi kavramı, ardından sicile kayıtlı gemi kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanacak; akabinde de intifa hakkının sicile tescili incelenecektir⁵.

I. GEMİ KAVRAMI

Gemi, deniz ticaretinin aktör olan donatıyla birlikte en önemli süjesidir. Bu nedenle geminin tanımına ve özelliklerine deniz hukuku çerçevesinde değinmek yararlı olacaktır. Mezkûr süje TTK 931/I’de “tahsis edildiği amaç suda hareket etmesini gerektiren, yüzme özelliği bulunan ve pek küçük olmayan her araç kendiliğinden hareket etmesi imkânı bulunmasa da bu kanun bakımından gemi sayılır” şeklinde tanımlanmıştır⁶. Mehz Alman Kanunu ise TTK’nın aksine herhangi bir gemi tanımını içermemektedir. Alman kanun koyucu, konunun genişliğinden ötürü tanımı öğreti ve mahkeme içtihatlarına bırakmıştır. Esasen Alman hukukunda Federal Mahkeme’nin 1951 yılında yaptığı “*tahsis edildiği amaç, suda hareket etmesini gerektiren, yüzme kabiliyetine haiz bir teknesi bulunan ve pek de küçük olmayan her nakil vasıtası*”⁷ şeklindeki gemi tanımı hala baskın olarak kabul edilmekte ve Türk hukukuna da ışık tutmaktadır.

A. Gemi Kavramının Unsurları

Kanunun tanımından da anlaşılacağı üzere bir deniz aracının, TTK bakımından gemi olarak nitelendirilmesi belirli kıstaslara bağlanmıştır. Bu nedenle bir deniz aracının TTK uyarınca gemi niteliğine sahip olabilmesi için belirli olumlu ve olumsuz şartlar aranmaktadır. Olumlu şartlar; araç olma, suda hareket etmeyi gerektiren bir amaca tahsis edilmiş olma ve yüzme özelliğine sahip olmasıdır. Olumsuz şart ise bu aracın pek küçük olmamasıdır.

⁴ Böylece gemiler üzerinde münferit olarak intifa hakkının kurulmasını sağlayacak olan yeni hükümlerin kabulüyle deniz ticareti hukukunda intifa hakkının kullanımının yaygınlaştırılmış olacaktır: MURAN, s. 124.

⁵ Belirtmek gerekir ki çalışmada gemiler üzerinde kurulacak olan intifa hakkı yalnız Türk hukuku bakımından değerlendirilecektir, zira Alman hukukunda mülga Ticaret Kanunu’nda (TK) olduğu gibi intifa hakkı kurulması bakımından sınırlama bulunmakta bu nedenle de uygulamada gemi üzerinde intifa hakkının kurulmasının nadir olduğu ifade edilmektedir: DOBBERAHN, s. 148.

⁶ Mukayeseli hukukta da yeknesak bir gemi tanımı bulunmamaktadır. İngiliz Deniz Ticareti Kanunu’nda gemi terimi seyrüseferde kullanılan her türlü tekneyi kapsamaktadır. Fransız hukukunda gemi denizde seyrüsefer yapmak üzere tasarlanmış, hareket edebilen yüzer nesnelere olarak tanımlanmaktadır: TOPSOY, s. 16; ATAMER, Cilt I, s. 660; Yazar, TTK Tasarı Komisyonunun, Türk hukukunda gemi terimine ilişkin ortak bir tanım bulunmadığı gerekçesiyle 6102 sayılı TTK bakımından ortak bir gemi tanımı yapmayı hedeflediğini belirtmiştir, SÜZEL, s. 1618.

⁷ DOBBERAHN, s. 148 vd. Bu tanım esasında denizde hareket etmesi gerektiren denilerek 1956 tarihli TK’ya aynen alınmıştır. Detaylı bilgi için: KALPSÜZ, Deniz Ticareti, s. 76.

1. Araç

Mülga TK, geminin “tekne⁸” şeklinde olması şartını aramaktaydı. Dolayısıyla tekne biçiminde olmayan mavna ve şatların, gemi sayılıp sayılamayacağı öğretide tartışmalı bir haldeydi⁹ bu nedenle 6102 sayılı TTK tekne kavramı kaldırarak geminin araç formunda¹⁰ olmasını aramış ve böylece öğretilerdeki tartışmaları sona erdirmiştir¹¹.

2. Suda Hareket Etmesini Gerektiren Amaç ve Yüzme Özelliğine Sahip Olması

Bir aracın gemi olarak kabul edilmesi salt suda hareket etmesi yetmemekte ayrıca tahsis edildiği amacın suda hareket etmesine bağlı olması gerekmektedir¹². Söz gelimi Eminönü İskelesi’nde yer alan balıkçı lokantaları, yüzme özelliğine sahip olsa da suda hareket etmesini gerektiren bir amaca tahsis edilmediğinden TTK açısından gemi sayılamayacaktır. Yine bir aracın gemi sayılması için kendi kendine yahut dışarıdan bir kuvvetle yüzebiliyor ya da yüzdürülebiliyor¹³ olması gerekmektedir¹⁴.

⁸ Öğretilerde, teknenin içi boş ve suda yüzme kabiliyetine haiz bir cisim olduğunu belirtilmektedir: KALPSÜZ, Deniz Ticareti, s. 76; DOĞANAY, s. 2470; OKAY, s. 78.

⁹ YETİŞ ŞAMLI, s. 27; ATAMER, Cilt I, s. 662; KOYUNCU, s. 350.

¹⁰ Geminin araç formuna sahip olması onun su üzerinde hareket etmesinin yeterli olduğunu vurgulamaktadır. Kanun koyucu, araç kavramını kullanarak geminin içi boş ve hacimli tekne kavramına karşılık gelmesini engellemiş olmaktadır: SÖZER, Deniz Ticareti, s. 36.

¹¹ ALGANTÜRK LİGH, s. 126; TEKİL, s. 4; OKAY, s. 78 vd.; YETİŞ ŞAMLI, s. 27; ATAMER, Cilt I, s. 662; DEMİR, Deniz Ticareti, s. 50; BOZKURT, s. 2; DAMAR, s. 755: yazar, tekne kavramı yerine araç kavramının kullanılmasyla, gemiler bakımından mülga TK’da aranan “içi boş ve oyuk olması” şartının aranmayacağını belirtmekte ve artık bu nitelikte olmayan araçların da gemi olarak nitelendirileceğini belirtmektedir; SÜZEL, s. 1618. *Koyuncu* ise araç teriminin, insan ya da yük taşımaya elverişli şey olduğunu belirtmektedir. Ancak yazara göre insan ya da yük taşımayan römorkör gemileri gibi gemilerinin de TTK bakımından gemi olarak sayılacağını belirtmektedir: KOYUNCU, s. 350; aynı yönde: DAMAR, s. 755; farklı bir yönde: ÇETİNGİL, KENDER, ÜNAN, YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 7: yazarlar, denizcilik alanında her aracın gemi olarak nitelendirilmesinin doğru olmayacağını belirtmektedir. *Yetiş Şamlı*, mülga TK bakımından gemi olarak kabul edilmeyen araçların, 6102 sayılı TTK kapsamında gemi olarak kabul edilmesinin, mülkiyet hakkının kazanılması ve kaybında doğrudan etkili olacağını belirtmektedir: YETİŞ ŞAMLI, s. 22.

¹² AYBAY, s. 483; TEKİL, s. 71; AKAN, s. 6; SÖZER, Deniz Ticareti, s. 32; CAN, s. 19; İZVEREN, FRANKO, ÇALIK, s. 21. Suda hareketi gerektiren amacın geniş yorumlanması gerekmektedir. Burada “hareket” kavramı ile geminin seyri sefer kabiliyeti anlaşılmalıdır: YETİŞ ŞAMLI, s. 13; DEMİR, Deniz Ticareti, s. 50-52; DOĞANAY, s. 2471.

¹³ Öğretilerde, “yüzme” ibaresinin, cismin suda dengesini kaybetmeksizin hareket etmesi anlamına geldiği ifade edilmiştir: DEMİR, Deniz Ticareti, s. 52.

¹⁴ AYBAY, s. 93; KALPSÜZ, Deniz Ticareti, s. 81; DOĞANAY, s. 2471; SÖZER, Deniz Ticareti, s. 31; KANER, s. 18; KARA, s. 47; YETİŞ ŞAMLI, s. 17; DAMAR, s. 757; farklı yönde: ÇETİNGİL, KENDER, ÜNAN, YAZICIOĞLU, s. 7: yazarlar, kanunda yer alan “kendiliğinden hareket etme bulunmasa dahi” ifadesinin gereksiz olduğunu ve mülga TK döneminde bu husus bakımından tartışma yaşanmadığını belirtmektedir; aynı yönde: DEMİR, Deniz Ticareti, s. 52.

3. Pek Küçük Olmama

Pek küçük olmama ile aranan nitelik aracın denize açılacak nitelikte olmasıdır¹⁵. Ancak öğretide bu ifadenin muğlak olduğu belirtilmiş ve ne anlama geldiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür¹⁶. Bir görüş bu niteliğin, geminin deniz tehlikelerine karşı seyrüseferini sorunsuzca başarabileceği bir büyüklükte olması gerektiği şeklinde anlaşılacağını belirtmektedir¹⁷. Diğer bir görüş bu konuda denizcilik çevresinin kabul ve görüşleri dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır¹⁸. Üçüncü bir görüş ise TTK'nın gemi siciline kayıt için getirdiği 18 *gros tonilato* (GRT) sınırını aranması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁹. Esasen kanaatimizce birinci ve ikinci görüşlerin karma bir kabulü daha uygundur²⁰. Hem seyrüseferin sorunsuzca yürütülmesi kıstası ele alınmalı hem de denizcilik çevresinin bu konudaki kabul ve görüşleri esas alınarak hâkimin takdir yetkisini kullanması gerekmektedir.

B. Sicile Kayıtlı Gemi Kavramı

Türk Gemi Sicili kavramının kapsamına hangi sicillerin girdiği konusunda kanunda bir açıklık bulunmasa da öğretide hâkim görüş “Türk Gemi Sicili” kavramından TTK'da düzenlenen “Milli Gemi Sicili ve “Türk Uluslararası Gemi Sicilinin” anlaşılması gerektiği ifade etmektedir²¹. Bağlama Kütüğünün rejimi hakkındaki öğretideki hâkim görüş bir sicil olmadığı yönünde olduğundan²² bu kütüğe kayıtlı gemilere “Bağlama Kütüğü Uygulama

¹⁵ TEKİL, s. 68; Kanunun getirdiği bu kıstasın anlaşılması zor olduğundan ve muğlak bir anlam içerdiğinden hareketle öğretide tarafından eleştirilmiştir: OKAY, s. 73.

¹⁶ DEMİRKIRAN, DEMİRKIRAN, s. 339; DAMAR, s. 757; yazarlar, kanunun tasarılması döneminde, nicelik ifade eden bu unsurun objektif bir kritere bağlanması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁷ TEKİL, s. 69; OKAY, 79; YETİŞ ŞAMLI, s. 19; AKAN, s. 5; CAN, s. 17; DOĞANAY, s. 2471: yazar, kanun koyucunun ölçü vermekten kaçındığını ve bu nedenle pek küçük olmama kıstasının hâkim tarafından yorumlanması gerektiğini belirtmektedir; SÖZER, s. 35: yazar, aynı zamanda denizcilik tatbikatına bakılmasının da gerekli olduğunu belirtmektedir; AKAN, s. 7: yazar, bu kavramın denize elverişliliği karşıladığını belirtmektedir.

¹⁸ ÇAĞA, KENDER, s. 47; KALPSÜZ, Deniz Ticareti, s. 76; İZVEREN, FRANKO, ÇALIK, s. 21; YAZICIOĞLU, s. 49; DEMİR, Deniz Ticareti, s. 52.

¹⁹ ATAMER, Cilt I, s. 663; TOPSOY, s. 19.

²⁰ SÖZER, Deniz Ticareti, s. 35.

²¹ YETİŞ ŞAMLI, s. 83; SÖZER, Deniz Ticareti, s. 92; YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 121.

²² Öğretide bir görüş kanun koyucunun, Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliğini kaleme alırken sicil ve tescil kavramlarını kullanmaktan kaçındığını, bu kavramlar yerine “kütük ve kayıt” ifadelerinin yer aldığını belirtmektedir. Yine bu görüş taraftarlarına göre sicile güven ilkesinin Bağlama Kütüğüne kayıtlı gemilerde söz konusu olmayacağından, Bağlama Kütüğü, gemi sicili olarak nitelendirilmemektedir, DEMİR, Bağlama Kütüğü, s. 117; SEVİNÇ KUYUCU, Bağlama Kütüğü, s. 693; YAZICIOĞLU, s. 103; KAYIHAN, Deniz Ticareti, s. 62; IŞIKLAR, SÜZEL, s. 67. Yargıtay 12. HD, T. 02.02.2021, E. 2020/9457, K. 2021/954, kararında Bağlama Kütüğü 'nün TTK uyarınca bir sicil olmadığını hüküm altına almış Kütüğün sicil olmadığından hareketle TTK uyarınca kütüğe kayıtlı gemi üzerinde, gemi ipoteği kurulamayacağını belirtmiştir: (www.lexpera.com.tr) (E.T. 17.10.2023); aynı yönde: Yargıtay 11. HD, T. 23.01.2022, E. 2014/10235, K. 2014/17936, (www.lexpera.com.tr) (E.T. 17.10.2023).

Yönetmeliğinde” yer alan hükümler uygulanacaktır. Bu nedenle TTK m. 1059’da düzenlenen intifa hakkı Bağlama Kütüğüne kayıtlı gemiler üzerinde kurulamayacak²³ ancak Milli Gemi Sicili ve Türk Uluslararası Gemi Siciline kayıtlı gemiler üzerinde kurulabilecektir²⁴.

II. İNTİFA HAKKI KAVRAMI

İntifa hakkı, 4721 sayılı TMK’nın Dördüncü Kitabı olan Eşya Hukuku’nun İkinci Kısımında yer alan sınırlı ayni haklar içinde, İkinci Ayrımda 794-822. maddeler arasında ele alınmaktadır. Mezkûr hak, belirli bir gerçek ya da tüzel kişiye, hakkın konusu şey üzerinde, tam yararlanma hakkı veren²⁵ ve ayrıca birtakım yükümlülükler²⁶ yükleyen ancak devredilemeyen ve miras yolu ile geçemeyen sınırlı bir ayni haktır²⁷.

Türk hukukunda, intifa hakkının, taşınır, taşınmaz eşyalar ile haklar ve malvarlığı üzerinde kurulacağı ifade edilmektedir. Eşya kavramı ise hukuki anlamda üzerinde hâkimiyet kurulabilen ve ekonomik değer taşıyan cismani varlıklar olarak tanımlanmaktadır²⁸. İntifa hakkı, bir taşınır üzerinde kurulacaksa bu eşyanın ekonomik bir değeri ve maddi bir varlığının bulunmalı ayrıca eşyanın zilyetliğinin intifa hakkı sahibine devredilmesi gerekmektedir²⁹. Şayet intifa hakkı bir taşınmaz üzerinde kurulacaksa bu takdirde hakkın Tapu Sicil Kütüğüne tescil ettirilecektir. Kurulan intifa hakkı ile taşınmazın öz değeri ve çıplak mülkiyeti, malikte kalacak, intifa hakkı sahibi ise taşınmazı kanunun belirlediği sınırlar içerisinde kullanma hakkına sahip olacaktır³⁰.

²³ DEMİR, Bağlama Kütüğü, s. 158: Yazar, Bağlama Kütüğüne zorunlu olarak kaydedilen gemi ve araçlar üzerinde intifa hakkı tesisine TTK m. 1059’un uygulanmayacağını belirtmektedir. Bağlama Kütüğüne Kayıtlı araçlar ve gemiler üzerinde intifa hakkı ancak TTK m. 997/1 uyarınca TMK m. 795 hükümlerine tabi olacak bu nedenle de zilyetliğin devri suretiyle üzerlerinde intifa hakkı kurulabilecektir. Ayrıca yazar, Bağlama Kütüğüne kayıtlı aracın ya da geminin zilyetliğinin devrinin olumsuz sonuçlar doğurabileceğini bunlarında tıpkı Türk Gemi Siciline kayıtlı gemiler gibi zilyetliğin devri şartı aranmadan üzerlerinde intifa hakkı kurulabilmesinin gerekli olduğunu ifade etmektedir: DEMİR, s. 159.

²⁴ ATAMER, Cilt II, s. 111. İntifa hakkı, sahibine, gemiyi zilyetliğinde bulundurma, gemiyi yönetme ve ondan tam yararlanma hakkı verdiği için yapı halindeki gemiler üzerinde intifa hakkı kurulamayacaktır: TOPSOY, s. 137; ATAMER, Cilt II, s. 112.

²⁵ Öğretide, diğer bütün irtifak haklarının belirli bir kullanma ve yararlanma yetkisi sağladığı ancak intifa hakkının tam bir kullanma hakkı verdiği belirtilmektedir: ÖZEN, s. 81. Ayrıca belirtmek gerekir ki TMK’da düzenlenen diğer bütün irtifak hakları yalnızca taşınmazlar üzerinde kurulabilmekteyken intifa hakkı görüldüğü üzere taşınırlar, taşınmazlar, haklar ve malvarlığı üzerinde kurulabilmektedir

²⁶ İleride ele alınacağı üzere intifa hakkı, hak sahibine, intifa konu malın bakımı ve korunması, giderlerinin karşılanması ve sigorta ettirilmesi yükümlülüklerini yüklemektedir. İntifa hakkı sahibi, intifa konusu şeyden tam yararlanma hakkına sahip olsa da malikin de gözetim, itiraz ve güvence isteme hakkı bulunmaktadır.

²⁷ WIELAND, s. 387; KARAHASAN, s. 123; SİRMEN, s. 557; CANARSLAN, s. 17.

²⁸ OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 6; SİRMEN, s. 5; CANARSLAN, s. 20.

²⁹ CANARSLAN, s. 20.

³⁰ ÖZEN, s. 49; CANARSLAN, s. 21.

III. SİCİLE KAYITLI GEMİ ÜZERİNDE İNTİFA HAKKININ KURULMASI

TTK m. 1059 uyarınca gemi üzerinde intifa hakkı tesisi mümkündür. Tesis edilen bu hak intifa hakkı sahibine intifa konusu olan gemiden tam olarak yararlanma hakkı³¹ vermektedir³². Bu hakkın kurulmasıyla malik, hakkın konusu olan gemi üzerinde tasarruf yetkisini sürdürmeye devam ederken gemiyi kullanma ve yararlanması yetkisi ise intifa hakkı sahibine ait olmaktadır³³. Kanun koyucu intifa hakkının kurulması bakımından, gemi ipoteğinin kurulmasını düzenleyen TTK m. 1015'e atıf yapmış; mezkûr hakkın yazılı şekilde düzenlenen ve imzaları tasdik edilmiş anlaşmanın sicile tescili ile doğacağını kabul etmiştir³⁴. Bu nedenle akdi intifa hakkının kurulması şartlarının, gemi ipoteği hükümleri çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

A. Sözleşme

1. Şekli

TTK m. 1059/III sicile kayıtlı gemiler üzerinde akdi intifa hakkının kurulmasında gemi ipoteğinin kurulmasını düzenleyen TTK m. 1015'e atıfta bulunmuştur. İlgili hüküm uyarınca gemisi üzerinde intifa hakkı kurmak isteyen malik ve müstakbel intifa hakkı sahibi, hakkın tüm esaslı noktalarında yazılı şekilde anlaşmalı ve imzaları noterce ya da gemi sicil müdürlüğüne onaylandıktan sonra³⁵ hak, geminin bağlı olduğu sicile tescil ettirilmelidir³⁶.

³¹ İntifa hakkı sahibinin, intifa konusu olan mal üzerinde fiili bir hâkimiyet sahibi olması dolayısıyla da doğrudan ve ferî zilyetliği kazanmaktadır. İntifa hakkı sahibinin malı kullanma, zilyetliğinde bulundurma, yararlanma ve yönetme yetkileri ise tam yararlanma yetkisi olarak adlandırılmaktadır: ÖZEN, s. 53; MURAN, s. 98.

³² YAZICIOĞLU, s. 241; NOMER, ERGÜNE, s. 532; KÖPRÜLÜ, KANETİ, s. 95; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 949; WIELAND, s. 425.

³³ NOMER, ERGÜNE, s. 533; KILIÇOĞLU, s. 497; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 949; WIELAND, s. 426. İntifa hakkı, sınırlı ayni hak niteliğinde olduğundan hak sahibine gemi üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlamaktadır. Dolayısıyla malik dâhil olmak üzere herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Ancak intifa hakkı sınırlı ayni hak olduğundan hak sahibi, gemi üzerinde tasarruf yetkisine sahip olamamaktadır: ÖZEN, s. 101; Öğretide intifa hakkı kurulan şey üzerinde hak sahibinin birçok yetkiyi elde ettiğini ve malike yalnız "çıplak" bir mülkiyetin kaldığını belirtmektedir, GÖKTÜRK, s. 997; ÖZEN, s. 101; KÖPRÜLÜ, KANETİ, s. 97.

³⁴ Esasında söz konusu atıf TMK sisteminin taşınmazlar üzerinde kurulacak olan intifa hakkı ile de özdeştir. Zira taşınmazlar üzerinde intifa hakkı resmi şekle tabi sözleşme ve tapu kütüğüne tescili ile doğmaktadır: OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 954; KARA, s. 118.

³⁵ TTK m. 1015/II c. II, "Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir" ifadesini içermektedir. Ancak öğretide, gemi sicil müdürlüğü önünde böyle bir anlaşma yapılması yönünde uygulama olmadığı belirtilmekte ve maddenin lafzı bakımından doğru olanın yazılı şekilde yapılmış olan anlaşmanın, imzalarının onaylanması safhasının gemi sicil müdürlüğü önünde yapılması olduğu ifade edilmektedir: ÇETİNGİL, KENDER, ÜNAN, YAZICIOĞLU, s. 62-63. Aynı yönde: SEVİNÇ KUYUCU, Finansman, s. 53.

³⁶ OKAY, s. 218; KAYIHAN, Deniz Ticareti, s. 83; YAZICIOĞLU, s. 241; BOZKURT, s. 80; İZVEREN, FRANKO, ÇALIK, s. 96; KARA, s. 98; CAN, s. 153; ÇAĞA, KENDER, s. 117; TOPSOY, s. 146; AKÇURA KARAMAN, s. 140; AKINCI, s. 60. Kanun koyucunun yazılı şekil getirmesinin amacı tarafları düşünmeye sevk etmektir. Kişiye önemli derecede bazı borç ve sorumluluklar getiren ve sorumluluk doğuran hukuki

Belirtmek gerekir ki; gemi üzerinde intifa hakkı kurulmasını sağlayan işlemin, kanuni olarak belirli bir şekilde yapılması öngörüldüğünden kaynağı kanun olmakta ve kanuni şekil adını almaktadır. Bu nedenle kanun düzenlemesiyle getirilen bu şekil şartı emredici olduğundan dolayı taraflar bu hususun aksini kararlaştıramayacak aynı zamanda da hâkim sözleşmenin kanunun aradığı şekle uygun olup olmadığını re 'sen dikkate alacaktır³⁷. Dolayısıyla şekil şartına uyulmadan yapılan intifa hakkı sözleşmesi, TBK m. 12/II gereği hüküm doğurmayacaktır³⁸.

Görüldüğü üzere intifa hakkı da gemi ipoteği gibi bir anlaşma ve sicile tescil ile kurulmakta dolaylı olarak taşınmaz mülkiyeti hükümlerine tabi olmaktadır. Böylece TTK m. 1060/I hükmünde yer alan gemiler üzerindeki intifa hakkı bakımından TMK kurallarının uygulanacağı hükmüyle kanunun kendi düzenlemeleri bakımından da paralellik sağlanmış olmaktadır.

2. Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Gemiler üzerinde kurulacak olan intifa hakkına dair anlaşma kanunda özel olarak tanımlanmadığından dolayı öğretide isimsiz bir sözleşme olduğu belirtilmektedir³⁹. Zira kanunda özel olarak ve ayrıntılı biçimde düzenlenmeyen sözleşmeler isimsiz sözleşme olarak adlandırılmaktadır⁴⁰. Gemiler üzerinde intifa hakkı kuran sözleşme, aynı zamanda tek tarafa borç yükleyen bir işleve sahip olduğundan mezkûr sözleşme ile borçlu malik gemisi üzerinde intifa hakkını tescil ettirme borcu altına girmektedir⁴¹. Burada, intifa hakkının sona ermesinden sonra hak sahibinin terkin borcundan ötürü sözleşmenin karşılıklı borç ihtiva ettiği düşünülse

işlemlerin şekle bağlanması onu akdedecek tarafların neticeleri daha iyi düşünmesi ve tedbirli davranmasına olanak sağlar: TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 21. İlgili yazarlar ayrıca şekil şartının hukuki işleme açıklık ve güven sağlamanın yanı sıra kanıt kolaylığını sağladığını bu kolaylığında sözleşmenin yorumunu kolaylaştırdığını belirtmektedirler: aynı yönde: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, s. 271. *Akyol* ise kanundaki kesin hüküm nedeniyle temsilin şekil şartına bağlı olmadığını ancak ispat şekli için yazılı olabileceğini belirtmektedir: AKYOL, s. 181.

³⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, s. 273; CAN, s. 153; KALPSÜZ, Rehin, s. 62. Gemi ipoteği bakımından: TEKİL, s. 52; OKAY, s. 198; KANER, s. 55; NİTELİK, s. 45. Belirtmek gerekir ki taraflar arasında akdettiği intifa sözleşmesini değiştirmek istiyorlarsa bu durumda TBK m. 13 gereği şekil şartına uyulması gerektir. Ancak sözleşmedeki hükme aykırı düşmeyen yahut niteliğini değiştirmeyen durumlarda böyle bir şekil şartına uyulmasına ihtiyaç duyulmayacaktır: NİTELİK, s. 45; TEK, s. 67; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, s. 128.

³⁸ TOPSOY, s. 147; BOZKURT, s. 60.

³⁹ AKÇURA KARAMAN, s. 132.

⁴⁰ EREN, Borçlar Özel, s. 950 vd.; KÖPRÜLÜ, KANETİ, s. 478.

⁴¹ Gemi ipoteği bakımından: TEK, s. 63; ÖZEN, s. 124. Aksi görüşte: AKÇURA KARAMAN, s. 134; NİTELİK, s. 42. İlgili yazarlar, ipotek sözleşmesinin eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme türüne haiz olduğunu belirtmektedir.

de intifa hakkını tescil ettirme borçlusu olan malikin tescil borcu sözleşmeden kaynaklanmaktayken intifa hakkı alacaklısının daha sonradan hakkı terkin borcu kanundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle tarafların borç kaynakları farklı şekilde ortaya çıkmaktadır⁴². Yine tarafların intifa hakkının kurulmasına yönelik anlaşması bağımsız bir sözleşme meydana getirmemekte, bu hak tescil ile hukuki işlem olarak doğmaktadır. Bu nedenle, anlaşmanın yapılmasının tek başına bir hukuki sonuç meydana getirmediği kabul edilmektedir⁴³.

3. Sözleşmenin Sebebe Bağlı Olması

Bir önceki başlık altında da ifade edilmiş olduğu üzere, TTK m. 1059/I sicile kayıtlı gemiler üzerinde akdi intifa hakkı kurulması açısından gemi üzerinde akdi ipoteğin kurulmasını düzenleyen TTK m. 1015'e atıf yapmıştır. Bu nedenle intifa hakkı sözleşmesinin sebebe bağlı olup olmadığı hususu da gemi ipoteği sözleşmesine göre belirlenmesi gerekecektir. Gemi ipoteği sözleşmelerinin ise sebebe bağlı mı yoksa sebepten soyut mu olduğu hususu öğretilerde tartışmalıdır⁴⁴. Öğretilerde hâkim görüş gemi ipoteğinin sebebe bağlı olduğunu savunmaktadır⁴⁵. Kanaatimizce hem gemi ipoteği hem intifa hakkı, TMK'da hüküm altına alınan taşınmaz mülkiyetine yönelik işlemler örnek alınarak düzenlendiğinden intifa hakkının da gemi ipoteği gibi sebebe bağlı olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla, taraflar arasında intifa hakkının tesis edilmesini gerektiren temel bir borç ilişkisi mevcut değilse yahut bu ilişki geçersizse intifa hakkı ortaya çıkmayacaktır⁴⁶.

4. Sözleşmenin Tarafları

İntifa hakkının kurulması, ileride görüleceği üzere hak sahibine sağladığı haklar yanında birtakım yükümlülükler de yüklemektedir. Bu yükümlülüklerin varlığı da rızası olmadan bir kişiye intifa hakkı kazandırılmamasına neden olmaktadır. Dolayısıyla gemi üzerinde intifa

⁴² TEK, s. 62.

⁴³ AKINCI, s. 61.

⁴⁴ Şayet ipoteğin sebebe bağlı olduğu kabul edilirse, ipotek borçlusu, geçerli olmayan bir borcun varlığından hareketle ipotek sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürebilecektir. İpoteğin sebebe bağlı olmadığı (sebepten soyut olduğu) kabul edilirse bu durumda temel ilişki geçersiz olsa bile ipotek alacaklısı hakkın kurulmasını talep edebilecektir: SEVİNÇ KUYUCU, Finansman, s. 148.

⁴⁵ KALPSÜZ, Rehin, s. 65; OKAY, s. 186; AKÇURA KARAMAN, s. 137; SEVİNÇ KUYUCU, Finansman, s. 147. Aksi yönde: AKINCI, s. 62.

⁴⁶ Öğretilerde *Muran*, aynı sonuca farklı bir yorum ile ulaşmıştır. Yazar, gemiler üzerinde kurulacak olan intifa hakkına, TTK m. 1060 gereği taşınmaz üzerinde kurulacak intifa hakkına ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiş bu nedenle de taşınmazlarda geçerli olan sebebe bağlılık ilkesinin, gemiler üzerinde kurulacak olan intifa hakkı bakımından da geçerli olması gerektiğini belirtmiştir: MURAN, s. 120 vd. Kanaatimizce yazarın görüşü kısmen tartışmaya açıktır. Zira TTK m. 1059, gemiler üzerindeki intifa hakkının kuruluşu bakımından TTK m. 1015 hükmünün uygulanacağını belirtmiştir. Bu nedenle sebebe bağlılık ilkesinin var olup olmadığı gemi ipoteği hükümlerinden yola çıkılarak belirlenmelidir.

hakkının kazanılması için irade beyanları geçerli biçimde ortaya konulmuş bir sözleşmenin varlığı aranmaktadır⁴⁷. Gemi üzerinde intifa hakkı kurulması için yapılacak olan sözleşme de geminin maliki ve intifa hakkı sahibi arasında yapılmaktadır⁴⁸.

İntifa hakkı sözleşmesinin tarafı olan geminin maliki, TTK m. 974/I uyarınca gemi sicilinde malik olarak kayıtlı bulunan kişi olacaktır. Sözleşmenin diğer tarafı olan intifa hakkı sahibi ise gerçek yahut tüzel bir kişi olabileceği gibi ortaklaşa mülkiyet iradesine sahip olan paylı veya elbirliği şerikler de olabilecektir⁴⁹.

Kaptanın ise yönettiği gemi üzerinde olası bir kredi işlemini sağlamak için sözleşmenin tarafı olarak intifa hakkı kurmaya yetkili olup olmadığı durumu TTK m. 1105'e göre belirlenmelidir⁵⁰. Mezkûr maddede kaptanın kredi işlemleri düzenlenmiş ve yapabileceği sözleşmeleri tahdidi olarak sıralamıştır. Lakin bu sınırlamalar arasında intifa hakkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Kaptan gemi üzerinde intifa hakkı kuramayacaktır. Ayrıca kaptanın gemi üzerinde intifa hakkı kuramaması, hükmün *ratio legisinden* de anlaşılmaktadır. Zira kanun koyucu söz konusu kredi işlemleri açısından gemi ipoteğini de saymamaktadır. İpotek durumunda geminin ticari yönetimi elden çıkmamakta ancak varlığı tehlikeye girmektedir. İntifa hakkında ise geminin hem ticari hem teknik kullanımı tamamen intifa hakkı sahibine geçtiğinden ötürü söz konusu durum donatan olan malikin çıkarlarına uymamaktadır. Dolayısıyla hükmün *ratio legisinden* de kaptanın, gemi üzerinde intifa hakkı kuramayacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁵¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki paydaşlar anlaşarak donatma iştiraki üzerinde intifa hakkı kuramayacaktır. Zira donatma iştiraki geminin devamlı olarak deniz ticaretinde kullanılması amacıyla kurulmaktadır. Binaenaleyh gemi üzerinde intifa hakkı kurularak

⁴⁷ ÖZEN, s. 131. Belirtmek gerekir ki gemi üzerinde birden çok kişi lehine bir intifa hakkı kurulacaksa bu takdirde tüm hak sahiplerinin rızası gerekmektedir.

⁴⁸ OKAY, s. 197. İntifa hakkını kurmaya yönelik sözleşme bakım ve gözetim amacıyla kurulabileceği gibi ekonomik nedenlerden dolayı da kurulabilir. Öğretide *Özen*, sözleşmeye dayalı intifa hakkının büyük çoğunluğunun bakım ve gözetim amacıyla kurulduğunu belirtmektedir: ÖZEN, s. 124.

⁴⁹ ÖZEN, s. 21. Yazar belirli olmayan kişi lehine intifa hakkı kurulamayacağını belirtmektedir. Yine yazara göre intifa hakkı birbiri ardına gelecek birden fazla kişinin hak sahibi olabileceği şekilde de kurulabilir. Bu yorumun kabulü halinde başlangıçta sözleşmede gösterilen gemi üzerinde intifa hakkı sahibi herhangi bir nedenden dolayı intifa hakkını kaybettiye ya da hakkın tarafı olmaktan vazgeçtiyse artık sözleşmede gösterilen diğer şahıs gemi üzerinde intifa hakkı sahibi olacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus ileride görüleceği üzere gemi üzerindeki intifa hakkının sicile kayıt ile kurulmasıdır. Şayet sicile tescil edilen şahıs herhangi bir nedenden dolayı hakkını kaybettiye bu takdirde yeni hak sahibi ve malik sicile başvurarak söz konusu olguyu tadil ettirmelidir.

⁵⁰ KALPSÜZ, Rehin, s. 66.

⁵¹ AKÇURA KARAMAN, s. 189; AKINCI, S. 67. Ayrıca *Kalpsüz*'ün belirttiği üzere gemi üzerinde sınırlı aynı olan intifa hakkını tesis etme yetkisi doğrudan doğruya malikin şahsından doğmaktadır. Bu hakkı tesis yetkisinin geminin işletip işletilmemesi ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır: KALPSÜZ, Rehin, s. 66.

geminin devamlı olarak deniz ticaretinde kullanılmaktan çıkarılması donatma iştirakinin son bulmasına neden olacaktır⁵².

B. İntifa Hakkının Tescili

Kanun koyucu intifa hakkının tescili bakımından da TTK m. 1015'te düzenlenen gemi ipoteğinin sicile tescili hükümlerine atıf yapmıştır. Bu nedenle öğretilerde gemi ipoteğinin tescili için belirtilen talep ve sicile tescil işlemleri dikkate alınarak intifa hakkının da tasarruf aşamaları ele alınması gerekmektedir.

1. Tescil Talebi

Gemi üzerinde intifa hakkı kurulmasına yönelik sözleşme bir borçlandırıcı işlemidir. Dolayısıyla intifa hakkının kurulmasına yönelik sözleşmenin yapılmasıyla intifa hakkı sahibinin alacaklı sıfatını kazanamayacaktır⁵³.

Gemi üzerinde intifa hakkı, tescil talebinin üzerine yapılan tescil ile doğmaktadır. Tescil talebi ise intifa hakkının kurulabilmesi için gemi maliki tarafından ilgili sicil memurluğuna yöneltilen bir irade açıklamasından oluşmaktadır⁵⁴. Gemi malikinin yapacağı tescil talebi, onun bakımından bir tasarruf işlemi olarak ortaya çıkmakta ve tescil yapıldıktan sonra intifa hakkı sahibi, gemi üzerinde tam yararlanma hakkına sahip olacaktır⁵⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki Türk hukukunda intifa hakkının tescili, tıpkı gemi ipoteği gibi talebe bağlı⁵⁶ olduğundan geçerli bir hukuki sebebe dayanmadan sicilde gerçekleştirilmiş olan tescil hak sağlamayacak “yolsuz tescil” sayılacaktır. Bu durumda kaydın vakit kaybedilmeden silinmesi gerekecektir zira TTK

⁵² YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 299. İlgili yazar donatma iştirakine ait geminin kiraya verilmesi durumunda iştirakin son bulacağını belirtmektedir. Kanaatimizce aynı durum intifa hakkı bakımından da söz konusu olmalıdır. Zira gemi üzerinde intifa hakkı kurulduğu takdirde intifa hakkı sahibi geminin zilyetliğini ve yönetimini ele geçireceğinden iştirakin amacı son bulmuş olacaktır.

⁵³ KALPSÜZ, Rehin, s. 69; AKINCI, s. 58.

⁵⁴ ATAMER, İpotek, s. 232; CAN, s. 154; TEK, s. 130; AKÇURA KARAMAN, s. 178; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 234; TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, Eşya Hukuku, s. 207.

⁵⁵ Malik, intifa hakkı sahibi ile onun lehine intifa hakkı kurmak üzere sözleşme yaptığı ancak ipoteğin tesisi için gemi sicil müdürlüğüne başvurmadığı durumlarda intifa hakkının sahibi, TTK m. 977 uyarınca gemi üzerinde intifa hakkının kurulmasını isteyebilme hakkını teminat altına almak için sicile şerh verdirebilecektir: SÖZER, Deniz Ticareti, s. 88; SEVİNÇ KUYUCU, Finansman, s. 151; DEMİR, Deniz Ticareti, s. 121.

⁵⁶ Gemi ipoteği bakımından: AKÇURA KARAMAN, s. 167; ATAMER, İpotek, 541.

m. 983/I gereği sicildeki kayda güvenerek işlem yapan iyiniyetli kişilerin hakları korunmaktadır^{57,58}.

2. Tescil Talebinin Hukuki Niteliği

Tescil olgusu, geminin mülkiyetinin devren iktisabında açıklayıcı bir fonksiyon teşkil etmekten ziyade gemi üzerinde intifa hakkının kazanılmasına yönelik tescil, tıpkı gemi ipoteğinde olduğu gibi kurucu bir etkiye sahiptir⁵⁹. Ancak öğretide, yapılacak olan tescil talebinin hukuki niteliği hakkında görüş birliği bulunmamaktadır⁶⁰.

Bir görüşe göre tescil talebi aynı sözleşme teşkil etmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre tescil, malikin tek taraflı beyanıyla yapılmış olsa da hakkı kazanacak olan şahsın kabul beyanı doğal olarak varsayılmaktadır. Bu nedenle talep, sözleşme niteliğinde bir tasarruf işlemidir⁶¹. Diğer bir görüş ise bu tasarruf işlemi borçlandırıcı işlemin içinde görmektedir. Tescil, ipotek hakkının doğumunu etkilemediğinden usulü bir işlem olarak ortaya çıkmaktadır⁶². Ancak bu görüş öğretide hakkın tescille kazanılması sonucunun sadece bir usulü işlem olarak nitelendirilmesinden dolayı eleştirilmektedir⁶³. Üçüncü bir görüş ise tescil talebinin malikin tek taraflı bir tasarruf işlemi olduğunu kabul etmektedir. Böylece tescil talebi hem sicil memurunu harekete geçirecek bir usulü işlem hem de hak üzerinde yetkiyi kısıtlayan tek taraflı bir tasarruf işlemi olacaktır⁶⁴.

⁵⁷ AKÇURA KARAMAN, s. 167. Zira belirtmek gerekir ki sicile güven ilkesi sicildeki kayıtların doğru olmasa dahi doğruluğuna güvenerek hak iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerin haklarının korunmasını ifade etmekte ve TMK m. 3 hükmüne dayanmaktadır, ÇAĞA, KENDER, s. 79; TOPSOY, s. 85. TTK m. 983 ise hukuki işlem ile bir gemi üzerindeki intifa hakkını iktisap eden kişinin lehine gemi sicilinin içeriğinin doğru olarak kabul edileceğini ve iyiniyetli kişinin iktisabının korunacağını hüküm altına almaktadır: SÖZER, Deniz Ticareti, s. 66; KAYIHAN, Deniz Ticareti, s. 82.

⁵⁸ Malik, hakkını tehlikeye girmemesi için TTK m. 975 ve m. 976'dan da faydalanabilir. Zira m. 975/I'e göre gemi sicilinin içeriği intifa hakkı bakımından gerçek hukuki durumu yansıtmadığı takdirde malik, sicile itiraz tescil ettirebilecektir. Sicile itirazın tescili içinse hakkının tehlikede olduğuna dair yaklaşık ispat şartını sağlanarak ihtiyati tedbir kararı alınacaktır. İtirazın tescili yönünden ihtiyati tedbir kararı verildikten sonra ise sicil kaydının düzeltilmesi için dava açması gerekmektedir: YAZICIOĞLU, s. 116. Belirtilmelidir ki itiraz, sicile tescil edildikten sonra gemi siciline güvenin korunması ilkesi uyarınca elde edilen hak iktisabını önleyecektir, DEMİR, s. 120; SÖZER, Deniz Ticareti, s. 87.

⁵⁹ KALPSÜZ, Rehin, s. 69

⁶⁰ Esasında bu tartışmanın temeli "Tescil, tasarrufa konu olan taşınmaz malikin yazılı beyanı üzerine yapılır." Hükümünü içeren TMK m. 1013'e dayanmaktadır. Zira burada malikin irade beyanı aranırken hakkı kazananın irade beyanı aranmamaktadır: AKÇURA KARAMAN, s. 174; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 174.

⁶¹ OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, 231; WIELAND, s. 890.

⁶² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 18; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s.231.

⁶³ OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 232

⁶⁴ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, Eşya Hukuku, s. 328; SİRMEN, s. 178.

Ancak bu tartışmanın hem intifa hakkı hem de gemi ipoteği bakımından tatbikatta bir öneminin olmadığı belirtilmekte ve Türk hukukunda gemi üzerinde ipotek-intifa hakkı tesis etmek için anlaşma ve tescilin birlikte mevcut olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵.

3. Tescil Talebinde Yetkili Kişiler

Gemi üzerinde bir intifa hakkının kurulması konusunda tarafların anlaştığı hallerde tescil talebinde bulunacak asıl kişi, geminin üzerindeki tasarruf yetkisine sahip olan malike aittir. Belirtildiği üzere kişinin gemi maliki olabilmesi için gemi sicilinde malik olarak kayıtlı olması gerekmektedir. Eklenmesi gereken başka bir nokta da tescil talebinin temsilci aracılığıyla yapılabileceği hususudur⁶⁶. Ancak TBK m. 504/III'te vekilin taşınmaz bir hakla sınırlayacağı durumlarda işlemi gerçekleştirmesi için özel yetki verilmesi gerektiği hüküm altına alındığından, gemi üzerinde intifa hakkı kuracak vekile özel yetki verilmesi gerekmektedir⁶⁷.

Burada bahsedilmesi gereken bir diğer husus malikin tasarruf yetkisinin, tescil iradesinin açıklanması anında yeterli olması gerektiği hususudur. Zira TTK m. 1015/IV'e göre gemi maliki, intifa hakkının kurulması için sicile tescil başvurusunda bulunurken veya intifa hakkı alacaklısının yaptığı başvuruya onayını bildirirken tasarruf ehliyetine sahip ise artık yapılmış olan tescil talebi sonuçlarını doğuracaktır. Bu nedenle tescil beyanında bulunduğu andan itibaren malikin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, artık tescil talebinin geçerliliğini

⁶⁵ KALPSÜZ, Rehin, s. 70.

⁶⁶ İntifa hakkının tescilinin bir vekil vasıtasıyla yapılması durumunda vekile verilen vekâletin özel bir şekle tabi olup olmadığı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. TBK'da ise vekâlet sözleşmesinin bir şekle bağlı olmadığı belirtilmiştir. Kanaatimizce vekâletin şekli hususunda gemi ipoteği sözleşmelerinde *Akıncı*'nın görüşünün benimsenmesi faydalı olacaktır. İlgili yazar gemi malikinin iradesini sicil memuruna yazılı bir şekilde açıklamasından hareketle vekilin de resmi olarak vekil sıfatıyla hareket ettiğini yazılı şekilde göstermesi gerektiğini belirtmektedir: AKINCI, s. 67. Bu yorumun benimsenmesi ile yazılı anlaşma şartı getirerek tarafları düşünmeye sevk etmeye yönlendiren kanun koyucunun amacına da hizmet edilmiş olacak aynı zamanda da olası bir yanlış işlemin önüne geçilmiş olacaktır, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI, s. 668. İlgili yazarlar bu konuda kanunda boşluk olduğunu belirtmektedirler.

⁶⁷ OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 228; NİTELİK, s. 31. Gemi Sicil Yönetmeliğinin 37. maddesi intifa hakkının kurulması bakımından gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir. Bu ifadeden dolayı gemi üzerinde intifa hakkı kurmak isteyen malik ya da malikin temsilcisinin, Yönetmelik m. 33/II uyarınca, yazılı şekilde yapılmış imzaları onaylanmış sözleşmeyi, geminin kayıtlı olduğu sicil müdürlüğüne götürülerek yazılı tescil talebinde bulunması gerekmektedir. Yine mezkûr madde uyarınca, talep yazısının götürülmesiyle birlikte ipotek sözleşmesi ibraz edilecek ve gemi sicil müdürü huzurunda kimlik tespiti yapıldıktan sonra Gemi Sicili Bilgi Sistemi'ne (GESBİS) şerh edilerek sözleşme gemi dosyasına koyulacaktır. <<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.7283.pdf>> E.T. 12.08.2023.

etkilemeyecektir⁶⁸. Ancak öğretide bu düzenleme eleştirilmekte; alacaklıların zararına olarak danişıklı işlem yapılabileceği belirtilmiştir⁶⁹.

- İntifa Hakkı Alacaklısı

İntifa hakkı alacaklısının, hakkın tescilini talep hakkına sahip olup olmadığı kanunun lafzından anlaşılammaktadır. Gemi Sicil Yönetmeliği'nin (GSY), ipotek ve intifa hakkının tescili bakımından uygulanacak 33/IV maddesi, “*Gemi ipoteğinin kurulmasına ilişkin sözleşmenin noterde tanzim veya tasdik edilerek yapılması durumunda; gemi ipoteğinin tescili için gemi malikinin veya alacaklının sicil müdürlüğüne tescil başvurusunda bulunması ve sözleşmeyi ibraz etmesi gerekli ve yeterlidir*” açıklamasını içermektedir. Ancak aynı Yönetmeliğin 28/IV maddesi ise “*Gemi sicilinde bir işlemin yapılması, bu işlem sonucunda hak kaybına uğrayacak kişi veya kişilerin onayına bağlıdır*” hükmünü ihtiva etmektedir. Kanaatimizce her iki maddenin yorumundan hareket edilmeli ve malikin tek taraflı tescil beyanında bulunabilme imkânının yanı sıra intifa hakkı alacaklısının da malikin onayını alarak tescil beyanında bulunabileceği kabul edilmelidir.

C. Tescilin Sonuçları

Tescil esasında bir hukuki işlemin ispatına kolaylık sağlamakta ve TMK m. 7 gereği ispat işlevini oluşturmaktadır⁷⁰. Gemi üzerinde kurulacak intifa hakkının sicile tescil edilmesiyle artık hukuki işlem geçerlilik kazanacak ve intifa hakkı alacaklısı sicile kayıtlı gemi üzerinde intifa hakkını kazanacaktır. Dolayısıyla burada tescil “kurucu” bir işleve sahip olacaktır⁷¹.

İntifa hakkının tescilinin başka bir perspektiften görünüşü de yukarıda da ele alındığı üzere TTK m. 984/I uyarınca sicile güven ilkesinden yararlanacak olmasıdır. Bu hükme göre sicil kayıtlarına güvenerek intifa hakkı kazanan iyiniyetli kişinin kazanımı sicil kayıtlarının yanlış olması ihtimalinde dahi korunacaktır⁷². Ancak TTK m. 983/II uyarınca gemi üzerinde

⁶⁸ AKÇURA KARAMAN, s. 183; TEK, s. 135.

⁶⁹ ATAMER, İpotek, 246 vd; ÇETİNGİL, KENDER, ÜNAN, YAZICIOĞLU, s. 63; yazarlar, hükmün anlam ifade etmediğini ve hukuka aykırı olduğunu belirtmektedirler.

⁷⁰ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, Borçlar Hukuku, s. 125.

⁷¹ Gemi ipoteği bakımından: SÖZER, Deniz Ticareti s. 153; CAN, s. 155. Ayrıca TTK m. 1015/V gereği mülkiyeti yurtdışında kazanılmış olup da henüz Milli Gemi Sicili yahut Türk Uluslararası Gemi Siciline kaydedilmiş gemiler üzerinde intifa hakkı kurulması bakımından Bayrak Şahadetnamesine yapılan şerh tescil hükmünde olacaktır, TOPSOY, s. 136; İZVEREN, FRANKO, ÇALIK, s. 78.

⁷² Gemi ipoteği bakımından: YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 110; OKAY, s. 130; KANER, s. 36; NİTELİK, s. 53. İntifa hakkının kazanılacağı an bakımından tescil talep tarihi bakımından aranacaktır. Lehine intifa hakkı kurulan kişi sicil kaydının yanlış olduğunu intifa hakkının tescilinden sonra öğrense de hak iktisabına engel olmayacaktır. Gemi ipoteği bakımından: YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 111; TOPSOY, s. 87.

yer alan bir intifa hakkı, ancak sicilde kayıtlı olması durumunda korunacaktır⁷³. Şayet intifa hakkı sicil üzerine tescil edilmediyse, gemi üzerinde hak sahibi olan iyiniyetli üçüncü kişi intifa hakkından ari olarak hak sahibi olacaktır⁷⁴. Yine TTK m. 984/I gereği tescil edilmiş aynı haklardan doğan istem hakları tescil devam ettiği sürece zamanaşımına tabi tutulmayacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki gemi üzerinde tescil ile kurulan intifa hakkı, TMK m. 684 gereği geminin bütünleyici parçalarını da kapsamı⁷⁵ altına alacaktır. Bu bütünleyici eşyalar asıl eşyadan bağımsız olmadığından dolayı, intifa hakkının tescili sırasında gemide olan bütünleyici eşyaları kapsayabileceği gibi, hakkın tesisinden sonra da eklenen bütünleyici eşyaları kapsayacaktır. Eklenti⁷⁶ bakımından ise, bir gemi üzerinde intifa hakkı kurulması durumunda eklentiler de intifa hakkı kapsamına girecektir. Ancak, eklentiler üzerinde intifa hakkının kazanılması bakımından bunların tescil anında var olması ve nitelik itibarıyla de geminin malikine ait olması gerekmektedir. Şayet malik eşya üzerinde mülkiyet hakkına haiz değilse, bu durumda emin sıfatıyla zilyet olması gerekecektir⁷⁷.

IV. İNTİFA HAKKINA SAHİP OLAN KİŞİNİN HAKLARI

Sicile kayıtlı gemiler üzerindeki intifa hakkı, TMK'nın taşınmazlar üzerindeki hükümlerine tabi olduğundan dolayı gemi maliki ile yaptığı anlaşma ve intifanın sicile tescili ile hak sahibi olan kişinin hakları ve yükümlülüklerine de TMK'nın ilgili hükümleri uygulanmalıdır^{78,79}.

⁷³ Sicile güven ilkesi yalnızca intifa hakkının hukuki işlem ile iktisabında geçerlidir. Geminin adı, türü, teknik özellikleri yahut tonilatosu bakımından sicile güven ilkesi gündeme gelmeyecektir: OKAY, s. 131; ÇAĞA, KENDER, s. 70; YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 110; TOPSOY, s. 86.

⁷⁴ ÇAĞA, KENDER, s. 69; YAZICIOĞLU, s. 110; NİTELİK, s. 54.

⁷⁵ AYBAY, s. 489; yazar, bütünleyici parçanın ekonomik olarak gemiye sıkı sıkıya bağlı olduğunu belirtmektedir. *Sözer*, buharlı ve motorlu gemilerde hem ana makine hem yardımcı makinenin, şaftların, pervanelerin, jeneratörlerin, su tahliye sistemlerini, bütünleyici parça olarak nitelendirmektedir: SÖZER, Gemi, s. 65.

⁷⁶ *Aybay*, gemiyle, maddesel ve ekonomik yönden bütünleyici parça kadar bağlantısı olmayan dürbün, harita, halat gibi parça şeylerin eklenti kapsamında olduğunu belirtmektedir: AYBAY, s. 490; Yazara göre bir nesnenin eklenti olup olmadığı konusunda duraksama yaşanır ise bu takdirde gemi demirbaş defterine bakılması gerektiğini belirtmektedir. Aksi yönde: SÖZER, Gemi, s. 69; yazar, harita ve pusulaları örnek vermekte Akdeniz'de yolculuk yapacak bir gemi için haritaların eklenti niteliğinde olduğu kabul edilebilirken, Atlantik'te yolculuk yapacak bir gemi için bütünleyici parça olduğunu vurgulamaktadır. Ayrıca yazara göre pusula her daim bütünleyici parça olmalıdır.

⁷⁷ ÖZEN, s. 45-46; CAN, s. 155.

⁷⁸ DEMİR, Deniz Ticaret, s. 224; OKAY, s. 219 vd; Öğretide, *Çetینگil, Kender, Ünán, Yazıcıoğlu*, TMK'da taşınmaz üzerinde intifa hakkını düzenleyen ayrı bir kısım yer almadığını bu nedenle de uygulanması gereken maddelerin açık sayım yöntemiyle belirtilmesi gerektiğini ifade etmektedir: ÇETİNGİL, KENDER, ÜNAN, YAZICIOĞLU, s. 86.

⁷⁹ Gemiler, TTK m. 936 gereği taşınır mülkiyetinin kapsamına girmektedirler. Ancak kanun koyucu, bazı maddelerde gemileri taşınmaz hükümlerine tabi tutmaktadır. Öğretide ise bu durum gemilerin değerinin taşınırlara oranla daha yüksek olduğu ve geminin, deniz ticaretinin en önemli süjesi olduğu gerekçeleri ile

A. Kullanma ve Yararlanma Hakkı

İntifa hakkı hakkın sahibine en geniş yetkiyi tanıyan sınırlı aynı bir haktır. Bu nedenle hem TTK m. 1059/II hem de TMK m. 794/II gereğince hak sahibine intifa konusu gemi üzerinde tam bir yararlanma yetkisi vermektedir⁸⁰. Ancak burada intifa hakkı sahibine verilen yetki sınırsız değildir. Hakkın sahibi gemiyi iyi bir idareci gibi kullanmalı; ayrıca geminin ekonomik özgülenme yönünü malike önemli zarar verecek şekilde değiştirmeyeceği gibi gemi üzerinde önemli değişiklikler de yapamamalıdır⁸¹. Ayrıca uygulamada rastlanma ihtimali az olsa da geminin sefer halindeyken üzerinde intifa hakkı kurulması durumunda yolculuğun kar ve zararının da kime ait olacağı hususu TTK m. 1002/III ve TMK m. 805 dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira TTK'nın mezkûr maddesi, geminin yolculuk sırasında devredilmesi durumunda, devredenle iktisap eden arasındaki ilişkilerde bu yolculuğun kâr ve zararının iktisap edene ait olduğunu belirtmiş; TMK'nın mezkûr maddesi ise intifa hakkına konu olan sermayenin faizleri ve diğer dönemsel gelirlerinin, daha geç muaccel olsalar bile, intifa hakkının başladığı tarihten sona erdiği tarihe kadar intifa hakkı sahibine ait olacağını hüküm altına almıştır⁸². Bu nedenle, her ne kadar TTK'da geminin zilyetliğinin intifa hakkı sahibine geçeceği düzenlenmemiş olsa da hakkın kullanımı bakımından çoğu zaman bu husus zorunlu olduğundan, ilgili maddelerden çıkarılacak yorum yoluyla geminin seferi esnasında üzerinde intifa hakkının kurulması durumunda, yolculuğun kâr ve zararının intifa hakkı sahibine ait olacağı kabul edilmelidir.

B. Devir Hakkı

Hak sahibinin TMK m. 797 uyarınca intifa hakkını devretmesi yahut mirasçılara intikal ettirmesi mümkün değildir. Fakat istisnai olarak intifa hakkı şayet kişiye sıkı suretle

açıklanmaktadır: ÇAĞA, KENDER, s. 54. İfade edildiği üzere TTK m. 1060'ta bu düşünce ile oluşturulmuş TMK'nın taşınmazlar üzerindeki intifa hakkı hükümlerinin, gemiler bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu şekilde gemi ipoteği hükümleri ile de paralellik sağlanmıştır.

⁸⁰ AYAN, s. 89; SİRMEN, s. 561; AYBAY, HATEMİ, s. 170; NOMER, ERGÜNE, s. 542; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 969; DEMİR, s. 223; KARA, s. 118. İntifa hakkı sahibi bu tam yararlanma yetkisi ile gemi üzerinde zilyet olma hakkının yanı sıra geminin, deniz ticaretinde elde ettiği kazançlara sahip olacak ve gemiyi kiraya verebilecektir. ÇAĞA, KENDER, s. 131; OKAY, s. 219; İZVEREN, FRANKO, ÇALIK, s. 94; BOZKURT, s. 80.

⁸¹ GÜRSOY, EREN, CANSEL, s. 865; SİRMEN, s. 561; NOMER, ERGÜNE, s. 542; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 969; ÖZEN, s. 119 vd.

⁸² GÜRSOY, EREN, CANSEL, s. 867; SİRMEN, s. 562.

bağlı olmadığı durumlarda, bu hakkın kullanımı üçüncü bir kişiye devredilebilecektir⁸³. Gemi üzerindeki intifa hakkının kullanımının devredilmesi durumunda, devir işlemi, intifa hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasında kişisel bir hak doğurmayacaktır. Dolayısıyla da hakkı tesis eden gemi maliki ile üçüncü şahıs arasında herhangi bir hukuki ilişki meydana gelmeyecektir⁸⁵. Ancak TMK m. 806/II gereği malik, haklarını devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebilecektir⁸⁶. Ayrıca gemi üzerindeki intifa hakkının kullanılmasının devri, intifa hakkının devrine benzese de sonuçları farklıdır. Zira hakkın kullanımı devredildiğinde intifa hakkı sahibi yine aynı kişi olmakta lakin gemi üzerinde aynı hak değişikliği söz konusu olmamaktadır. Bu takdirde intifa hakkı sahibinin hakkının, son bulması halinde, hakkın kullanımını elde eden kişinin de kullanım hakkı son bulduğundan⁸⁷ gemi maliki, hakkı kullanan kişiden TMK m. 806/II gereği geminin kendisine devrini isteyebilme hakkına sahip olacaktır⁸⁸.

Ayrıca intifa hakkı sahibinin gemi üzerindeki intifa hakkının kullanımının devrini üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, intifa hakkı sahibi, hakkı kullanımını devralan üçüncü kişi, kendi ifa yardımcısı gibi olduğundan onun davranışlarından TBK m. 116 çerçevesinde sorumlu olacaktır. Bu takdirde gemi maliki, hakkı kullanan kişiden kaynaklanan zararlarını intifa hakkı sahibinden talep edebilecektir⁸⁹.

Bu başlık altında son olarak intifa hakkı sahibinin tasarruf yetkisinin var olup olmadığı hususunun ele alınması gereklidir. İntifa konusu gemi üzerindeki mülkiyet, malikte ait

⁸³ OKAY, s. 219; NOMER, ERGÜNE, s. 534; KILIÇOĞLU, s. 512; Yazar intifa hakkı sahibinin kullanım hakkını bir başkasına devredilme olgusunu “alt intifa” olarak nitelendirmektedir; Oğuzman ise intifa hakkı sahibinin alt intifa kuramayacağını belirtmektedir: OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 950. *Özen*, intifa hakkının kullanımının devrinin eşyayı yönetme yetkisinden kaynaklanan bir alt yetki olduğunu belirtmektedir: ÖZEN, s. 296. Yine ilgili yazar, bu yetkinin intifa hakkı sahibinin elinden alınabileceğini belirtmekte ve bu sınırlama işleminin tapu sicilinde gösterilmesi yahut sözleşmeye yollama yapılması gerektiğini belirtmektedir. Bu kabul durumunda gemi üzerinde intifa hakkı kullanımının devrini sınırlamak isteyen gemi maliki ve intifa hakkı sahibi söz konusu hususta anlaşmalı bu sınırlamayı sicilde de göstermeli yahut sözleşmenin ilgili maddesine atıfta bulunmalıdır. Ancak intifa hakkının sahibi yetkili olmadığı halde gemi üzerindeki intifa hakkının kullanımını bir başkasına devrederse bu durumda borca aykırı davrandığından TBK m. 112’ye göre sorumlu tutulabilecektir.

⁸⁴ Ancak belirtmek gerekir ki hakkın kullanımını malik dışında üçüncü bir kişiye devredilmesi zorunluluğu yoktur intifa hakkı sahibi hakkın kullanımını malike de devredebilir: ÖZEN, s. 297.

⁸⁵ ÖZEN, s. 299; GÜRSOY, EREN, CANSEL, s. 870; NOMER, ERGÜNE, s. 534; ancak belirtmek gerekir söz konusu durum emredici değildir bu nedenle aksi kararlaştırılabilir. Şayet malik ile intifa hakkı sahibi gemi üzerindeki intifa hakkının devredilemeyeceğini açıkça kararlaştırmış yahut işin şartlarından bu durum anlaşılıyorsa bu takdirde gemi üzerindeki intifa hakkı üçüncü bir şahsa devredilememektedir.

⁸⁶ Böylece gemi maliki intifa hakkını kullanan kişiye karşı doğrudan talepte bulunabileceği gibi TBK m. 116 çerçevesinde hakkın sahibine de başvurabilecektir. Kanun koyucu hak sahibini korumuş talep istem çerçevesini genişletmiştir: ÖZEN, s. 304.

⁸⁷ ÖZEN, s. 299.

⁸⁸ ÖZEN, s. 299.

⁸⁹ ÖZEN, s. 303.

olduğundan dolayı, intifa hakkı sahibi gemi üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir. Bu nedenle geminin mülkiyetini bir başkasına devredemeyeceği gibi gemi ipoteği de kuramayacaktır⁹⁰.

C. Gemiye Zilyetliğinde Bulundurma Hakkı

TMK m. 803/I hükmüne göre gemi üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişi, söz konusu geminin zilyetliğini elde etme hakkına sahiptir. Şayet intifa hakkı sahibi kişi söz konusu yetkisini kullanırsa, bu durumda kendisi dolaysız ferî zilyet, gemi maliki ise dolaylı asli zilyet olacaktır⁹¹. İntifa hakkı sahibi gemi üzerindeki zilyetliği elde ettikten sonra kendisinin olmayan bu gemiyi, suda menfaat sağlamak amacıyla kullanırsa⁹² işleten sıfatını⁹³ kazanacaktır⁹⁴. İşleten sıfatını kazanması sonucunda ise TTK m. 1061/II hükmü uyarınca üçüncü kişi ile ilişkilerinde donatan sayılacaktır⁹⁵. Ayrıca intifa hakkı sahibinin, işleten sıfatını kazandığı hallerde de gemi maliki ile arasındaki ilişki intifa hakkı sözleşmesine dayanacaktır⁹⁶.

V. İNTİFA HAKKINA SAHİP OLAN KİŞİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Gemiye Sigortalatma Yükümlülüğü

TMK m. 815 intifa hakkı sahibi yerel adetlere göre iyi bir yönetimin gereği olduğu takdirde malik lehine⁹⁷ intifa konusu eşyayı yangına ve diğer rizikolara karşı sigorta ettirmekle

⁹⁰ SİRMEN, s. 563; KARAHASAN, s. 139; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 974.

⁹¹ GÖKTÜRK, s. 997; ÖZEN, s. 263; yazar intifa hakkı sahibinin intifa hakkı konusu eşyanın zilyedi olması ve sözleşme süresi boyunca zilyedi kalabilmesi hakkının tipe bağlılık ilkesi gereği olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle malik ve intifa hakkı alacaklısı arasında yapılan sözleşmeye intifa hakkı sahibinin geminin zilyetliği talep etmeyeceği şeklinde bir kayıt koyulamayacaktır: ÖZEN, s. 101; SİRMEN, s. 561; KARAHASAN, s. 139; OKAY, s. 219.

⁹² İntifa hakkı sahibi, burada gemi malikine ait geminin teknik ve ticari yönetimini elde etmektedir. Şayet bu gemiyi suda, kazanç sağlamak amacıyla işletiyorsa bu takdirde işleten sıfatını kazanacaktır: YAZICIOĞLU, s. 246.

⁹³ Kendisinin olmayan gemiyi, denizde menfaat elde etmek amacıyla kullanan kişi bakımından öğretide farklı sıfatlar kullanılmaktadır: *Yazıcıoğlu*, bu kişiyi “işleten” olarak nitelendirirken: YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 246; *Çağa ve Kender*, gemi işletme müteahhiti olarak adlandırmakta: ÇAĞA, KENDER, s. 135; *Sözer* ise malik olmayan donatan şeklinde ifade etmektedir: SÖZER, Deniz Ticareti, s. 170.

⁹⁴ YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 246; MURAN, s. 92.

⁹⁵ İntifa hakkı sahibi üçüncü kişiler ile ilişkilerinde donatan sayıldığı takdirde geminin işletilmesinden doğan alacaklara (yolcu ve yük taşıma ücretleri, kurtarma ücreti, müşterek avarya garame payı) sahip olmasının yanı sıra geminin işletilmesinden doğan (kurtarma ücreti, garame payı, çatmadan ileri gelen zarar) borçların da borçlusu sıfatına haiz olacaktır: YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 247; ÇAĞA, KENDER, s. 135.

⁹⁶ YAZICIOĞLU, Deniz Ticareti, s. 247; TOPSOY, s. 218.

⁹⁷ İntifa hakkı sahibinin malik lehine sigorta yaptırması gerektiğini düzenleyen TMK m. 815, TTK m. 1454’ün özel bir görünümüdür. Mezkûr m. 1454, sigorta ettirenden başka bir kişinin korunmasını hedef tutmaktadır. Bu tür sigortalarda, sigorta ettiren, sigortacı ile başka bir kişinin menfaatini sigorta sözleşmesinin konusu haline getirmektedir. Sözleşmeden doğan asli edim borcu sigorta ettirene ait olmakta, sözleşmeden doğan asıl edim himayeye kavuşma borcuna ise sigortalı şahıs sahip olmaktadır: ÜNAN, Cilt II, s. 25.

yükümlü olduğunu düzenlemektedir⁹⁸. Yine mezkûr madde hükmüne göre intifa hakkı sahibi borçlu sıfatıyla sigorta primini ödemekle de mükelleftir⁹⁹. Bu durumda ise intifa hakkını kuran geminin sahibi sigortalı sıfatını kazanmaktadır. Şayet sigorta sözleşmesinin kurulması sırasında intifa hakkı sahibi kendisini sigortalı olarak gösterirse, bu durumda sözleşmenin TTK m. 1408 uyarınca geçersiz olması gerekmektedir¹⁰⁰. Zira mezkûr madde sigorta sözleşmesinin yapılması anında sigortalanan menfaatin mevcut olması gerektiğini aramakta ve TMK m. 815 gereği intifa hakkı sahibinin değil, gemi malikinin sigortalananabilir menfaati bulunmaktadır. Ayrıca Kanun koyucu açıkça malik lehine sözleşme yapılması gerektiğini hüküm altına almaktadır¹⁰¹¹⁰². Kanaatimizce kanunun söz konusu hükmü keskindir. Bu nedenle öğretilerde *Ünan*'ın yorumu doğrultusunda intifa hakkı sahibinin kendisini sigortalı olarak göstermesi durumunda sözleşmenin geçersiz sayılmaması mevcut verilerden intifa hakkı sahibi olduğu gemi için sigorta sözleşmesi akdettiğinin anlaşılması durumunda sigortanın, gemi maliki lehine devam ettirilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

Kanun koyucu TMK m. 815'te yangın¹⁰³ ve diğer tehlikeler bakımından sınırlı sayıda olmayan bir sayım yapmış; intifa hakkı sahibinin yaptıracağı sigorta sözleşmesinin bu ve buna benzer teminatları kapsaması gerektiğini belirtmiştir¹⁰⁴. Kanaatimizce kanun koyucu burada

⁹⁸ Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu madde emredici değil yedek bir hukuk kuralıdır. Bu nedenle malik ile intifa hakkı sahibi hangi rizikolara karşı sigorta teminatı alınabileceğini kendi aralarında kararlaştırabilecekleri gibi bu yükümlülüğü tamamen de ortadan kaldıracılar: aynı yönde: ÖZEN, s. 361; WIELAND, s. 465, 466: yazar, tarafların, intifa konusu mal üzerinde sigorta yapılamayacağına dair bir anlaşma yapmadıkları takdirde intifa hakkı sahibinin sigorta yaptırmakla yükümlü olduğunu ifade etmektedir. Yine yazar, intifa hakkı sahibinin bu yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda, malikin iki seçeneği olduğunu belirtmektedir. Malik, dilerse sigorta sözleşmesini kendi akdederek sigorta primlerini intifa hakkı sahibine rücu edebilecek, dilerse de dava yoluyla intifa hakkı sahibini sigorta yaptırmaya mahkûm edilecektir.

⁹⁹ SİRMEN, s. 563; KARAHASAN, s. 144; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 978; ATAMER, Deniz Sigortaları, s. 95.

¹⁰⁰ Gemi kira sözleşmeleri bakımından aynı yönde: ATAMER, Deniz Sigortaları, s. 53; TAŞKIN, s. 269: yazar, geçersizlik ifadesinin kesin hükümsüzlük (butlan) olduğunu ifade etmekte ve TTK m. 1408'in borçlar hukukunda var olan başlangıçtaki objektif imkânsızlığın özel bir görünümü olduğunu ifade etmektedir. Yazar, ayrıca sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda sigorta ettirenin prim ödeme borcunun doğmayacağı gibi sigortacının da himaye sağlamayacağını belirtmektedir.

¹⁰¹ Belirtmek gerekir ki gemi kira sözleşmelerinde kiracının sigorta ettirme yükümlülüğünü düzenleyen TTK m. 1126'da kiracının sigorta sözleşmesi yaptırmaması durumunu malike bildirmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ancak intifa hakkı sahibi bakımından TMK'da böyle bir yükümlülük düzenlenmemiştir.

¹⁰² Esasında kanun koyucu sigorta yaptırmada yükümlülük getirerek intifa konusu malın korunması yükümlülüğünün başka bir görünümünü sunmaktadır: aynı yönde: ÖZEN, s. 362. Kanaatimizce de kanun koyucu, intifa konusu eşyaya özen gösterme yükümlülüğü altında olan ve bu sebeple eşyanın zarar görmesinden dolayı tazmin yükümlülüğü altında bulunan intifa hakkı sahibinin, eşyanın maliki lehine sigorta sözleşmesi yaptırarak dolaylı olarak kendi menfaatini de koruma altına almasını sağlamıştır.

¹⁰³ Türk sigorta mevzuatında, yangın terimi tanımlanmamıştır. Öğretilerde, yangının varlığının kabul edilebilmesi için mutlaka bir ateşin varlığı aranmaktadır: MEMİŞ, s. 40; ÇELİK PARTAL, s. 111.

¹⁰⁴ Burada sigortalananması gereken rizikoların kapsamını somut olay ve yerel adetler belirlemelidir: ÖZEN, s. 362. Söz gelimi intifa hakkı sahibi hakkın konusu olan gemiyi yurt içinde seyrüsefer yaparak kullanacaksa

sigorta sözleşmesinin türünü, zarar sigortası olarak belirlemiştir. Zira zarar sigortaları sigorta himayesi altına alınan rizikonun gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkacak olan zararlara karşı doğrudan koruma sağlamaktadır. TMK m. 815 hükmü ihdas edilirken rizikonun gerçekleşmesi sonucu intifa konusu gemide ortaya çıkan gerçek zararın giderilmesini amaçlanmıştır. Ayrıca zarar sigortaları kendi içerisinde mal ve sorumluluk sigortaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Mal sigortaları, sigorta ettirenin, mal ile arasında bulunan değer ilişkisini tehdit eden ve çoğunlukla malın zayi olması ya da hasara uğramasına yol açabilecek bir rizikoya karşı teminat sağlayan sigortalardır¹⁰⁵. Sorumluluk sigortaları ise sigorta ettirenin, üçüncü kişilere karşı doğabilecek tazminat yükümlülüğüne karşılık teminat sağlayan sigortalardır¹⁰⁶. Gemiler bakımından yerel adetlere göre akdedilen sigortalar ise tekne sigortaları ve kulüp sigortalarıdır¹⁰⁷. Tekne Sigortaları, sigorta himayesi altına alınan rizikonun gerçekleşmesi sonucunda geminin zayi olması, hasara uğraması durumlarında sigortalının malvarlığında meydana gelen azalmayı teminat altına almakta¹⁰⁸, Kulüp Sigortaları ise geminin malikinin, geminin işletilmesi dolayısıyla üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu teminat altına almak için yaptırılmaktadır¹⁰⁹. Görüldüğü üzere tekne sigortaları mal sigortaları kapsamına¹¹⁰ girerken kulüp sigortaları ise sorumluluk sigortaları kapsamına¹¹¹ girmektedir. TMK m. 815 uyarınca yapılacak olan sigorta geminin uğrayacağı maddi zararları teminat altına aldığından mal sigortaları sınıfına girmekte¹¹² dolayısıyla intifa hakkı sahibinin gemi maliki lehine Tekne Sigortası Sözleşmesi akdetmesi gerekmektedir.

Akdedilen sigorta sözleşmesinde, sigorta bedelinin ne oranda belirleneceği konusunda TMK m. 815 bir sınırlama yapmamıştır. Ancak öğretide, intifa hakkı sahibinin, eşyanın (geminin) değeri üzerinden sigorta sözleşmesi yaptırması gerektiği belirtilmektedir¹¹³. Kanaatimizce de söz konusu yorum isabetlidir. Böylece TTK m. 1460 hükmünde öngörülen

daha dar bir kapsamda kıtalararası seyrüsefer durumunda daha geniş bir kapsamda sigortalatması gerekecektir.

¹⁰⁵ KENDER, s. 236; YAZICIOĞLU, ŞEKER ÖĞÜZ, s. 84; SAYHAN, s. 63.

¹⁰⁶ KENDER, s. 239; YAZICIOĞLU, ŞEKER ÖĞÜZ, s. 85; SAYHAN, s. 63.

¹⁰⁷ ULUĞ CİCİM, s. 765.

¹⁰⁸ ÇELİK PARTAL, s. 21; YAZICIOĞLU, Tekne Sigortaları, 16 vd.; GÜNEYLİ, 142; ULUĞ CİCİM, s. 765.

¹⁰⁹ ACAR, s. 7; ULUĞ CİCİM, s. 768.

¹¹⁰ ÇELİK PARTAL, s. 24.

¹¹¹ ACAR, s. 22; ULUĞ CİCİM, s. 768.

¹¹² Özen'de TMK m. 815'te yer alan sigortanın sorumluluk sigortası değil bir mal sigortası olduğunu belirtmiştir: ÖZEN, s. 364. Ayrıca belirtmek gerekir ki sigorta sözleşmesinin konusunu menfaat teşkil ettiğinden sigorta ile teminat altına alınan rizikonun gerçekleşme ihtimali durumunda gemi malikinin, gemi üzerindeki menfaati tehlike altına girmektedir.

¹¹³ ÖZEN, s. 365; WIELAND, s. 466.

zenginleşme yasağı çiğnenmemiş olacak; sigorta bedeli sigorta olunan menfaatin tam değerine eşit olacaktır¹¹⁴.

Yine bu tür sigortalarda sigorta ettiren sıfatının, ikili bir ayrımla belirlenmesinde fayda vardır. TTK m. 1430 gereğince prim borcu, sözleşmeyi kuran ve primi ödemeyi borçlanan sigorta ettirene aittir. Şayet intifa konusu gemi üzerinde sigorta, hakkın kurulmasından sonra doğduysa bu konuda herhangi bir tartışma söz konusu olmayacak; TMK m. 815 gereği intifa hakkı sahibi, sigorta ettiren sıfatı ile primleri ödemekle mükellef olacak; zarar sigortalarda malvarlığının aktifindeki azalmaya karşı güvence verilen gemi maliki ise sigortalı sıfatını haiz olacaktır¹¹⁵. Ancak, gemi üzerinde intifa hakkı kurulmadan evvel gemi maliki tarafından sigorta yaptırılması durumunda, söz konusu sigorta ettiren sıfatının kime ait olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu durumda sigorta sözleşmesinin tarafı gemi maliki olmakta ve prim ödeme borcu da kendisine yüklenmektedir. Ancak TMK m. 815 gereği prim ödeme borcunun, intifa hakkı tesis edildikten itibaren intifa hakkı sahibine ait olması gerekmektedir. Bu sıfatın belirlenmesi ise prim ödeme borcunun yanı sıra sözleşmeden doğan diğer borçlar olan poliçe verme ve aydınlatma yükümlülüğü bakımından da önem arz etmektedir¹¹⁶. Bu durumda öğretide bir görüş gemi malikinin primden sorumlu kalmaya devam etmesi ve sigortacıya ödediği primi iç ilişkide intifa hakkı sahibinden tahsil etmeye hak kazanması gerektiğini belirtmektedir¹¹⁷. Öğretide aynı yönde diğer bir görüş ise bu durumda sözleşmenin kanuni devrinin gündeme gelmeyeceğini malikin prim borçlusunu olarak kalacağını ifade etmektedir¹¹⁸. Ancak kanaatimizce burada TMK m. 815'in lafzından hareketle intifa hakkı sahibinin sigorta ettiren sıfatına sahip olması amacıyla sigorta ettiren konumunun devri gündeme gelmelidir. Sigorta ettirenin sigortacıya karşı sahip olduğu borcu bir başkasına devretmesi ve dolaylı olarak

¹¹⁴ Özen, Alman hukukunda intifa hakkı konusunun sigortalanması durumunda sigorta bedelinden değer kaybının düşüp düşmeyeceği konusunun tartışıldığını belirtmektedir: ÖZEN, s. 366. Ancak kanaatimizce Türk hukuku bakımından söz konusu durumun tartışılmasına gerek yoktur. Sözgelimi değer kaybı düşülmesi dahi TTK m. 1460 gereği sigorta bedeli sigorta olunan menfaatin tam değeri olduğundan zenginleşme ortaya çıkmayacaktır.

¹¹⁵ Burada intifa hakkı sahibi TMK m. 815'te getirilen sınırlamalar dışında serbest olacak sigortacıyı kendi seçebilecek, primin ödenmesi şeklini (peşin veya taksit) ve prim ödeme yer-zamanını sigortacı ile serbest olarak kararlaştırabilecektir. Ayrıca sigorta ettiren intifa hakkı sahibi sigorta sözleşmesinin süresini belirlemek konusunda da serbest olacaktır. Sözgelimi intifa hakkının üç yıl süreyle verilmesi durumunda sigorta sözleşmesini üç yıl süreyle yaptırmakla mükellef olmayacak daha kısa aralıklarla birbirine eklemeli olarak sigorta sözleşmesi akdedebilecektir: aynı yönde: ÖZEN, s. 369. Ayrıca intifa hakkı sahibi kanunda yer alan rizikolar haricinde intifa konusu gemiden elde edeceği gelirin azalmasına yönelik bir kâr sigortası yaptırmışsa yahut başkaca bir sorumluluk sigortası akdetmekte serbesttir. Bu durumda kendi menfaatinin gözetilecek gemi maliki lehine değil kendi lehine bir işlem yapacaktır: ÖZEN, s. 369.

¹¹⁶ ATAMER, Deniz Sigortaları, s. 57.

¹¹⁷ ATAMER, Deniz Sigortaları, s. 96.

¹¹⁸ NOMER, ERGÜNE, s. 547.

sigorta ettiren sıfatının değişmesi ise ancak “borcun nakli” (borcun üstlenilmesi) kurumu ile ortaya çıkmaktadır¹¹⁹. Bu durumda borcun iç üstlenilmesi sözleşmesi intifa hakkını kuran gemi maliki ile intifa hakkı sahibi arasında yapılacak sözleşmeye konulan bir klozla yerine getirilebilecektir. Böylece bu üstlenme sözleşmesiyle intifa hakkı sahibi alacaklıya karşı bizzat borcu ifa etmeyi üstlenecektir. Daha sonra intifa hakkı sahibi, borcun dış üstlenilmesi sözleşmesini alacaklı sigortacı ile yaparak borçlu maliki prim ödeme borcundan kurtaracak ve sigorta ettiren sıfatını kazanacaktır¹²⁰. Ancak belirtmek gerekir ki; her ne kadar sigorta ettiren sıfatı intifa hakkı sahibine geçmiş olsa da kanun gereği sigortalı sıfatı hala malike ait olması gerekmektedir. Bu konuda şu hususun da altı çizilmelidir. TTK m. 1431/IV gereği zarar sigortaları bakımından sigorta ettirene karşı yapılan takip semeresiz kaldıysa üçüncü bir kişi olan sigortalı malik, yapılan bildirim sonucunda prim ödeme borcunu üstlenerek sigorta ettiren sıfatını kazanabilecektir¹²¹. Ayrıca üçüncü bir kişi olan sigortalı malikin, ödenmeyen primleri ödemesi her zaman mümkündür. Bunun için sigorta ettiren sıfatına sahip intifa hakkı sahibine herhangi bir takip yapılması gerekmez¹²². Ancak bu arızı ödeme durumunda sigortalı malik, sigorta ettiren sıfatını kazanamayacak lakin iç ilişkide ödediği primi intifa hakkı sahibinden alabilecektir.

Belirtmek gerekir ki intifa hakkına konu olan gemi zıyaa ya da hasara uğradığında sigortacı tazminatı ödemek durumundaysa; söz konusu tazminat üzerinde intifa hakkı sahibinin, TMK m. 798/II uyarınca, intifa hakkı devam edecektir¹²³.

B. Gemi İyi Bir Yönetici Gibi Kullanma, Geminin Bakımını, Korumasını Sağlama ve Vergileri Ödeme Yükümlülüğü

Gemi üzerinde intifa hakkı kurulması durumunda gemiyi kullanmak intifa sahibinin en doğal hakkıdır. Ancak intifa hakkı sahibi gemiyi kullanırken mutlak anlamda sınırsız bir yetkiye sahip değildir. Bu anlamda intifa hakkı sahibinin kullanım hakkının sınırını, geminin,

¹¹⁹ Hayat Sigortaları Bakımından Borcun Nakli: ÜNAN, Hayat Sigortaları, s. 56; TUNÇOMAĞ, s. 5, 6.

¹²⁰ EREN, Borçlar Genel, s. 1408 vd.

¹²¹ ÜNAN, Cilt I, s. 340.

¹²² ÜNAN, Cilt I, s. 340; KAYIHAN, Prim Ödeme, s. 146. Benzer bir durumda şayet intifa hakkı sahibi kendi üzerine düşen bu sigorta yükümlülüğünü hiç yerine getirmese gemi maliki kendi lehine sigorta yaptırıp primi iç ilişkide intifa hakkı sahibinden isteyebilir: KARAHASAN, s. 146; NOMER, ERGÜNE, s. 547. Yine intifa hakkını sahibinin bu yükümlülüğünü ihlal edip sigorta yaptırmaması durumunda ortaya çıkan zararın kendisi tarafından karşılanacağı yönünde: NOMER, ERGÜNE, s. 547; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 978.

¹²³ ÜNAN, Cilt II, s. 44; ATAMER, Deniz Sigortaları, s. 95; KARAHASAN, s. 146; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 978. Sigortacıya yapılacak ödeme isteminin malik ve intifa hakkı sahibi kişi tarafından birlikte yapılması ve tazminatı ödemek isteyen sigortacı tarafından yapılacak bildirim de bunların her ikisine yöneltilmesi gerektiği yönünde: NOMER, ERGÜNE, s. 548.

hukuki ve fiili varlığının tehlikeye düşürülmemesi durumu oluşturmaktadır¹²⁴. Bu halde intifa hakkı sahibi, geminin korunması ve tahsis amacının sürdürülmesi için TMK m. 803 gereği iyi bir yönetici gibi hareket etmek zorundadır. Bu yönetici gibi kullanma yükümlülüğünün diğer bir yansıması ise hakkın sahibinin, hakka konu olan gemiyi koruma borcu altında olmasıdır¹²⁵. Bu nedenle intifa konusu geminin muhafazası ve olağan bakım giderleri intifa hakkı sahibine ait olacağı kabul edilmelidir. İntifa hakkı sahibi, TMK m. 812/I gereğince geminin olağan bakımını ve yenilemelerini yapmakla yükümlü tutulduğundan hakkı konusu olan geminin değeri ve özünün korunması için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği hüküm altına alınmış olmaktadır¹²⁶. Bu olağan giderlerin kapsamının ise örf ve âdete göre belirleneceği kabul edilmektedir¹²⁷. Sözgelimi fırtına sonunda geminin kaplamasının hasar görmesi yahut camlarının kırılması ya da su geçirmemesi gereken yerlerin su geçirmeye başlaması, geminin halatlarının yenilenmesi gibi durumlarda söz konusu giderler olağan gider kapsamında sayılabilecek; bu nedenle de intifa hakkı sahibi bu giderleri karşılamakla yükümlü tutulabilecektir¹²⁸. Ancak belirtmek gerekir ki olağan giderler dışında kalan ve intifa hakkı sahibinin sorumluluk alanı dışında ortaya çıkan bir masraf varsa söz konusu onarım gemi maliki tarafından yapılması gerekmektedir¹²⁹. İntifa hakkı sahibinin söz konusu yükümlülüğü ihlal

¹²⁴ NOMER, ERGÜNE, s. 545; GÖKTÜRK, s. 997. Gemi kira sözleşmeleri bakımından: ÖNDER, s. 232.

¹²⁵ Zira bu kabul intifa hakkını kuran gemi malikinin çıkarlarını korumaya yöneliktir. Böylece intifa hakkı süresince geminin korunması ve sözleşme sonrasında da geminin kendisinden beklenen işlevi gösterebilmesine hizmet etmektedir. Yine gemi üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişi eşyada hâsıl olan normal yıpranma ve eskimeden dolayı TMK m. 800/III gereği malike karşı sorumlu değildir. Bu anlamda malik yolcu gemisi üzerinde bir intifa hakkı kurmuşsa ancak hak sahibi bu gemiyi yük taşımak için kullanmışsa değer eskimelerinden sorumlu olacaktır: GÜRSOY, EREN, CANSEL, s. 873. Gemi kira sözleşmeleri bakımından: ÖNDER, s. 259.

¹²⁶ KARAHASAN, s. 143; SİRMEN, s. 565; KÖPRÜLÜ, KANETİ, s. 141; NOMER, ERGÜNE, s. 545; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 975; WIELAND, s. 454; *Özen*, TMK m. 812/I'ın lafzından yola çıkarak intifa hakkı sahibinin olağan sınırdaki kalan onarım ve yenilemelerle mükellef olduğunu belirtmiş onarım ve yenileme niteliğinde olmayan koruma önlemlerinin ise olağan-olağanüstü ayrımı yapılmadan intifa hakkı sahibine ait olacağını belirtmiştir: ÖZEN, s. 318.

¹²⁷ SİRMEN, s. 565; GÜRSOY, EREN, CANSEL, s. 873; KARAHASAN, s. 143. *Özen*, burada olağan gider kapsamının yapılacak olan onarımın kapsamı, fazla bir gider gerektirip gerektirmemesinin de ölçüt olarak kullanılabilirliğini isabetli bir şekilde belirtmektedir: ÖZEN, s. 319. Örneğin hangi onarımların olağan onarıma gireceği tarafların beklenti ve düşüncelerine göre de değişebilecektir. Gemi üzerinde intifa hakkının kurulması sırasında bu onarımın ileride yapılabileceği öngörülebiliyorsa bu durumda olağan onarım sayılabilecek ancak daha sonradan ortaya çıkan bir gelişme beklenmedik bir onarımı gerektiriyorsa en azından onarımın olağan onarım içinde olduğunun ispatı gemi malikinin üzerine kalması gerekecektir: benzer yönde: ÖZEN, s. 321.

¹²⁸ SİRMEN, s. 565; KÖPRÜLÜ, KANETİ, s. 141; GÜRSOY, EREN, CANSEL, s. 872; AYBAY, HATEMİ, s. 168-173. Gemi kira sözleşmelerinde de TTK m. 1124/III gereği geminin bakımı, ayıplarından doğmayan onarımları, parçalarının değiştirilmesi ve işletilmesinden doğan giderlerin kiracıya ait olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu durumda kiralananın olağan kullanımı için gerekli bakım ve temizlik giderlerinin kiracıya ait olduğu kabul edilmektedir: ÖNDER, s. 258.

¹²⁹ SİRMEN, s. 565; KARAHASAN, s.143. Yazarlar intifa hakkına konu olan malın (geminin) korunmasının daha önemli giderleri ortaya çıkaracağı durumlarda intifa hakkı sahibinin durumu malike bildireceğini ve malik tarafından bu onarımların yerine getirilmesi için intifa hakkı sahibinin izin vermesi gerektiğini

etmesi durumunda ise ilk önce malik TMK m. 807; uyarınca, intifa hakkı sahibine kendisine tanınan yetkileri aştığı, sözleşmeye ya da hakkın niteliğine aykırı davrandığından dolayı itiraz edebilecektir¹³⁰. Ancak malikin itirazına rağmen gemi üzerindeki intifa hakkı sahibi aykırı davranışlarına devam ediyorsa bu durumda gemi maliki, TMK m. 808 gereğince kendisinden teminat isteyebilecektir. Ancak malikin bu hakkını kullanabilmesi için hakkının tehlikeye düştüğünü ispat etmesi gerekecektir¹³¹. Bu hakkın kullanımına rağmen intifa hakkı sahibi teminat verme borcunun yerine getirmezse gemi maliki, hakkının korunması için TMK m. 810'a başvuracak; intifa hakkı sahibinin kendisine tanınan uygun süre içinde güvence göstermediği durumlarda sulh hâkimi vasıtasıyla intifa hakkı sahibinin zilyetliğini kaldırarak hakkın konusu olan geminin bir kayyıma devredilmesini sağlayabilecektir¹³².

Ayrıca intifa hakkı sahibi vergi ve resim gibi kamusal yükümlülükleri ödemekle de mükelleftir. İntifa hakkı sahibi şayet bu yükümlülüğüne aykırı davranır da söz konusu yükümlülük malik tarafından yerine getirilirse bu durumda malik, iç ilişkide intifa hakkı sahibine rücu edebilecektir¹³³.

belirtmişlerdir. Yine bu yazarlara göre malik bildirilmiş olan bu onarımları yapmazsa intifa hakkı sahibi bunları malik hesabına yapabilecek ve bu giderleri vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca malikten isteyebilecektir. Zira malikin, bildirim üzerine önlem olmakla zorunlu değildir: NOMER, ERGÜNE, s. 546; KÖPRÜLÜ, KANETİ, s. 141; OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 977; ÖZEN, s. 340. Yargıtay 13. HD, T. 15.11.1974, E. 1974/2972, K. 1974/3020, kararında intifa hakkı sahibinin malı olduğu gibi korumaya ve bakımına dair giderleri yapmak zorunda olduğunu ancak daha önemli giderlerin ortaya çıkması durumunda intifa hakkı sahibinin malike haber verip bunların yapılmasına izin vermesi gerektiğini ayrıca malikin gerekeni yapmaması durumunda intifa hakkı sahibinin bunları malik hesabına kendisinin yapabileceğine hükmetmiştir: Karar için: KARAHASAN, s. 144. İntifa hakkı sahibinin bu bildirimde yapmakta gecikmesi durumunda TMK m. 812'de yer alan koruma yükümlülüğüne aykırılık oluşturacağı ve bundan ötürü bir zararın meydana gelmesi durumunda intifa hakkı sahibinin bu zararı tazmin etmekle mükellef olacaktır: NOMER ERGÜNE, s. 545, dn. 59. Malik intifa konusu olan gemi için gerekli önlemleri almaya karar verirse bu takdirde intifa hakkı sahibi gerekli önlemlerin yapılmasına katlanmakla mükelleftir. İntifa hakkı sahibinin bu katlanma yükümlülüğü hem malikin gerçekleştireceği olağanüstü onarımlardan olabileceği gibi hem de esasında kendisinin katlanması gerektiği ancak yapmadığı ve sonuç olarak malikin gerçekleştireceği işlemlere de yöneliktir. Ayrıca intifa hakkı sahibi yetkisinin kısıtlanmasından hareketle herhangi bir karşılık talebinde de bulunamayacaktır: ÖZEN, s. 345.

¹³⁰ GÜRİSOY, EREN, CANSEL, s. 881; bu husus malikin gözetim yetkisini ifade etmektedir: KARAHASAN, s. 147. Yapılacak olan itirazın herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı yönünde: NOMER, ERGÜNE, s. 548.

¹³¹ KARAHASAN, s. 147; GÜRİSOY, EREN, CANSEL, s. 881; SİRMEN, s. 566.

¹³² KARAHASAN, s. 143; SİRMEN, s. 566. Kayyıma devir hakkının yanı sıra malikin borçlar hukuku genel hükümlere dayanan (TBK m. 49 ve 112) haklarının da var olduğu yönünde: NOMER, ERGÜNE, s. 549.

¹³³ NOMER, ERGÜNE, s. 547. Malikin mala ilişkin olmayan kişisel borç ve vergilerini ödemekle yükümlü olmayacağı yönünde: ÖZEN, s. 337. Ayrıca ilgili yazara intifa hakkı kurulduktan sonra ortaya çıkan ancak intifa hakkı sahibinin hak sahibi olarak karşılması gereken vergi ve kamusal yükümlülüklerle de mükellef olacağını belirtmektedir: ÖZEN, s. 339.

SONUÇ

Gemiler, geçmişten günümüze ticaret hayatının akışını önemli ölçüde etkileyen taşıma araçları olduğundan ticaret hayatının içinde öneme sahip olmakta ve özelliği gereği büyük bir sermaye gerektirmektedir. Bu nedenle gemilerin, eşya hukuku sisteminde diğer eşyalar için düzenlenmiş olan hakların tamamından en az diğer eşyalar kadar faydalanması gerekmektedir. Zira bu şekilde gemiler üzerinde kurulacak intifa hakkı ile beraber kişiler, standart sözleşme yükümlülüklerinden kurtulmakta daha basit bir hukuki işlemle aynı bir hak derecesine yükseltilmiş bir hakkı kazanmaktadırlar. Aynı zamanda gemi üzerinde kurulacak intifa hakkı, sadece yalın işlemle fonksiyonu ile sınırlı kalmamakta malikin, dâhil olacağı bir ortaklığa sadece gemiden faydalanma hakkını koyarak gemi üzerindeki intifa hakkının, ortaklık adına tescil edilebilmesinin de önünü açmış olacaktır. Kanun koyucu, intifa hakkının bu fonksiyonunu dikkate alarak ve onun sınırlı aynı haklar üzerinde en geniş yetkileri veren hak türü olduğundan hareketle 6762 sayılı mülga TK döneminde gemiler üzerinde intifa hakkının kurulmasını sınırlayan düzenlemesinden vazgeçmiş öğretideki intifa hakkının uygulamada yaygınlaştırılarak ekonomik etki kazanması gerektiği görüşlerini de dikkate alarak 6102 sayılı TTK'da intifa hakkının kullanımını serbestleştirmiştir.

TTK m. 1059/I'de düzenlenen mezkûr hak, Milli Gemi Sicili ve Türk Uluslararası Gemi Siciline Kayıtlı gemiler üzerinde, gemi maliki ve lehine intifa hakkı kurulacak olan kişinin anlaşmaları ve imzaları noterce ya da gemi sicil müdürlüğünde onaylatmaları sonucunda sicile tescil ile kurulabilecek, tescil kurucu etkiye haiz olacaktır.

İntifa hakkının sicile tescil edilmesinden sonra TTK m. 1060 gereği taşınmazlar üzerindeki intifa hakkı hükümleri, uygulanacak dolayısıyla intifa hakkı sahibi, gemi üzerinde, kullanma, yararlanma, devir, zilyetliğinde bulundurma haklarına sahip olmasının yanı sıra ve geminin bakım onarımı, kamusal vergileri – idari borçları ödeme yükümlülüklerini üstlenmiş olacaktır. İntifa hakkı sahibinin yükümlülüklerini ihlal etmesi haline ise önce TMK m. 807 uyarınca; malik, intifa hakkı sahibine kendisine tanınan yetkileri aştığı, sözleşmeye ya da hakkın niteliğine aykırı davrandığından dolayı itiraz edecek ancak malikin itirazına rağmen intifa hakkı sahibi aykırı davranışlarına devam ediyorsa gemi maliki, TMK m. 808 gereğince kendisinden teminat isteyebilecektir. Bu hakkın kullanımına rağmen intifa hakkı sahibi teminat verme borcunun yerine getirmezse malik, hakkının korunması için TMK m. 810'a uyarınca; intifa hakkı sahibinin kendisine tanınan uygun süre içinde güvence göstermediği durumlarda sulh hâkimi vasıtasıyla intifa hakkı sahibinin gemi üzerindeki zilyetliğini kaldırarak hakkın konusu olan geminin bir kayyıma devredilmesini sağlayabilecektir. Ayrıca kanun koyucu, TMK

m. 815 uyarınca intifa hakkı sahibi, intifa konusu gemiyi yangın ve diğer tehlikelere karşı malik lehine sigorta ettirmekle yükümlü tutmaktadır. Çalışmada, TMK m. 815'in amacının rizikonun gerçekleşmesi sonucu intifa konusu gemide ortaya çıkan gerçek zararın giderilmesi olduğu göz önüne alınarak yaptırılması gereken sigorta sözleşmesinin türünün zarar sigortası olduğu belirlenmiştir. Yine yapılacak olan sigortanın, geminin uğrayacağı maddi zararları teminat altına almasından ötürü zarar sigortalarının, mal sigortaları koluna girdiği ifade edilmiş ve uygulamadaki adının Tekne Sigortası olduğu belirtilmiştir. Daha sonra mezkûr sözleşme bakımından prim ödeme borçlusu olan sigorta ettiren sıfatı, ikili bir ayrımla ele alınmış intifa konusu gemi üzerinde sigorta, hakkın kurulmasından sonra doğduysa bu durumda intifa hakkı sahibinin sigorta ettiren sıfatına sahip olduğu ve primleri ödemekle mükellef olacağı malvarlığının aktifindeki azalmaya karşı güvence verilen gemi malikinin ise sigortalı sıfatını haiz olacağı ifade edilmiştir. Ancak gemi üzerinde intifa hakkı kurulmadan evvel gemi maliki tarafından sigorta yaptırılması durumunda ise intifa hakkı sahibinin sigorta ettiren sıfatından doğan haklara ve prim ödeme borcuna sahip olabilmesi için sözleşmenin devri hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır.

KAYNAKÇA

- ACAR, F. (2017). Rehin Hukuku Dersleri (2.b.). İstanbul.
- ALGANTÜRK LİGHT, D. (2006). TTK Tasarısı'nın Deniz Ticareti Başlıklı Beşinci Kitabı ile Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler. İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, 5(10) 123-145.
- AKAN, P. (2005). Deniz Hukuku'nda Geminin Enkaz Haline Gelmesinin Hukuki Niteliği ve Sonuçları. Ankara.
- AKÇURA KARAMAN, T. (2019). Gemi ve Hava Aracı İpoteği ve Motorlu Taşıtların Rehni (2.b.). İstanbul.
- AKINCI, S. (1958). Türk Hukukunda Gemi İpoteği. Ankara.
- AKYOL, Ş. (2008). Türk Medeni Hukukunda Temsil. İstanbul.
- ATAMER, K. (2018). Deniz Ticareti Hukuku (Cilt II). İstanbul. (Cilt II).
- ATAMER, K. (2012). Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri. İstanbul. (İpotek).
- ATAMER, K. (2012). Yeni Türk Hukuku Uyarınca, Gemiler Üzerinde İpotek, İntifa, Kira ve Finansal Kira Hallerinde Sigorta İlişkileri. (DENİZ HUKUKU DERNEĞİ, SİGORTA HUKUKU TÜRK DERNEĞİ, Düzenleyenler) İstanbul. 97-115. (Deniz Sigortaları).
- AYAN, M. (2020). Eşya Hukuku Sınırlı Ayni Haklar (9.b. Cilt III). Ankara.
- AYBAY, A., HATEMİ H. (1981). Eşya Hukuku Dersleri. İstanbul.
- AYBAY, A. (1974). Gemi Üzerinde İntifa Hakkı Kurma İşleminin Sınırlandırılması Sorunu. İstanbul Barosu Dergisi, 48(1) 303-315.
- AYBAY, G. (1998). Deniz Hukuku. İstanbul.
- BOZKURT, T. (2021). Deniz Ticareti Hukuku. Ankara.
- CAN, M. (2003). Deniz Ticareti Hukuku (2.b.). Ankara.
- CANARSLAN, G. (2016). İntifa Hakkının Sona Ermesi. İstanbul.
- ÇAĞA, T., KENDER R. (2009). Deniz Ticareti Hukuku I (15.b.). İstanbul.
- ÇELİK PARTAL, Ç. (2021). Tekne Sigortalarında Teminatın Rizikolar Bakımından Kapsamı. Ankara.
- ÇETİNGİL, E., KENDER., R., ÜNAN, S., YAZICIOĞLU, E. (2006). TTK Tasarısı'nın "Deniz

- Ticareti” Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında. Deniz Hukuku Dergisi. Özel Sayı. 1-297.
- DAMAR, D. (2010). Gemi Niteliğinde Olmayan Deniz Araçları ve Çatma. Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan. (Bİ. ENGİN, Düzenleyenler) 749-787.
- DEMİR, İ. (2021). Deniz Ticareti Hukuku. Ankara.
- DEMİR, İ. (2015). Yeni Bağlama Kütüğü Rejimi Üzerine Değerlendirmeler. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64(1) 103-170.
- DEMİRKIRAN İ., DEMİRKIRAN M. (2006). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Üzerine Bazı Düşünceler. Deniz Hukuku Dergisi. Özel Sayı. 339-347.
- DENİZ KANER, İ. (2021). Deniz Ticareti Hukuku (4.b. Cilt I-II). İstanbul.
- DOBBERAHN, P. (1998). Rechte an Schiffen und Luftfahrzeugen, MittRhNotK.
- DOĞANAY, İ. (2004). Türk Ticaret Kanunu Şerhi (4.b. Cilt III). İstanbul.
- EREN, F. (2021) Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26b.) Ankara. (Borçlar Özel).
- EREN, F. (2022). Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10b.). Ankara. (Borçlar Genel).
- GÖKTÜRK, HA. (1949). Türk Medeni Hukuku Dördüncü Kitap Ayni Haklar. Güney Matbaacılık. Ankara.
- GÜNEYLİ, Y. (2021). İngiliz Hukukunda Tekne Sigortasının Gelişimi ve Türk Hukukunda Tekne Sigortasına Bir Bakış. Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(1) 137-164.
- GÜRSOY K., EREN, F., CANSEL, E. (1978). Türk Eşya Hukuku. Ankara.
- İZVEREN, A., FRANKO, N., ÇALIK, A. (1994). Deniz Ticareti Hukuku (3.b.). Ankara.
- IŞIKLAR, GK., SÜZEL, C. (2021). Bağlama Kütüğü’nün Hukuki Niteliğinin Öğreti ve Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi. Dehukam Deniz Hukuku Dergisi, 4(1) 33-138.
- KALPSÜZ, T. (2004). Gemi Rehni (5.b.). Ankara. (Rehin).
- KALPSÜZ, T. (1971). Deniz Ticareti Hukuku. Ankara. (Deniz Ticareti).
- KARA, H. Deniz Ticareti Hukuku (2020). İstanbul.
- KARAHASAN, MR. (2007). Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku (Cilt II). Ankara.
- KAYIHAN, Ş. (2022). Deniz Ticareti Hukuku (3.b.). İstanbul. (Deniz Ticareti).

- KAYIHAN, Ş. (2004). Sigorta Sözleşmesinde Prim Ödeme Borcu. Ankara. (Prim Ödeme).
- KILIÇOĞLU, A. (2021). Eşya Hukuku. Ankara.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N., HATEMİ, H., SEROZAN, R., ARPACI, A. (2017). Borçlar Hukuku Genel Bölüm (4.b.). İstanbul.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (1959). Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi. İstanbul.
- KOYUNCU, İS. (2006). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın "Deniz Ticareti" Kitabındaki Bazı Hükümler Hakkında Değerlendirmeler. Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı. 347-369.
- KÖPRÜLÜ B., KANETİ, S. (1982). Sınırlı Ayni Haklar (2.b.). İstanbul.
- MEMİŞ, T. (2001). Yangın Sigortasında Riziko. İstanbul.
- MURAN, H. (2011). Gemi Üzerinde İntifa Hakkı Kurma İşleminin Sınırlandırılması Sorunu. Deniz Hukuku Dergisi, 10(1-4) 91-125.
- NİTELİK, MH. (2022). Türk Hukukunda Gemi İpoteği. Ankara.
- NOMER, H., ERGÜNE, S. (2020). Eşya Hukuku (8.b.). İstanbul.
- OĞUZMAN, K., SELİÇİ Ö., OKTAY ÖZDEMİR, S. (2020). Eşya Hukuku (22.b.). İstanbul.
- OKAY, S. (1970). Deniz Ticareti Hukuku (3.b. Cilt I). İstanbul.
- ÖNDER, S. (2016). Gemi Kira Sözleşmesi. Ankara.
- ÖZEN, B. (2008) Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı. İstanbul.
- SAYHAN, İ. (2005). Sigorta Sözleşmelerinin Konusu. Ankara.
- SEVİNÇ KUYUCU, A. (2017). Bağlama Kütüğüne Kayıtlı Gemilerin Mülkiyetinin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Kazanılmasına İlişkin Esaslar. Public and Private International Law Bulletin, 37 (2) 689-710. (Bağlama Kütüğü).
- SEVİNÇ KUYUCU, A. (2016). Gemi Finansmanı Sözleşmeleri. İstanbul. (Finansman).
- SİRMEN, L. (2019). Eşya Hukuku (7.b.). Ankara.
- SÖZER, B. (2022). Deniz Ticareti Hukuku (6.b. Cilt I). İstanbul. (Deniz Ticareti).
- SÖZER, B. (2010). Gemi, Geminin Mütemmim Cüzü ile Teferruatı ve Bunların Finansal Kiralama Sözleşmesi ile Temini Halinde Ortaya Çıkabilecek Sorunlar. İstanbul. (Gemi).
- SÜZEL, C. (2010). Türk Mevzuatında Gemi Tanımı. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan. (Bİ.

ENGİN, Düzenleyenler) 1615-1645.

TAŞKIN, M. (2017). Zarar Sigortalarında Menfaat Eksikliği. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 33(1) 261-289.

TEK, GS. (2012). *Ulaşım Araçlarının İpoteği*. İstanbul.

TEKİL, F. (1998). *Deniz Hukuku (5.b.)*. İstanbul.

TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A. (1989). *Tekinay Eşya Hukuku (5.b.)*. İstanbul. (Eşya Hukuku).

TEKİNAY, S., AKMAN, S., BURCUOĞLU, H., ALTOP, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul. (Borçlar Hukuku).

TOPSOY, F. (2020). *Deniz Ticareti Hukuku (Cilt I)*. İstanbul.

TUNÇOMAĞ, K. (1997). Hayat Sigortası Sözleşmelerinde Sözleşmenin Devri. Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan (İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Düzenleyenler) 1-8.

ULUĞ CİCİM, İ. (2023). Tarihsel Gelişim Süreci Bağlamında Deniz Sigortaları. *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 22(86) 758-769

ÜNAN, S. (1998). *Hayat Sigortası Sözleşmesi*. İstanbul. (Hayat Sigortası).

ÜNAN, S. (2016). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Genel Hükümler (Cilt I)*. İstanbul. (Cilt I).

ÜNAN, S. (2016). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap Zarar Sigortaları (Cilt II)*. İstanbul. (Cilt II).

WIELAND, C. (1946). *Kanun-u Medenide Ayni Haklar (çeviri: Hakkı Karafaki)*. İstanbul.

YAZICIOĞLU, E. (2022). *Kender-Çetingil Deniz Ticareti Hukuku (17.b.)*. İstanbul. (Deniz Ticareti).

YAZICIOĞLU, E. (2003). *Tekne Sigortası Sözleşmeleri*. İstanbul. (Tekne Sigortaları).

YETİŞ ŞAMLI, K. (2021). *Gemi Mülkiyetinin Hukuki İşlem Yoluyla Kazanılması*. İstanbul.

Elektronik Kaynaklar

<<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/21.5.7283.pdf>>

<www.lexpera.com.tr>



YENİDEN İNŞA VEYA İMAR SEBEBİYLE KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ*

Termination of the Lease Contract Due to Rebuilding or Reconstruction

Ceyhun TEKDEMİR*

ÖZ

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerde kiracının kiraya verene kıyasla daha çok korunduğu görülmektedir. Bu durumun en belirgin örnekleri kira sözleşmelerinin sona erdirilme hallerinde görülmektedir. Nitekim kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirmesi kiracıya göre daha zordur. Buna rağmen, kiraya verenin de bazı şartların varlığı halinde kira sözleşmesini sona erdirme hakkı vardır. Bunlardan biri de Türk Borçlar Kanunu'nun 350. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise kiraya veren açacağı dava ile kira sözleşmesini sona erdirebilir.

Günümüzde artan kira bedelleri sebebiyle, kiracı ve kiraya veren arasındaki ihtilaflar ciddi anlamda artış göstermiştir. Bu durum da tahliye sebeplerinin ayrıntılı bir şekilde ele alınmasını ve tartışmalı olan hususların aydınlatılması gerekliliğini de beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada, yeniden inşası veya imarı sebebiyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi mevzuat ve yargı kararları ile birlikte incelenecektir. Bu şekilde yeniden inşası veya imarı sebebiyle tahliyeye ilişkin alan yazınına ve ihtilafların çözümüne dair katkı sağlayabilecektir.

• **Gönderi:** 23.11.2023 - **Kabul:** 11.12.2023 | **Received:** 23.11.2023 - **Accepted:** 11.12.2023.

Bu çalışma İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde hazırlanan “Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Tahliye Sebepleri” başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

* Avukat, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, İstanbul, Türkiye ✉ avceyhuntekdemir@gmail.com • ORCID 0009-0006-7323-0554.

Atıf Şekli / Cite As: TEKDEMİR, Ceyhun (2023). Yeniden İnşası veya İmarı Sebebiyle Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi. ÇÜHAD, (4), 94-115.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Anahtar Kelimeler: Konut ve Çatılı İşyeri Kirası, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, Yeniden İnşa, İmar Amaçlı Onarım, Tahliye.

ABSTRACT

It is seen that the tenant is more protected than the lessor in the regulations regarding residential and roofed workplace lease agreements. The most obvious examples of this situation are seen in cases of termination of lease agreements. As a matter of fact, it is more difficult for the lessor to terminate the lease than for the tenant. Despite this, the lessor also has the right to terminate the lease agreement if certain conditions are met. One of these is regulated in the second paragraph of Article 350 of the Turkish Code of Obligations. Accordingly, if the leased property requires major repair, expansion or alteration for reconstruction or rebuilding purposes and it is impossible to use the leased property during these works, the lessor may terminate the lease agreement by filing a lawsuit.

Today, due to increasing rental prices, disputes between tenants and lessors have increased significantly. This situation brings with it the necessity of considering the reasons for evacuation in detail and clarifying the controversial issues. In this study, termination of the lease agreement due to reconstruction or rebuilding will be examined together with legislation and judicial decisions. In this way, it can contribute to the literature on evacuation due to reconstruction or rebuilding and the resolution of disputes.

Keywords: Residential and Roofed Workplace Rental, Termination of Lease Agreement, Reconstruction, Repair for Zoning Purposes, Evacuation.

GİRİŞ

Kiraya verenin taşınır, taşınmaz malını veya bir hakkını geçici bir süre kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını belirli bir bedel karşılığında kiracıya bırakmayı üstlendiği anlaşmaya kira sözleşmesi denir¹. Kira sözleşmesi kiracı ve kiraya veren arasında karşılıklı borç doğurmaktadır. Kiraya verenin bir şeyin kullanımını devretme borcuna karşılık kiracının bir bedel ödeme borcu bulunmaktadır². Kira sözleşmesinin konusunu ise taşınır ve taşınmaz mallar ile haklar oluşturmaktadır. Kira sözleşmesi esas itibariyle Türk Borçlar Kanunu'nda "genel hükümler", "konut ve çatılı işyeri kiralari", "ürün kirası" olmak üzere üç başlık altında düzenlenmiştir. Konut ve çatılı işyerlerine ilişkin kira sözleşmeleri, mülga Gayrimenkul Kiralari Hakkında Kanun gibi farklı bir kanunda düzenlemeyip TBK'nın içerisine alınmıştır. Böylece özel bir kira sözleşmesi türü olarak TBK'nın 339- 356 maddeleri arasında ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Bu hükümler içerisinde konut ve çatılı işyeri kira

¹ ACAR, s. 89; ERDOĞAN, s. 3; EREN, s. 310.

² ACAR, s. 6; AYDOĞDU, KAHVECİ, s. 368; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 372.

sözleşmelerinin sona erme halleri de mevcuttur. Makalemizde bu sebeplerinden biri olan yeniden inşa veya imar amacıyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesi durumu incelenecektir.

Bu tahliye sebebinin mevzuatta detaylıca düzenlenmemesi konunun detaylıca incelenmesini getirmektedir. İlk bölümde bu tahliye sebebinin şartları incelenecektir. Sonrasında yeniden inşa veya imar amacıyla kiracının nasıl tahliye edileceğinden bahsedilerek kanun ve yargı kararlarıyla konu anlatılmaya çalışılacaktır.

I. YENİDEN İNŞA veya İMAR SEBEBİYLE KİRA SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

Yeniden inşa veya imar amacıyla kiracının tahliyesi Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir³. TBK m. 350/b. 2'ye göre, “*Kiraya veren kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekli ve bu işler sırasında kiralananın kullanımı imkânsız ise kira sözleşmesi sona erdirilebilir*”.

Bu hüküm ile kanun koyucunun yapıların yenileştirilmesi ve geliştirilmesiyle şehrin güzelleşeceği düşüncesinden hareketle kamu menfaatini amaçladığı düşünülmektedir⁴. Ancak burada kamu menfaatinden ziyade, kiraya verenin menfaati gözetilmektedir. Zira düzenleme dikkatli incelendiğinde, hükmün her taşınmazı kapsamadığı ve kiraya verenin arzusunun daha çok ön planda tutulduğu görülmektedir⁵. TBK m. 350/b. 2'ye göre kira sözleşmesinin sona erdirilmesi için kiraya verenin tahliye davası açması zorunludur⁶. Dolayısıyla, kiracıya yapılacak fesih bildirimini ile kira sözleşmesi sona erdirilemez.

B. Şartları

Yeniden inşa veya imar sebebiyle açılacak olan tahliye davasında madde metninde belirtilen şartların varlığı araştırılacaktır. Tahliye davasının açılabilmesi için bu şartların tümünün gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna göre, kiralanan taşınmazın yeniden inşasının yapılması veyahut taşınmazda yapılacak onarım, genişletme veya değiştirmenin imar amaçlı

³ Kiralanan yerin yeniden inşası veya imarı sebebiyle kira sözleşmesinin sona erdirilmesi mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7. maddesinin ç bendinde düzenlenmişti. İlgili hükme göre, “*Gayrimenkulü yeniden inşa veya imar maksadiyle esaslı bir surette tamir, tevsi veya tadil için ve ameliye esnasında içinde ikamet veya iştilal mümkün olmadığı fennen anlaşıldığı takdirde kira akdinin hitamında tahliye davası açabilirler*”

⁴ ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s. 379.

⁵ İNCEOĞLU, s. 406.

⁶ AKYİĞİT, s. 187; KIRMIZI, s. 387.

olması ve imar amacıyla yapılacak işin esaslı olması, tadilat esnasında kiralanın taşınmazın kullanılmasının mümkün olmaması, ilgili projenin uygulanabilir olması ve açılacak tahliye davasında mahkemeye sunulması gerekir⁷.

1. Kiralanan Yerın Yıkılarak Yeniden İnşası

Madde metninde öncelikle kiralanın yerın yıkılarak yeniden inşası durumunda tahliye davası açılabilceğı düzenlenmiştir⁸. Bu durumda konutun önce yıkılması ve sonrasında yeniden inşa edilmesi gerekmektedir⁹. Dolayısıyla kiralanın yerın sadece yıkılması TBK m. 350/b. 2'ye göre tahliye durumu oluşturmaz. Kiralanın meskenin yıkılarak yeniden bir iş merkezi haline getirilmesi kiralanının yeniden inşa durumuna örnek olarak verilebilir¹⁰.

Kiralanan konutun yeniden inşasında imar amacının bulunması zorunlu değildir. Bu sebeple yeniden inşa edilen kira konusu taşınmazın eski haliyle kıyaslandığında aynı niteliklere sahip olması veya daha güzel olması da gerekmez¹¹. Eski binanın yıkılması ve yerine yenisinin inşası gerekli ve yeterlidir¹². Dolayısıyla, kiracının kira konusu yerın eski halinin yenilenmiş halinden daha iyi olduğu ve bu haliyle kullanışsız olduğu iddiası dinlenmez.

Kiralanan konutun yeniden inşa sebebinin esaslı olması zorunlu olmasa da kiraya verenin sırf kiracıyı çıkarmak için açacağı tahliye davası reddedilmelidir¹³.

2. Kiralanan Yerın İmar Amacıyla Esaslı Onarımı, Genişletilmesi veya Değıştirilmesi

Kiralanan yerın yeniden inşası dışında büyük ölçüde onarım, genişletme ve değıştirmesi gerekiyorsa da kiraya veren, TBK m. 350'ye göre imar amaçlı tahliye davası açılabilir¹⁴.

İmar amaçlı tahliyede yapının yeniden inşası gerekli değildir. Mevcut bina muhafaza edilerek tadilat ile yapının güzelleştirilmesi veya korunması amaçlanır. Ancak yapılacak bu işlemin imar amacı taşıması gerekir. Bu noktada, binanın bütününde yapılması düşünülen değışikliklerin imar amacı taşıdığı söylenebilir. Binanın deprem sebebiyle kolonlarının

⁷ AKGÜN AKAY, s. 95; KILIÇOĞLU, s. 340.

⁸ DOĞAN, Kira Sözleşmesi, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Editör Turgut Öz), Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 336; AKYİĞİT, s. 187; İNCEOĞLU, s. 406.

⁹ EREN, s. 420; DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 133; KILIÇOĞLU, s. 302.

¹⁰ AKGÜN AKAY, s. 95; OLGAC, s. 150.

¹¹ ARAL, AYRANCI, s. 305; CERAN, s. 838; ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s. 379.

¹² ARAL, AYRANCI, s. 333; CELEP, s. 49; TANDOĞAN, s. 278.

¹³ AYDOĞDU, KAHVECİ, s. 674; ÇINAR, s. 1360.

¹⁴ ARPACI, s. 118; DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 134; KARAKAŞ, s. 132; ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s. 361.

güçlendirilmesi¹⁵ veya binaya asansör koymak¹⁶ bu duruma örnek olarak verilebilir. Yargıtay'a göre yapının sadece iç kısmının değiştirilmesine yönelik ufak tadilatlar imar kastını ortaya koymadığından tahliye sebebi oluşturmaz¹⁷.

Kiralanan yerin başka bir amaçla kullanılacağı iddiasıyla yapılacak tadilatın imar amacı taşıyıp taşımadığı konusunda görüş birliği yoktur¹⁸. Bir görüşe göre, konutun işyerine veya işyerinin konuta çevrilmesi mülkiyet hakkının tanıdığı bir yetki olduğundan kiraya veren kiracının tahliyesini talep edebilir¹⁹. Diğer görüş ise madde metninde yer alan “gerekli” ifadesinden yola çıkarak kiraya verenin konut olarak kullanılan yeri işyerine çevireceği iddiasıyla tahliye davası açamayacağını savunmaktadır²⁰.

Yeniden inşa sebebinden farklı olarak imar amacı taşıyan onarımın, değişimin veya genişletmenin esaslı şekilde olması gerekmektedir²¹. Esaslı genişletmeye yeni bir oda ilavesi, değiştirmeye binaya aydınlatmaların takılması, onarıma ise binayı güçlendirici veya koruyucu tadilat yapılması örnek olarak verilebilir²². Onarımın esaslı olup olmadığı ve kiracının bu onarım sırasında kiralanan yerde oturup oturamayacağı yapılacak keşif ile bilirkişi tarafından tespit edilmektedir²³. Dolayısıyla bilirkişinin hem tadilatın esaslı ve imar amaçlı olup olmadığını hem de tadilat sırasında kiralanda oturulmasının fennen mümkün olup olmadığını tespit etmesi gerekir²⁴.

¹⁵ TUNABOYLU, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 358.

¹⁶ ERDOĞAN, s. 892; TANDOĞAN, s. 279.

¹⁷ “...Bilirkişi raporuna göre kiralanda yapılacak işin fiiliyatta iki dükkanın tek dükkana dönüştürülmesi şeklinde basit tadilat olup imar amaçlı esaslı tadilattan söz edilemez...” Y. 6. HD, T. 11.04.2005, E. 2005/1994-3441; Aynı yönde “... Binada yapılacak sıhhi tesisat, elektrik ve kalorifer tesisatının değiştirilmesinin esaslı tamir ve tadilat niteliğinde değildir...”, Y. 6. HD, T. 27.09.1999, E. 1999/6724-6939, ERDOĞAN, s. 921.

¹⁸ ARPACI, s. 119; ÖZDOĞAN, OYMAK, s. 547.

¹⁹ EREN, s. 421; SADIRLI İNCESU, s. 88; TANDOĞAN, s. 281.

²⁰ ARPACI, s. 119; DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 138; C. YAVUZ, 689.

²¹ AYDOĞDU, KAHVECİ, s. 670; DOĞAN, Özel, s. 338.

²² AKYİĞİT, s. 189; TANDOĞAN, s. 279.

²³ “...Yapılan keşifte kiralananın diğer külliyeye ile birlikte onarılmasının zaruri olduğu tespit olunmuştur. Bu durumda yapılacak iş bu onarım esnasında kiralanda oturulup oturulmayacağına tespit edilmesidir...”, Y. 6. HD, T. 06.06.1980, E. 1980/1864, K. 1980/5911: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 15.08.2023).

²⁴ “... Kiralanda yapılan keşifte bilirkişi tadilat esnasında taşınmazda fennen oturulmasının mümkün olmadığını bildirmişse de tadilatın esaslı ve imar amaçlı olduğu hususunda beyan ve tespit bulunmamıştır. Mahkemece kiralanda yeniden keşif yapılarak tadilatın neler olduğu ve yapılacak tadilatın esaslı ve imar amaçlı bulunup bulunmadığının saptanması ve sonuca göre karar verilmesi gerektiğinden hüküm bozulmalıdır” Y. 6. HD, T. 17.01.1994, 1358/153, TUNABOYLU, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, s. 378.

Boya veya çatı onarımı gibi küçük değişiklik veya onarımlar esaslı bir onarım veya değişiklik olarak kabul edilmez. İki dairenin birleştirilmesi veya bir dairenin iki ayrı daireye dönüştürülmesi halinde yapılacak tadilat esaslı sayılmamaktadır²⁵. Nitekim Yargıtay üç adet dükkânın ara duvarlarının kaldırılması ile tek dükkân haline getirilmesinin imar amaçlı olmadığına karar vermiştir²⁶. Esaslı olmayan onarıma ilişkin durumlar TBK m. 350/b. 2'nin şartlarını sağlamamaktadır. Bu durumda kiracının taşınmazdan tamamen tahliyesi yerine, şartları sağlaması halinde TBK m. 319'da belirtilen geçici tahliyenin uygulanması gündeme gelebilir²⁷.

3. Kiralanan Taşınmazın Kullanımı Mümkün Olmamalı

TBK m. 350/b. 2'e göre kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için yeniden inşa veya imar amaçlı onarım, genişletme veya değiştirme sırasında kiracının taşınmazı kullanmasının mümkün olmaması gerekmektedir²⁸. Kiracının tadilat sırasında taşınmazı kullanma imkânı bulunması halinde, ortada TBK m. 350/b. 2 anlamında bir sona erme sebebi oluşmayacağından kiracının tahliyesi bu madde uyarınca mümkün olmaz²⁹.

Kiracının tadilat sırasında taşınmazı kullanma imkânı bulunduğu tespitinin nasıl yapılacağı konusunda TBK'da bir düzenleme yoktur. Oysaki mülga 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanununun 7/ç maddesinde yapılacak tadilat veya onarım sırasında kiracının konutu kullanabilmesinin mümkün olup olmadığı fennen tespit edilmesi şartı da aranmaktaydı³⁰. Her ne kadar yeni kanunda böyle bir hüküm yer almasa da kiraya verenin keyfiyetini önlemek amacıyla bilirkişi tarafından kiracının tadilat sırasında kiralananı kullanıp kullanamayacağına fennen tespit edilmesi gerekir³¹.

²⁵ ERDOĞAN, s. 893; Bu yönde “İki kısım arasında kapı açmak suretiyle birleştirme ameliyesi esaslı tamirat ve tadilat niteliğinde kabul edilemez” Y. 6. HD, T. 13.11.1987, E. 9128/11448; “Ara duvarların kaldırılarak oda sayısının artırılması isteğinin imar amacına yönelik olduğu kabul edilemez” Y. 6. HD, T. 30.01.1989, 999/1139, TUNABOYLU, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, s. 385-387.

²⁶ “3 adet dükkanın ara duvarlarının kaldırılması ile tek hacimli dükkan haline getirilmesi imar amacının var olduğu kabul edilemez...” Y. 6. HD, T. 22.02.1993, 1763-2040, TUNABOYLU, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, s. 379.

²⁷ TANDOĞAN, s. 281.

²⁸ AKYİĞİT, s. 191; DOĞAN, Özel, s. 338; ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s. 362; Bu yönde “...Davanın dayanağını teşkil eden 6570 sayılı Yasanın 7/ç maddesi imar maksadıyla esaslı bir surette tadili ve bu ameliye için kiralanda ikamet veya işgalin mümkün olmamasını tahliye nedeni olarak kabul etmiştir...” Y. 6. HD, T. 02.02.1987, E. 1986/14886, K. 1987/870: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 15.08.2023).

²⁹ AYDEMİR, s. 210.

³⁰ ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s. 362.

³¹ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 690; GÜMÜŞ, Kira, s. 355; İNCEOĞLU, s. 410; ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s. 382.

4. Projenin Uygulanabilir Olması ve Mahkemeye Sunulması Gerekir

Kanun koyucu, kiracının yeniden inşa veya imar amacıyla onarım, genişletme veya değiştirme iddiasıyla haksız yere kiralanan dan çıkarılmasını önlemek amacıyla kiraya verene bir yükümlülük daha getirmiştir. Buna göre, kiralanda yapılacak olan işlem için inşaat ruhsatının ve ilgili belediyeden onaylatılan inşaat projesinin mahkemeye sunulması gerekmektedir³². Ancak yıkım gerçekleşmeden inşaat ruhsatı verilmiyorsa onaylı inşaat projesinin veya ön (avan) projenin sunulması da Yargıtay tarafından yeterli kabul edilmektedir³³.

Dava başında projenin sunulmadığı durumlarda davanın reddedilmesi yerine davacıya süre verilmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁴. Verilen kesin süre içerisinde de belgelerin sunulmaması halinde davanın reddine karar verilir³⁵.

Açılan tahliye davasında projenin ibraz edilmemesi sebebiyle davanın reddine kesin olarak karar verilmesi halinde aynı sebeple tekrar dava açılmasında herhangi bir engel yoktur³⁶. Zira ilk davada verilen hüküm, sonraki davada kesin hüküm teşkil etmez.

Bununla beraber salt projenin olması davanın kabul edileceği anlamına da gelmez. İlgili projenin kira konusu taşınmaz için hukuken ve fennen uygulanabilir olup olmadığı bilirkişi tarafından tespit edilmelidir³⁷. Ancak ilgili proje zaten ilgili belediyeden tasdikli olduğu için burada bilirkişi sadece projenin ilgili taşınmaza ait olup olmadığı konusunda sınırlı inceleme yapar³⁸.

³² AKYİĞİT, s. 188; ERDOĞAN, s. 892; KIRMIZI, s. 461; TUNABOYLU, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 826.

³³ "...Tasdikli avan (ön) proje ile yeniden inşaat nedeniyle tahliye davası açılabilir. İleride düzenlenecek tatbikat projesi avan projeye uygun olacağından önceden tatbikat projesi düzenlenmesine gerek yoktur. Bu itibarla yeniden inşaat nedeniyle açılan davada avan projenin esas alınması mümkündür. Avan proje mahalline uygun olduğuna göre kiralananın tahliyesine karar vermek gerekirken..." Y. 6. HD, T. 10.09.2001, E. 2001/6180, K. 2011/6192: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 15.09.2023). Aynı yönde "...Yeniden yapılacak inşaatı dayanan davalarda tasdikli avan proje yeterlidir..." Y. 6. HD, T. 19.02.1982, E. 1276, K. 1848, ERDOĞAN, s. 903.

³⁴ ERDOĞAN, s. 892.

³⁵ AYDEMİR, s. 185.

³⁶ TUNABOYLU, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 826.

³⁷ "Bu madde uyarınca tahliye kararı verilebilmesi için öncelikle belediyece tasdik edilmiş projenin ibrazı, bunun mahalline uygun olup olmadığının bilirkişi marifetiyle incelenmesi, uygun olması halinde de tadilat sırasında kiralanan da oturmanın fennen mümkün olmadığı anlaşılması gerekmektedir" Y. 6. HD, T. 24.05.2004- 4108/4050, TUNABOYLU, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, s. 362.

³⁸ AKYİĞİT, s. 188; BURCUOĞLU, s. 457. Bu yönde " Bilirkişinin projenin tatbik kabiliyeti olmadığı hakkındaki raporu, tasdikli projenin münakaşası niteliğinde olup yetkisi dışındadır. Bilirkişinin yapacağı husus kanuna uygunluğu saptanarak onanmış projenin kiralananına ait olup olmadığını tespitten ibarettir". Y. 6. HD, T. 22.11.1979, E. 8067, K. 9316, TUNABOYLU, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, s. 389.

Konutun niteliği sebebiyle tadilat için bir kurumdan izin alınması gerekiyorsa bu izin alınmalıdır. Örneğin, tarihi eser niteliğindeki bir konut için Kültür Varlıkları Koruma Kurulu'ndan izin alınması gereklidir³⁹. Kurumdan izin alınmasının zorunlu olduğu durumlarda ilgili kurula sadece başvurunun yapılması yeterli olmayıp kuruldan cevap da beklenmelidir. Aksi halde gerekli izinler alınmadan açılan dava reddedilir⁴⁰.

İmar planlarına ilişkin açılmış bir davanın bulunması halinde ise bu durum tahliye davası açısından bekletici mesele yapılmalıdır⁴¹. Ancak *İnceoğlu*, imara ilişkin idari yargıda açılan davanın sırf tahliye davasını geciktirmek maksadı ile açıldığı anlaşıldığında mezhur davada bekletici mesele yapılmaması gerektiğini savunmaktadır⁴².

Esasen yukarıdaki şartların gerçekleşmesi davanın kabulü için yeterlidir⁴³. Ancak kiraya verenin taşınmazın yeniden inşaatı amacının dışında sırf kira bedelini yükseltmek maksatlı TBK m. 350/b. 2'in verdiği imkândan faydalanmak istemesi açıkça hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Bu noktada Yargıtay'ın tahliye davasında yukarıdaki belirtilen şartların dışında bazı durumları da araştırdığı görülmektedir. Örneğin Yargıtay, TBK m. 350/b. 2 kapsamında açılan bir davada, kiracının kiraya verenin yeniden inşaat için maddi durumu olmadığı iddiasını göz önüne alarak bu durumun araştırılması gerektiğine hükmetmiştir⁴⁵.

C. Tahliye Davası

1. Genel Olarak

Yeniden inşa veya imar amacıyla onarım, değişim veya genişletme sebebiyle kiracının tahliye edilmesi için tahliye davasının açılması zorunludur⁴⁶. Dolayısıyla fesih bildirimiyile

³⁹ KIRMIZI, s. 464; CERAN, s. 839; ÖZDOĞAN, OYMAK, s. 546.

⁴⁰ BURCUOĞLU, s. 456; İNCEOĞLU, s. 411.

⁴¹ AKGÜN AKAY, s. 98; Aynı yönde "... Bu halde mahkeme, yapı ruhsatının iptali için İdare Mahkemesi' ne dava açıldığına ve mahkemece yürütmenin durdurulmasına karar verildiğine göre bu davanın sonucu işbu davayı etkileyeceğinden bekletici mesele yapılması gerekirken yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir" Y. 6. HD, T. 21.01.2010, E. 2009/9471 K. 2010/289: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 25.09.2023).

⁴² İNCEOĞLU, s. 412.

⁴³ CERAN, s. 838; ERDOĞAN, s. 892.

⁴⁴ ACAR, s. 324; AKGÜN AKAY, s. 99.

⁴⁵ "...Gerçekten de MK 2. maddesine göre herkes haklarını kullanmak ve borçlarını ifada iyi niyet kurallarına uymakla mükelleftir... davalı tarafın bu yere ilişkin savunması üzerinde durmak, davacı şirketin borçları nedeniyle mecurun bulunduğu binada tasarrufların kısıtlanıp kısıtlanmadığı, binayı yıkıp yeniden inşa etme gücü bulunup bulunmadığı araştırılıp sonuca göre karar vermesi gerekirken..." Y. 6. HD, T. 20.01.1988, E. 16384, K. 954: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 25.09.2023).

⁴⁶ AYDEMİR, s. 203; İNCEOĞLU, s. 412.

kiracı tahliye edilemez. Açılacak olan tahliye davasında görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi, yetkili mahkeme ise taşınmazın bulunduğu yer mahkemesidir. Ayrıca bu hüküm hem konut hem de işyerlerinde uygulanmaktadır.

İnşa, onarım veya değişimin taşınmazın bir kısmında yapılması ve kiracının taşınmazın kalan kısmını kullanma imkânı olursa, taşınmazın tamamen tahliyesi yerine kısmi tahliyenin de mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴⁷. Ancak kısmi tahliye halinde de kiracının tadilat yapılacak alanda kiralananı kullanmasının imkânsız olması gerekmektedir⁴⁸.

Tahliye davasının açılmasından sonra kiracının taşınmazı tahliye etmesi durumunda kiraya verenin haklı olup olmadığına bakılır. Eğer tahliye kararı verilmesi gerektiği kanaatine ulaşırsa, kiracının davanın açılmasına sebebiyet vermesinden dolayı aleyhine vekâlet ücreti ve yargılama masraflarına hükmedilmelidir⁴⁹. Yargıtay da bu konuda mahkemece tarafların tüm delilleri toplanarak tahliye kararı verileceği sonucuna ulaşırsa, yargılama giderlerinden ve vekâlet ücretinden kiracının sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir⁵⁰.

2. Davacı

TBK m. 350/b. 2'ye göre, yeniden inşa veya imar amaçlı onarım, genişletme veya değiştirme sebebiyle tahliye davası açma hakkı kiraya verene aittir. Kiraya verenin aynı zamanda malik olduğu durumlarda, tahliye davası kiraya veren malik tarafından açılır. Ancak malik olmayan kiraya verenin ya da kiraya veren olmayan malikin dava açma hakkı bulunup bulunmadığı konusu öğretide tartışmalıdır⁵¹.

Doktrinde, malik olmayan kiraya verenin dava açma yetkisinin olduğunu kabul eden görüşlerin ⁵² yanı sıra bazı şartlar ile bu davayı açabileceğini savunan görüşler de mevcuttur. Örneğin *Burcuoğlu*'na göre, malik olmayan kiraya verene onarım, genişletme veya değiştirme konusunda malik tarafından açıkça ve özel bir yetki verilmelidir⁵³. Bu yetkilendirme olmadan salt taşınmazı kiraya verme yetkisi malik olmayan kiraya verene tahliye davası açma hakkı

⁴⁷ İNCEOĞLU, s. 412; TANDOĞAN, s. 282.

⁴⁸ CELEP, s. 59.

⁴⁹ KIRMIZI, s. 466.

⁵⁰ "...Davalının davanın açılmasına sebebiyet verip vermediğinin belirlenebilmesi için mahkemece tarafların tüm delilleri toplanmalı, gerekirse keşif yapılmalı, davacının davada dayandığı proje yerinde uygulanmalı ve hasil olacak sonuca göre taşınmaz tahliye edilmemiş olsa idi tahliyeye karar verilecekdi ise, davalının dava açılmasına sebebiyet verdiği kabul edilerek yargılama giderlerinden ve vekalet ücretinden sorumlu tutulmasına karar verilmelidir..." Y. 6. HD, T. 17.11.2009, E. 2009/7039, K. 2009/ 10082: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T.15.08.2023).

⁵¹ CELEP, s. 67.

⁵² TANDOĞAN, s. 283.

⁵³ BURCUOĞLU, s. 467.

vermez. Zira bu görüşe göre, böyle bir kişinin yetkisi olmadığı sürece inşaa ve imar için gereken işlemleri yapamayacağından bu davayı da evleviyetle açamayacağı kabul edilmektedir⁵⁴. Yargıtay'ın da malik olmayan kiraya verenin tahliye davası açabileceğine ilişkin kararları mevcuttur⁵⁵.

Kiraya veren konumunda olmayan malikin dava açıp açamayacağı konusunda da doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrinde bir görüş, kanunun lafzından hareketle kiraya veren olmayan taşınmaz malikinin dava açma hakkı olmadığını savunmaktadır⁵⁶. Bunun aksine, kiraya veren olmayan malikin dava açabileceğini savunan görüşler de mevcuttur⁵⁷. Yargıtay dava açma hakkının münhasıran sözleşmenin tarafına ait olduğu anlamı çıkarılamayacağı düşüncesiyle kiraya veren olmayan malikin de dava açabileceğini kabul etmektedir⁵⁸.

Bunun dışında intifa hakkı sahibi kiraya veren, TBK m. 817 uyarınca malikin rızası olmadan yeniden inşaa ve imar sebebiyle tahliye davası açamaz⁵⁹. Ancak kendisine inşaat yetkisi veren üst hakkı sahibinin tahliye davası açabileceği kabul edilmektedir⁶⁰.

Alt kiranın olduğu durumlarda kiracının alt kiracıya karşı tahliye davası açma hakkı yoktur⁶¹.

Birden fazla kiraya verenin olduğu durumlarda elbirliği mülkiyeti ve paylı mülkiyet ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Elbirliği mülkiyeti halinde tahliye davası ancak oybirliği ile

⁵⁴ BURCUOĞLU, s. 467. Malik olmayan kiraya verenin yeniden inşaa veya imar işlemleri yapamayacağı yönünde bkz. AKYİĞİT, s. 194; AYDOĞDU, KAHVECİ, s. 682.

⁵⁵ "...Yeniden inşaat sebebine dayanılarak açılan davanın kiralayan tarafından açılması icap eder. Kiralayanın malik olması şart değildir..." Y. 6. HD, T. 17.02.2003, E. 2003/581, K. 2003/690, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 30.11.2023).

⁵⁶ BURCUOĞLU, s. 468; DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 141; İNCEOĞLU, s. 413.

⁵⁷ CERAN, s. 837; ÇINAR, s. 1365; ERDOĞAN, s. 891; KIRMIZI, s. 460; ÖZDOĞAN, OYMAK, s. 550.

⁵⁸ "Dava açma hakkının münhasıran akide ait olduğu anlamı çıkarılamayacağına ve malik adına vekaleten veya vekaleti olmaksızın yakut temsilen kiraya veren kişiye tanınan dava hakkının asilden yani malikten esirgenmesi mümkün olmamasına ve mal sahibinin de yeniden inşaa, temir, tevsi ve tadil sebebine dayanarak sözleşmenin akidi aleyhine kiralananın boşaltulmasını isteyebileceğine ve kanunların da bunu yasaklayıcı bir hüküm bulunmamasına..." Y. 6. HD, T. 28.02.1980, E. 1979/10258, K. 1980/1793; aynı yönde "...Davanın kiralayan tarafından açılması icap eder. Kiralayanın malik olması şart değildir. Kiralayan durumunda bulunmayan malikin de dava açma hakkı içtihatlarla kabul edilmiştir. Olayımızda; dosyaya celbedilen tapu kaydından dava konusu kiralananın bulunduğu 33 No'lu parselin, davacının eşi Ayşe adına kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Dosyadaki sözleşmeye göre davalı 1.7.1996 başlangıç tarihli ve bir yıl süreli kira akti uyarınca kiralanda kiracı olup, kira sözleşmesini kiralayan sıfatıyla Ayşe yerine eşi olan davacı imzalamıştır. Kira sözleşmesi vekaleten imzalandığına göre, kiralayanın Ayşe olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda davacı, kiralayan ya da malik sıfatı olmaksızın davayı kendi adına açtığından davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddine karar vermek gerekirken..." Y. 6. HD, T. 17.02.2003, E. 2003/581, K. 2003/690: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 15.09.2023).

⁵⁹ İNCEOĞLU, s. 413.

⁶⁰ DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 142.

⁶¹ AKGÜN AKAY, s. 102; BURCUOĞLU, s. 467.

açılabilir⁶². Paylı mülkiyette ise aranacak çoğunluk bakımından görüş ayrılıkları vardır. Öğretide bir görüş, tüm paydaşların oybirliğinin aranacağını⁶³, diğer görüş ise pay ve paydaş çoğunluğunun yeterli olduğunu savunmaktadır⁶⁴.

Bu görüşlerin dışında öğretide sadece yeniden inşa halinde oybirliği aranacağı diğer hallerde oy çokluğunun yeterli sayılacağı görüşü⁶⁵ ve her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirmesi gerektiği görüşü⁶⁶ de mevcuttur. Bir paydaş tarafından açılan davada Yargıtay ise dava sırasında davacının diğer paydaşların tamamının davanın açılmasına ilişkin muvafakatlerinin alınmasını, ancak bu şekilde eksikliğin tamamlanabileceğine hükmetmiştir⁶⁷.

Kanaatimizce, yeniden inşa işleminin olağanüstü iş kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden tüm paydaşların oybirliğinin aranması gerekmektedir. Diğer tüm tahliye davalarında ise oy çoğunluğunun gerekli olduğu görüşü kabul edilmelidir. Ancak hangi görüş kabul edilirse edilsin yeterli çoğunluk sağlanmadan açılan davalarda verilecek süre içerisinde de eksiklik sağlanmazsa mevcut yargılama dava şartı eksikliğinden reddedilmelidir⁶⁸.

3. Davalı

Yeniden inşa veya imar amacıyla onarım, genişletme ya da değiştirme sebebiyle açılan tahliye davalarında davalı tarafında kiracı bulunmaktadır. Tüzel kişiler de gerçek kişi gibi davalı kiracı konumunda olabilirler. Zira tüzel kişiler de davada taraf olma ehliyetine sahiptir. Ancak davada tüzel kişiliği tüzel kişiliğin yetkilisi temsil eder⁶⁹.

62 AYDOĞDU, KAHVECİ, s. 683; ÇINAR, s. 1365; KIRMIZI, s. 460; Bu yönde "...Kiralanan taşınmazda iştirak halinde mülkiyet söz konusu ise tahliye davasının tüm iştirakçilerin açması gerekir..." Y. 6. HD, T. 15.02.1996, E. 2273, K. 2477, ERDOĞAN, s. 911.

63 ARPACI, s. 120.

64 KIRMIZI, s. 460; ÖZDOĞAN, OYMAK, s. 551.

65 CERAN, s. 849; ÇINAR, s. 1365; TANDOĞAN, s. 283.

66 İNCEOĞLU, s. 415.

67 "...Yeniden inşaatta taşınmaz üzerindeki binanın yıkımı sözkonusu olacağından, bu halde paylı mülkiyette pay, paydaş çoğunluğu yeterli olmayıp, paydaşların ittifakı da aranmalıdır. Bu koşullar dava açılış sırasında gerçekleşme bile bir paydaş tarafından açılan davaya sonradan diğer paydaşların onaylarının alınması şeklinde de dava açma hakkı tamamlanabilir..." Y.6. HD, T. 20.03.2014, E. 2014/2485, K. 2014/3405: <https://www.sinetjimevzuat.com.tr>, (E.T. 16.09.2023).

68 TUNABOYLU, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 823.

69 BURCUOĞLU, s. 75.

Kiracının birden fazla olduğu durumlarda, tahliye davasının tüm kiracılara karşı açılması gerekmektedir. Kiracılardan birinin taraf olarak gösterilmemesi halinde dava husumet yokluğu sebebiyle reddedilir⁷⁰.

4. Dava Açma Süresi

Mülga kanunun aksine TBK m. 350'de dava açma süresini düzenlemiştir⁷¹. Bu hükmeye göre, belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonundan itibaren bir ay içerisinde davanın açılması gerekirken belirsiz süreli sözleşmelerde fesih dönemi ve bildirim sürelerine uyarak bir ay içerisinde davanın açılması gerekmektedir.

Süreler hak düşürücüdür⁷². Bu sebeple davanın süresinde açılması çok önemlidir. Sürenin tespiti bakımından kira sözleşmesinin düzenlenme tarihi ve süresi dikkate alınır. Davacı kira sözleşmesinin başlangıcını, süresini ve sona ermesini ispatlamalıdır. Tanık dâhil her türlü delille kira sözleşmesinin başlangıcı ve süresi ispatlanabilir⁷³. Bu şekilde de kiraya verenin belirtilen hususları ispatlayamadığı durumlarda kiracıya yemin teklif edilebilir⁷⁴.

Sözleşme belirli süreli ise dava, sözleşmenin bitimi tarihinden itibaren bir ay içerisinde açılmalıdır. Belirsiz süreli sözleşmelerde ise kira sözleşmesinin başlangıç tarihinden başlayarak altı aylık dönemler belirlenmelidir⁷⁵. Sözleşmenin sona erdirilmesi istenen dönem için en az üç ay önceden kiracıya kira sözleşmesinin sona erdirileceğine dair fesih bildiriminde bulunulması gerekir⁷⁶. Bu altı aylık dönemin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde de tahliye davasının açılması gerekmektedir. Örneğin başlangıç zamanı 01.01.2020 olan kira sözleşmesi altı aylık dönemlere bölündüğünde, ilk altı aylık dönemi 01.01.2020 - 01.07.2020 tarihleri arasındadır. Bu dönem içerisinde tahliye davasının açılabilmesi için fesih bildiriminin en az üç ay önce yani 01.04.2020 tarihine kadar kiracıya tebliğ edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte kiraya verenin ilgili altı aylık dönem olan 01.07.2020 tarihinden itibaren bir ay içerisinde tahliye davasını da açması gerekir.

⁷⁰ AKGÜN AKAY, s. 104; TUNABOYLU, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 823.

⁷¹ Mülga kanunda yeniden inşa ve imar amacıyla esaslı onarım, genişletme veya değiştirme sebebiyle açılacak tahliye davasının dava açma süresine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu konuda İcra ve İflas Kanununun 272. maddesi kıyasen uygulanarak bir ay içerisinde davanın açılacağı kabul edilmekteydi. Bkz. TUNABOYLU, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, s. 354; CELEP, s. 49.

⁷² CERAN, s. 837; KIRMIZI, s. 390; ZEVKLİLER, GÖKYAYLA, s. 380.

⁷³ SADIRLI İNCESU, s. 96.

⁷⁴ CERAN, s. 849.

⁷⁵ TANDOĞAN, s. 205; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 579.

⁷⁶ ACAR, s. 101.

Yeniden inşa ve imar amacıyla esaslı onarım, genişletme veya değiştirme sebebiyle açılan tahliye davasından önce kiracıya herhangi bir ihtar gönderme zorunluluğunu yoktur. Ancak taraflar arasındaki kira sözleşmesinde böyle bir ihtar zorunluluğu öngörülmüşse kiraya verenin ihtar göndermesi gerekmektedir⁷⁷.

Bir aylık dava açma süresinin kaçırılması halinde kira sözleşmesinin feshi için bir sonraki kira yılı beklenmelidir. Ancak TBK m. 353, yeniden inşa ve imar amacıyla esaslı onarım, genişletme veya değiştirme sebebiyle açılacak tahliye davalarında da uygulama alanı bulur. Buna göre, kiraya veren, dava açacağını kiracıya dava açma süresine kadar yazılı olarak bildirmişse, dava açma süresi bir kira yılı için uzamış sayılmaktadır⁷⁸. Bununla beraber tahliye davası açma süresinin bir yıldan fazla uzayacağına dair anlaşmalar TBK m. 354'e göre mümkün değildir⁷⁹.

Kiraya verenin birden fazla olduğu durumlarda ihtarnamenin tüm kiraya verenler tarafından gönderilmesi gerekip gerekmediği konusunda doktrinde görüş ayrılığı vardır. Bu hususta, ihtarın kira sözleşmesini feshedici sonucu bulunmadığından kiraya veren veya paydaşlardan birinin ihtarını göndermesinin yeterli olacağını savunan⁸⁰ görüşe karşı ihtarın tüm kiraya verenler veya pay ve paydaş çoğunluğu tarafından gönderileceği, aksi halde sürenin koruyucu etkisinden faydalanılamayacağını savunan⁸¹ görüşler de mevcuttur.

5. Davanın İspatı

Bu maddeye dayanılarak açılan davalarda tahliyenin kabul edilebilmesi için yukarıda belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediği mahkeme tarafından incelenir. Davacı söz konusu davada onaylı inşaat projesini veya avan projeyi sunması gerekir. Bundan sonra mahkeme bu konuda kendiliğinden araştırma yaparak tadilatın imar amaçlı olup olmadığı ve tadilat sırasında kiralananın kullanılmasının mümkün olup olmadığı konusunda mahallinde keşif yaptırabilir. Davacı tarafından tasdikli projenin sunulması neticesinde projenin mahalline uygun ve yapılacak tadilat sırasında da kiralanda oturulması fennen mümkün olmadığı

⁷⁷ "...Sözleşmede tahliye isteği halinde belirli bir süre önce kiracıya bu isteğin ihbar edilmesi şart koşulmuşsa ona uyulmak gerekir. Bu ihbarın yazılı yapılması öngörülmemişse sözlü yapılması mümkündür..." Y. 6. HD, T. 02.09.2001, E. 2001/6470, K. 2001/6817, karar için Burcuoğlu, s.468; Aynı yönde "...Tahliye isteminden belli bir süre önce kiracıya ihaber edilme şartı varsa bu şarta uyulması gerekmektedir..." Y. 6. HD, T. 16.10.2000, E. 2000/8967, K. 2000/8674: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 25.09.2023).

⁷⁸ YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 668; DOĞU, s. 147.

⁷⁹ AKYİĞİT, s. 204.

⁸⁰ ÖZDOĞAN, OYMAK, s. 551; TUNABOYLU, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 844.

⁸¹ DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 145; İNCEOĞLU, s. 392.

birlikli tarafından tespit edilirse tahliye davası kabul edilir⁸². Bu tür davalarda tanık dinlenmediği gibi davacının kötü niyetli olduğu da ileri sürülemez⁸³. Yargıtay da bu görüşte olmasına rağmen, sonraki kararlarında kiraya verenin farklı amaçlarla TBK m. 350/b. 2'in verdiği imkânı kötüye kullanıp kullanmadığı ve bu noktada kötü niyetli olup olmadığı araştırılması gerektiğine hükmetmiştir⁸⁴.

6. Tahliye Davasının Sonuçları

Yeniden inşa ve imar amacıyla esaslı onarım, genişletme veya değiştirme sebebiyle kira sözleşmesinin sona erdirilebilmesi için tahliye davasının açılması gerekmektedir. Bu sebeple, tahliye davası açılmadan sadece fesih beyanıyla kira sözleşmesinin sona erdirilmesi mümkün değildir.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, tahliye davasındaki kararın kesinleşmesiyle kira sözleşmesi sona ermektedir⁸⁵. Dolayısıyla verilecek olan kararın yenilik doğuran bir karar olduğu kabul edilmektedir. Mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren kira sözleşmesinin sona ereceği kabul edildiğinde, kiraya verenin karar kesinleşinceye kadar geçen süreçte sadece kira bedellerini talep edebileceği kabul edilmektedir. Bunun dışında kiraya verenin ecri misil talep edebilmesi için tahliye kararın kesinleşmesini beklemesi gerekir⁸⁶.

Diğer yandan *İnceoğlu*'na göre, salt tahliye davasının açılmasının kira sözleşmesini sona erdirir⁸⁷. Bu görüşe göre, mahkeme sadece tahliye davasının şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder. Bu sebeple verilecek olan kararın bir tespit hükmü niteliğinde olduğunu savunulmaktadır.

⁸² TUNABOYLU, Kira Kanununa Göre, s. 355.

⁸³ "...Davacının mülkiyet hakkına dayanarak kiralananı daha verimli hale getirmek için yıkıp yeniden yapmak isteği önlenemez. Burada kötü niyet savunması dinlenmez..." Y. HGK, T. 23.11.1983, E. 6-640, K. 11971; Aynı yönde "...Davacının mülkiyet hakkına dayanarak kiralananı daha verimli hale getirmek için yıkıp yeniden yapmak isteği önlenemez. Yeniden inşaat nedenine dayanan davada davacının kötü niyetli olduğu ileri sürülemez..." Y. HGK, T. 23.11.1983, E. 6-460, K. 11971; "...Yeniden inşaat nedeniyle açılan tahliye davasında davacının iyiniyetli olup olmadığı aranmaz..." Y. 6. HD, T. 21.05.1986, E. 6057, K. 7184, ERDOĞAN, s. 892-904.

⁸⁴ "...Davalı dava konusu kiralanan yerin bir iş hanı içinde yer aldığını, aslında davacının amacının bu binayı yeniden inşa etmek olmayıp, kiralananı tahliye ettirerek daha yüksek kira ile başkalarına kiralamak ve satmak amacına yönelik bulunduğunu iddia ederek davanın reddini savunmuştur. Dava hakkının kullanılmasını da objektif iyi niyet kuralları içinde değerlendirmek icap eder. Bu itibarla, gerçekten davalı tarafın bu yöne ilişkin savunması üzerinde durularak dava hakkının iyi niyet kuralları içinde kullanılıp kullanılmadığının araştırılıp sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken..." Y. 6. HD, T. 17.12.1987, E. 1987/11030, K. 1987/15409: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 25.09.2023).

⁸⁵ AKYİĞİT, s. 192; BURCUOĞLU, s. 31; DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 206.

⁸⁶ DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 144; GÜMÜŞ, Kısa, s. 317.

⁸⁷ İNCEOĞLU, s. 420.

Kiralanan konutta yeniden inşa dışında onarım, değiştirme veya genişletme işleminin söz konusu olduğu hallerde, mahkemece kira sözleşmesinin sona erdirilmesi yerine kiracının kiralananan geçici tahliyesine karar verilebilir⁸⁸. Kiralanan yerin ayıplı hale gelmesi durumunda da sözleşmeyi sona erdirmek yerine geçici tahliyenin istenebileceği kabul edilmektedir⁸⁹.

Kiracının geçici tahliyesi her zaman talep edilebilmekle birlikte taşınmazın onarım, değiştirilme veya genişletilme sırasında kiracı tarafından kullanılamayacak olması gerekmektedir. Burada bilirkişi tarafından tespit edilen tadilat süresi boyunca kiracının tahliyesine karar verilmektedir. Kiracının ne kadar süreyle tahliye edileceğini de hâkim gerekçesiyle birlikte açıklamaktadır⁹⁰. Tadilat bitiminde veya sürenin sonunda kiralanan yer kiracıya geri teslim edilir. Teslimin yapılmaması veya başka bir kişiye kiralınması halinde kiracı kiralanan yerin kendisine teslimiyle birlikte tazminat talebinde de bulunabilir⁹¹.

Yargıtay'ın, kiraya verenin yangın algılama projesinin uygulanması istemiyle açılan geçici tahliye talebinin kabul edileceğine dair kararı mevcuttur⁹². Taşınmaz için gereken onarım işleminin zorunluk arz etmesi gerektiğinden kiracının da buna engel olmaması gerekir⁹³. Bu süre boyunca kira sözleşmesi aynen devam edeceğinden, geçici tahliyeden sonra taraflar arasında yeni bir kira sözleşmesi kurulduğunun kabulü mümkün değildir⁹⁴.

Gereksinim sebebiyle kira sözleşmesinin feshine benzer şekilde yeniden inşa ve imar amacıyla fesihte de kanun koyucu bu hakkın kötüye kullanılmaması için kiraya veren aleyhine

⁸⁸ AKYİĞİT, s. 187; TUNABOYLU, Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları, s. 870; “...Onarım ve değişmede imar kastı olduğu anlaşılırsa, kiralananın mutlak olarak boşaltılması gerekmeyeceği ve fakat tamire de muhtaç olduğu anlaşılırsa, bilirkişinin göstereceği süre için ve geçici mahiyette boşaltma kararı verilmesi gerektiğinden...” Y. 6. HD, T. 14.12.1964, E. 4830, K. 5487, TUNABOYLU, Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, s. 390.

⁸⁹ KARAKAŞ, s. 170.

⁹⁰ BURCUOĞLU, s. 469; TANDOĞAN, s. 278.

⁹¹ AYDEMİR, s. 186; İNCEOĞLU, s. 418.

⁹² “...Sözü edilen maddedeki tadilat projesi, anataşınmazda yapılması düşünülen imar amaçlı esaslı tadilat ve tamirata ilişkin projesidir. Başka bir anlatımla, bu amaçla yeni bir projenin düzenlenip imarca onaylanması zorunludur. Oysa davacı yeni malikin amacı yangın algılama projesini uygulamak istemekle, eski malik tarafından yapılan proje dışı tadilatların ilk mimari projeye göre eski hale getirilmesini sağlamak, böylece tahliyeyi gerçekleştirmektedir. Davacının dayandığı yangın algılama projesinin uygulanması, Borçlar Kanunu'nun 251. maddesi hükmü uyarınca geçici tahliyeyi gerektirir...” Y. 6.HD, T. 21.01.2008, E. 2007/10608, K. 2008 / 321: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 25.09.2023).

⁹³ “Kiralanan kira müddeti zarfında zaruri bir tamire muhtaç olduğu takdirde, kiracı kendi hakkına hâlel gelmemek şartıyla tadilatın yapılmasına müsaade etmek zorunda olduğunu, böyle bir durumun da bilirkişi marifetiyle tespit edilmesi gerektiği, kiracının bu tadilatın yapılmasına engel olmaması gerektiği...” Y. 6. HD, T. 16.06.2003, E. 2003/4519, K. 2003/4498: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 25.09.2023)

⁹⁴ AYDOĞDU, KAHVECİ, s. 675; BURCUOĞLU, s. 469; SADIRLI İNCESU, s. 107.

bir yaptırım öngörmüştür⁹⁵. Türk Borçlar Kanunu m. 355/II'ye göre, “Yeniden inşa ve imar amacıyla boşaltılması sağlanan taşınmazlar, eski hali ile, haklı sebep olmaksızın üç yıl geçmedikçe başkasına kiralanamaz”.

Böylece kiraya veren yeniden inşa veya imar sebebiyle kira sözleşmesini sona erdirdikten sonra taşınmazda herhangi bir tadilata gitmeden haklı bir sebep olmadıkça taşınmazı eski hali ile başkasına kiralayamaz⁹⁶. Bu kuralın ihlali halinde yaptırım TBK m. 355/III'de düzenlenmiştir. Buna göre, “Kiraya veren, bu hükümlere aykırı davrandığı takdirde, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlüdür”. Bunun dışında kiracının tazminat isteminden başka kira ilişkisinin tespiti gibi istemlerde bulunmasına gerek yoktur⁹⁷. Zira yeniden inşa veya imar sebebiyle açılan davada kiracıya karşı tahliye kararı verilmesiyle taraflar arasındaki kira ilişkisi sona ermiştir.

Kanun koyucu bu yasağı üç yıl ile sınırlandırmıştır. Dolayısıyla kira sözleşmesinin feshinden itibaren üç yıl geçtikten sonra kiraya veren taşınmazı eski hali ile dahi istediğine kiraya verebilir⁹⁸. Yargıtay, yeniden inşa ve imar amacıyla bir tahliye davası açılmadan sadece ihtara karşı kiralananın tahliye edilmesi halinde kiraya verenden tazminat talep edilemeyeceğine hükmetmiştir⁹⁹.

Kira sözleşmesi sona erdikten sonra haklı bir sebebin varlığı halinde de kiraya veren üç yıllık süreyi beklemeden taşınmazı aynı haliyle başkasına kiraya verebilir. Mülga kanundaki “mücbir sebep” kavramı yerine TBK “haklı sebep” kavramını kullanmıştır. Haklı sebebin neler olduğu belirtilmemekle birlikte, mücbir sebep ifadesinden daha geniş olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰. Kiralanan konutun işyeri olması, eski kiracının kiralanan taşınmazın bulunduğu yerden farklı bir şehre taşınması haklı sebebe örnek teşkil edebilir¹⁰¹.

⁹⁵ AYDEMİR, s. 187.

⁹⁶ AKYİĞİT, s. 211; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 673; KILIÇOĞLU, s. 377; ÖZDOĞAN, OYMAK, s. 580.

⁹⁷ AYDEMİR, s. 187.

⁹⁸ AKGÜN AKAY, s. 108; CELEP, s. 99.

⁹⁹ “...Davalı tarafından 29.01.2013 tarihli ihtarname ile taşınmaz için yıkım kararı alındığı, yıkım kararının uygulanabilmesi için taşınmazın tahliyesinin talep edildiği ve davacı kiracı tarafından taşınmazın 27.03.2013 tarihinde tahliye edildiği ve taşınmazın inşaat tamamlandıktan sonra 3. kişiye kiralandığı hususlarında uyumsuzluk bulunmamaktadır. Davalı kiraya veren gereksinim, yeniden inşaa ve imar amacıyla bir tahliye davası açmamıştır. Davacı kiracı taşınmazı bir yargı kararı veya icra marifetiyle tahliye etmemiştir. Bu durumda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 355. maddesi uyarınca tazminat koşulları oluşmamıştır...” Y. 3. HD, T. 17.01.2019, E. 2017/4122, K. 2019/282: <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (E.T. 17.09.2023).

¹⁰⁰ AKYİĞİT, s. 211; İNCEOĞLU, s. 420.

¹⁰¹ AKGÜN AKAY, s. 108; DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 146; İNCEOĞLU, s. 420.

Kanun koyucu, taşınmazdaki yeniden inşa veya imar işlemi tamamlandıktan sonra tahliye edilen eski kiracıya taşınmazı yeni hali ve kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı tanımıştır¹⁰². Buna göre, kiraya veren kiracıya bir ay içinde taşınmazı yeni haliyle kiralamak isteyip istemediği konusunda yazılı bildirimde bulunmalıdır. Kiracıya tanınan öncelik hakkının sona erdirilmemesi halinde ise kiraya veren kiralanana üç yıl geçmeden başkasına kiralayamaz.

Eski kiracının öncelik hakkı, kiraya veren malikin konutu başkasına kiralamak istediği durumlarda geçerlidir¹⁰³. Dolayısıyla, kiraya veren kendisi taşınmazı yeni haliyle kullanabilir veya taşınmazı dilediğine satabilir.

Kiraya veren, kiracının öncelik hakkı sona ermeden üç yıl boyunca söz konusu taşınmazı başkasına kiralayamaz. Üç yıllık süre tahliyeye ilişkin karardan, kiracının daha öncesinden kiralanana tahliye etmesi halinde fiili tahliyesinden veya kiracıya tanınan sürenin bitiminden itibaren başlar¹⁰⁴. Kiraya veren bu hakkın kullanılabilmesinin sağlanması için kiracıya yazılı bir bildirim göndermelidir¹⁰⁵. Bu bildirim alan kiracı ise bu hakkını bir aylık hak düşürücü süre içerisinde kullanmalıdır¹⁰⁶. Kiracının bu sürede hakkını kullanmaması halinde kiracının öncelik hakkı sona erer ve kiraya veren üç yıllık süreyi beklemeden dilediği kişiye taşınmazı kiralayabilir¹⁰⁷.

Kiracının öncelik hakkı kiraya verenin bildiriminden itibaren bir aylık süreye bağlandığı için bu bildirim ne zaman yapılacağı belirlenmesi de önem arz etmektedir. Kiraya verenin bu bildirim ne zaman yapacağı konusunda kanunda bir düzenleme yoktur. Doktrinde bir görüş, tadilat işleminin bitiminin ardından en kısa zamanda kiracıya teklifin yapılması gerektiğini savunurken¹⁰⁸; diğer görüş ise böyle bir kısa süre olmaması gerektiğini, kiraya verenin taşınmazda kendisinin oturup daha sonra bundan vazgeçebileceğini savunmaktadır¹⁰⁹. İlk görüşün benimsenmesi halinde kiracıya geç yapılan bildirim sadece kiracıyı tahliye etmek amacıyla yapıldığı kanaatine ulaşılabileceğinden kiracının TBK m. 49/2 uyarınca zararı karşılanmalıdır. Ancak diğer görüşe göre, kiraya verenin kısa süre içerisinde kiracıya bildirme

¹⁰² AYDEMİR, s. 107; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 673; OLGAC, s. 146; KILIÇOĞLU, s. 376; SADIRLI İNCESU, s. 99.

¹⁰³ İNCEOĞLU, s. 421; ÖZDOĞAN, OYMAK, s. 580.

¹⁰⁴ AKYİĞİT, s. 213; İNCEOĞLU, s. 421.

¹⁰⁵ C. YAVUZ, s. 673.

¹⁰⁶ SADIRLI İNCESU, s. 99; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 674.

¹⁰⁷ DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 147; EREN, s. 444; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 673.

¹⁰⁸ AKYİĞİT, s. 214; DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 146.

¹⁰⁹ İNCEOĞLU, s. 421.

zorunluluğu olmadığından, ancak kiraya verenin kötü niyetinin ispatı halinde TBK m. 355 uyarınca kiracının zararı karşılanmalıdır.

Kiracının taşınmazı yeni haliyle kiralamada öncelik hakkı olmakla birlikte, kira bedelinde herhangi bir ayrıcalığı söz konusu değildir. Nitekim yeniden inşa veya imar işleminden sonra önceki kira sözleşmenin ve kira bedelinin bir önemi yoktur¹¹⁰. Bu noktada, kiralananın yeni hali, konumu ve emsal değerler göz önüne alınarak yeni bir kira bedeli istenebilir¹¹¹. Öğretide bazı yazarlar, bu bedelin makul tutularak kiracıya teklif edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹¹². Kiracının bu kira bedelini kabul etmemesi halinde kiraya veren yükümlülükten kurtulur.

Kiracının bu işlemlerden dolayı uğradığı zararın son kira bedeli üzerinden hesaplanacak bir yıllık tazminattan az olması halinde dahi kiraya veren bu tazminat tutarını ödemekle yükümlüdür¹¹³. Zira TBK m. 355’de belirtildiği üzere, tazminat miktarı bir yıllık kira bedelinden az olamaz. Hukukumuzda tazminatın amacı zararı gidermektedir¹¹⁴. Ancak bu hükümde cezalandırıcı tazminata yer verildiği kabul edilmektedir¹¹⁵. Zira cezalandırıcı tazminatta amaç, mağdurun zararını gidermek olmayıp yasağa aykırı davranışı cezalandırmaktır¹¹⁶. Burada da kiraya veren yasağa aykırı davranırsa belirtilen tazminatı ödemekle yükümlü olur.

Kiracının uğradığı zararın bir yıllık kira bedelinden fazla olması durumunda bu zararın da talep edilip edilemeyeceği konusunda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre, kiracının bir yıllık kira bedelinden fazla tazminat isteyebilmek için bu fazla zararı mahkemede ispatlaması gerekmektedir¹¹⁷. Diğer görüşe göre ise kiracı hem bu tazminatı hem de diğer zararlarını birlikte talep edebilir¹¹⁸.

¹¹⁰ AYDEMİR, s. 188; BURCUOĞLU, s. 474.

¹¹¹ C. YAVUZ, s. 675.

¹¹² DOĞAN, Kira Sözleşmesinin Sona Ermesi, s. 147; YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 674.

¹¹³ ÖZDOĞAN, OYMAK, s. 581.

¹¹⁴ OĞUZMAN, ÖZ, s. 114.

¹¹⁵ AYDOĞDU, KAHVECİ, s. 664; Bu tazminatın bir tür özel hukuk kökenli ceza olduğuna dair bkz. YAVUZ, ACAR, ÖZEN, s. 676.

¹¹⁶ OĞUZMAN, ÖZ, s. 111.

¹¹⁷ AKYİĞİT, s. 217; AYDEMİR, s. 188; İNCEOĞLU, s. 422.

¹¹⁸ AYDOĞDU, KAHVECİ, s. 666; GÜMÜŞ, Kira, s. 325.

SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımını, genişletilmesini ya da değiştirilmesini kiraya verenden kaynaklanan bir tahliye sebebi olarak kabul etmiştir. TBK m. 350'de düzenlenen bu sebebe göre, kiralanan yerin yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi gerekliyse kiraya veren açacağı tahliye davasıyla kira sözleşmesini sona erdirebilir.

Kiralananın yeniden inşası veya imarı amacıyla esaslı onarımı, genişletilmesi ya da değiştirilmesi sebebiyle kira sözleşmesinin feshi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartların tümünün gerçekleşmesi halinde açılacak tahliye davası ile kiracı tahliye edilebilir. Buna göre, kiralanan taşınmazın yeniden inşasının yapılması veyahut taşınmazda yapılacak onarım, genişletme veya değiştirmenin imar amaçlı olması, yapılacak işlemin esaslı işlerden olması gerekir. Bunun yanında kiracının onarım sırasında taşınmazı kullanmasının imkânsız olması ve onaylı inşaat projesinin mahkemeye sunulması gerekir.

Kiraya verenin yeniden inşa veya imar amacıyla kiracının tahliyesi için belirli süreli sözleşmelerde sürenin sonunda, belirsiz süreli sözleşmelerde kiraya ilişkin genel hükümlere göre fesih dönemine ve fesih bildirimini için öngörülen sürelerle uyularak belirlenecek tarihten başlayarak bir ay içinde dava açması gerekmektedir.

Doktrinde farklı görüşler mevcut olsa da düzenlemenin kiraya verenin menfaatine hizmet ettiği söylenebilir. Ancak kanun koyucu düzenlemenin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla yeniden inşa veya imar amacıyla kiracının tahliye edilmesi için kiraya verene bazı yükümlülükler getirmiştir. Buna göre, taşınmazdaki yeniden inşa veya imar sebebiyle tahliye edilen eski kiracının taşınmazı yeni hali ve kira bedeli ile kiralama konusunda öncelik hakkı mevcuttur. Kiraya veren taşınmazı öncelikle kiracıya teklif etmek zorundadır. Kiracının bu öncelik hakkı ortadan kalkmadığı müddetçe kiralanan taşınmaz üç yıl boyunca başkasına kiraya verilemez. Bu kuralın ihlali halinde kiraya veren, eski kiracısına son kira yılında ödenmiş olan bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere tazminat ödemekle yükümlü olur.

Kiralanan konut yeniden inşa veya imar amacıyla tahliye edilmesine rağmen, herhangi bir işlem yapılmadığında haklı bir neden olmadıkça taşınmaz eski kiracıdan başkasına kiralanamaz. Kanun koyucu tıpkı gereksinim sebebiyle tahliye olduğu gibi bu yasağı üç yıl ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla kira sözleşmesinin feshinden itibaren üç yıl geçtikten sonra kiraya veren taşınmazı eski hali ile dahi istediğine kiraya verebilmektedir. Bunun ihlali halinde de kiraya veren yukarıda belirtilen tazminatı kiracıya ödemekle yükümlüdür.

KAYNAKÇA

- ACAR, F. (2016). Kira Hukuku Şerhi. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- AKGÜN AKAY, M. (2016). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerine Özgü Sona Erme Sebepleri. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- AKYİĞİT, E. (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ARAL, F., AYRANCI, H. (2023). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ARPACI, A. (2002). Kira Hukuku ve Uygulaması. İstanbul: Temel Yayınları.
- AYDEMİR, E. (2013). Yeni Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AYDOĞDU, M., KAHVECİ, N. (2023). Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Adalet Yayınevi.
- BURCUOĞLU, H. (1993). Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasa'ya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- CELEP, A. E. (2017). Yeniden İnşa ve İmar Sebebiyle Tahliye ve Kentsel Dönüşümde Kiracının Durumu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- CERAN, M. (2015). Kira Sözleşmeleri Tahliye ve Tespit Davaları. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÇINAR, Ö. (2010). Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Göre Yeniden İnşa ve İmar Sebebiyle Tahliye. Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan Cilt II. İstanbul: Beta Yayım.
- DOĞAN, M. (2011). Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi. Ankara: Adalet Yayınevi.
- DOĞAN, M. (2023). Kira Sözleşmesi. Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Ed. T. ÖZ). (E. CEYLAN, E. CUMALIOĞLU, H. ÖZDEMİR, K. ŞENOCAK, M. DOĞAN, S. S. SÜTÇÜ, Ş. A. ÖCAL Düzenleyenler) Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DOĞU, H. M. (2019). Türk Borçlar Kanunu'nun 352. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına Göre Kiraya Veren Kira Sözleşmesini Sona Erdirmesi. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7 (14), 137–151.

- ERDOĞAN, H. (2006). Tahliye Kira Tespiti Kira Alacağı ve Tazminat Davaları. Ankara: Adalet Yayınevi.
- EREN, F. (2022). Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÜMÜŞ, M. A. (2022). Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- GÜMÜŞ, M. A. (2012). Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- İNCEOĞLU, M. (2014). Kira Hukuku. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- SADIRLI İNCESU, H. (2021). Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Sona Ermesi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Antalya: Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- KARAKAŞ, Ş. (2019). Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmesinin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Sona Ermesi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Erzincan: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- KILIÇOĞLU, A. M. (2023). Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi.
- KIRMIZI, M. (2013). Açıklamalı- İctihatlı ve Dilekçe Örneklili Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları. Ankara: Bilge Yayınevi.
- OĞUZMAN, M. K., ÖZ, M. T. (2023). Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.2. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- OLGAÇ, S. (1978). Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun Açıklaması ve Uygulaması-Tahliye Kira Parasını Tesbit Davaları. Ankara: Olgaç Matbaası.
- ÖZDOĞAN, M., OYMAK, T. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Genel Hükümler-Konut ve Çatılı İşyeri Kirası-Tahliye. Ankara: Bilge Yayınevi.
- TANDOĞAN, H. (2008). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Cilt: I/2-Kira ve Ödünç Verme (Âriyet, Karz) Sözleşmeleri). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TUNABOYLU, M. (2007), Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TUNABOYLU, M. (2013). Kira Sözleşmesinde Fesih ve Tahliye Davaları. Ankara: Yetkin Yayınları.

YAVUZ, C., ACAR, F., ÖZEN, B. (2022). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. İstanbul: Beta Basım Yayım.

YAVUZ, N. (2021). Kira Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi.

ZEVKLİLER, A., GÖKYAYLA, E. (2015). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Turhan Kitabevi.



İDARENİN ÖNGÖRME (PLANLAMA) FAALİYETİ VE BU FAALİYETİN DEPREM ÖRNEĞİ ÜZERİNDEN ÖNEMİNİ ANLAMAK*

The Planning Activity of the Administration and Understanding its Importance
through the Earthquake Example

Mahmut CEYLAN*

ÖZ

Öngörme (planlama) faaliyeti, idarenin öteki faaliyetlerini doğrudan ilgilendiren, hukuki rejimi farklılık arz eden bir idari faaliyettir. Genel olarak devletin planlama yetkisi olduğu gibi, yürütmenin altında konumlanmış olan idarenin de planlama yetkisi vardır. Bu çalışmanın konusu idari faaliyet olan “öngörme faaliyeti”dir. İdare kamu yararı amacıyla insanların sağlığını, güvenliğini, refahını korumak ve kalkınmayı sağlamak için belli planlar ihdas edip bunlara uygun hareket etmelidir. İdarenin başarısız öngörme faaliyeti topluma ciddi zararlar vereceği gibi devleti de ekonomik, sosyal, politik, milli güvenlik yönlerinden son derece olumsuz etkilemesi olasıdır. Bu idari faaliyetin önemini anlamak için deprem realitesine bakmak yeterli olacaktır. Türkiye’de yaşanan depremler neticesinde bu idari faaliyete gerekli önemin verilmediği görülmektedir. Başarılı bir öngörme faaliyetinin yürütülmesi ve ortaya konulacak planların ve bu kapsamdaki mevziatın uygulanması ihtimalinde ortaya çıkan olumsuz neticelerin birçoğunun gerçekleşmeyeceğini söylemek mümkündür. Dolayısıyla doktrinin, yargının ve idarecilerin bu konuyu hassasiyetle ele alıp geliştirmesi elzemdir.

Anahtar Kelimeler: Öngörme Faaliyeti, Deprem, İmar, Kamu Yararı.

* **Gönderi:** 14.11.2023 - **Kabul:** 25.12.2023 | **Received:** 14.11.2023 - **Accepted:** 25.12.2023.

Dr. Öğr. Üyesi, Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Rize, Türkiye ✉ dr.mahmutceylan@gmail.com • ORCID 0000-0002-8278-611X.

Atıf Şekli / Cite As: CEYLAN, Mahmut (2023). İdarenin Öngörme (Planlama) Faaliyeti ve Bu Faaliyetin Deprem Örneği Üzerinden Önemi Anlamak. ÇÜHAD, (4), 116-134.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Planning is an administrative activity that is directly related to the other activities of the administration and whose legal regime differs. In general, the state has the authority to plan and the administration, which is positioned under the executive, also has the authority to plan. The subject of this article is planning as an administrative activity. The administration should establish certain plans and act in accordance with them in order to protect the health, safety and welfare of the people and to ensure development for the public interest. Failed planning activity of the administration may cause serious damage to the society and may affect the state extremely negatively in terms of economic, social, political, and national security. To understand the importance of this administrative activity, it will be enough to look at the earthquake reality. As a result of the earthquakes experienced in our country, it is seen that this administrative activity is not given the necessary importance. It is possible to say that many of the negative consequences would not have occurred if a successful planning activity was carried out and the plans to be put forward were implemented. Therefore, it is essential for the doctrine, judiciary and administrators to address and develop this issue sensitively.

Keywords: Planning Activity, Earthquake, Zoning, Public Interest.

GİRİŞ

İdare günlük hayatta yürüttüğü faaliyetler aracılığı ile kamu yararı, kamu düzeni ve kamu hizmeti gibi kavramları ele alır. Bu sayede toplum refahı ve güvenliği gibi hususları tesis edip, geliştirir. Türk idare hukuku doktrinine bakıldığında idarenin faaliyetleri çoğunlukla kolluk ve kamu hizmeti özelinde incelendiği görülmektedir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan idarenin öngörme faaliyeti ayrı bir hukuki rejimi olan idari faaliyettir. Hukuki rejimi tam olarak oturmamış olan bu faaliyet fevkalade önem arz etmektedir. Zira öngörme faaliyeti öteki idari faaliyetlerin hepsiyle bağlantılıdır. Nitekim bir kamu hizmeti ve kolluk faaliyetinin sağlıklı yürütülmesi bu faaliyetlerin başarılı bir şekilde planlanması ve bu planların tatbiki ile mümkündür.

İdarenin öngörme faaliyeti özellikle imar hukuku alanında ön plana çıkmaktadır. Zira imar hukukunun araçlarından olan planlar, öngörme faaliyetinin bir neticesidir ve bu disiplin ancak başarılı bir öngörme faaliyetinin sonucunda kamu yararını tesis edebilir.

Günümüzde nüfusun artması, büyükşehir belediyelerinin kurulması gibi sebeplerden dolayı bazı doğal felaketler daha çok insanı olumsuz etkileyebilmektedir. Bu felaketler arasında yer alan depremler, özellikle büyükşehirlerde büyük yıkımlara sebep olabilmektedir. Bu çalışmada öngörme faaliyetinin ayrı bir idari faaliyet olduğu tezi üzerinde durulmuş ve deprem

örneği üzerinden bu faaliyete gerekli önemin verilmesi gerektiği hususunda bir farkındalık yaratılmaya çalışılması amaçlanmıştır.

Makalede Türk idare hukuku doktrininde idarenin faaliyetleri konusunun nasıl değerlendirildiği incelenmiş ve öngörme faaliyeti ele alınmıştır. Ardından imar hukuku bağlamında öngörme faaliyetinin önemi üzerinde durulmuştur. Daha sonra başarısız öngörme faaliyetinin doğurduğu neticelere değinilmiş ve öngörülen depremlere rağmen yürütülemeyen öngörme faaliyetinin olumsuz etkilerine dikkat çekilmiştir.

I. İDARENİN BİR FAALİYETİ OLARAK ÖNGÖRME (PLANLAMA)

İdarenin faaliyetleri idare hukukunun genel esaslarının en önemli konularından birisini teşkil etmektedir. İdare, hukuki muameleleri vasıtasıyla birtakım faaliyetlerde bulunur. Bu faaliyetlerin beş adet olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar; kamu hizmeti, kolluk, özendirme-destekleme, özyönetim ve öngörme faaliyetleridir¹. Böyle bir ayrıma gidilmesinin gerekçesi her bir faaliyetin hukuki rejiminin birbirinden farklılık arz etmesidir. Fakat Türk idare hukuku literatürüne bakıldığında çoğu yazarın idarenin faaliyetlerini kolluk ve kamu hizmeti ile sınırlı olarak ele aldığı görülmektedir. Bunun sebebi olarak bu iki faaliyetin dışında kalan idari faaliyetlerin henüz hukuki rejiminin tam olarak oturmadığı tespitini yapmak yanlış olmayacaktır. Geleceği tahmin etmek açısından bu iki faaliyetin dışındaki faaliyetlerin ilerleyen yıllarda Türk idare hukuku doktrininde detaylı bir şekilde ele alınacağı ve yargının kararlarında bunlara değineceğini söylemek mümkündür.

İdare hukukunda bir zamanlar var olan kamu hizmeti ekolünün izleri hâlâ görülmektedir. Nitekim bazı yazarlar kolluk faaliyetinin de bir kamu hizmeti olduğunu ifade etmektedirler². Öte yandan idarenin kusurlu sorumluluğu için doktrinde yer alan “hizmet kusuru” kavramı da kamu hizmeti ekolünün bir yansıması olarak değerlendirilebilir. Bu kavram idarenin faaliyetlerini kamu hizmetine indirgemenin bir neticesidir. Fakat günümüzde biliyoruz ki *hizmet kusuru* sadece kamu hizmeti ile sınırlı olmamakta idare, kolluk veya öngörme faaliyetinden dolayı da kusurlu olabilmektedir. Bu durumda *hizmet kusuru* kavramından anlaşılması gereken idarenin faaliyetlerinden kaynaklı kusurdur. Buraya kadar yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere idarenin faaliyetlerini kolluk ve kamu hizmetine indirgemek artık zordur. Bu meseleler üzerinde detaylı düşünsel süreçlerin olması, hukuk

¹ DURAN, s. 243-378.

² GÖZLER, C.II, s. 477; Onar, s. 1478; ÖZAY, s. 723; GÜLAN, Kamu Hizmeti, s. 152; AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s. 564; YAŞAR, s. 203-205.

mantığının incelenmesi ile özendirme-destekleme, özyönetim ve öngörmenin ayrı hukuki rejimlerinin olduğu neticesine varmak zaruri bir yol olarak önümüzde durmaktadır.

Hâlihazırdaki Türk idare hukuku doktrinine baktığımızda yazarların tutumunu ele alarak bir analiz yapmak isabetli olacaktır. *Özay*, eserinde kamu hizmetini incelediği yerde özendirme-destekleme faaliyetinden bahsetmiş, fakat bunu ayrı bir faaliyet olarak değerlendirmeyip kamu hizmetinin kapsamında açıklamıştır³. *Gözübüyük-Tan*, kamu hizmeti ve kolluğun yanı sıra özendirme-desteklemenin de idarenin faaliyeti olduğunu kabul etmelerine karşın bu faaliyeti eserlerinde incelememişlerdir⁴. *Tan* “Planlamanın Hukuki Düzeni” isimli eserinde ise planlamanın idarenin faaliyeti şeklinde somutlaştığını ifade ettikten sonra bu kavramı daha çok ekonomik düzlemde ele alıp incelemiştir⁵. Ayrıca *Tan* planlamanın hazırlanma ve uygulanma olmak üzere iki aşamaya ayrıldığını belirtip birinci aşamanın kamu hizmeti olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu kanaatini taşımakta olup ikinci aşama için ise çekincelerini ortaya koymuştur⁶. Planlamanın ikinci aşaması olan uygulama aşamasında özel girişim teşviklerinden bahseden yazar, özendirme-destekleme faaliyetine ve kamu hizmeti ödevi kavramına değinmiş; fakat özel sektörün aldığı bu teşvikleri kamu hizmetinin yürütülmesi görevini üstlenme olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatini dile getirmiştir⁷. *Yayla*, “devletin korunması-iktidarın kendisini koruması”nı ayrı bir idari faaliyet olarak ele alarak bu faaliyeti milli savunma ve milli güvenlik kavramları ekseninde incelemiştir⁸. Öte yandan *Yayla*, daha eski tarihli bir başka eserinde şehir planlama faaliyetinin kolluk faaliyeti olmaktan çıkarak bir kamu hizmeti faaliyetine dönüştüğünü ifade etmiştir⁹. *Günday* ise eserinde idare kavramını izah ettiği yerde “milli güvenliğin korunması”, “özendirme ve destekleme (=teşvik) faaliyeti”, “içdüzen (=özyönetim) faaliyeti” ve “planlama faaliyeti”ni idarenin faaliyeti olarak nitelendirmiş olmasına rağmen bu faaliyetler hakkında izahta bulunmamıştır¹⁰. *Ulusoy*, “idarenin özendirme, destekleme ve sübvansiyon faaliyetleri: devlet yardımları”nı idarenin faaliyeti olarak nitelendirmiştir¹¹. *Gülan* ise özendirme-destekleme, öngörme (planlama),

³ ÖZAY, s. 260.

⁴ GÖZÜBÜYÜK, TAN, s. 638.

⁵ TAN, s. 8 vd.

⁶ TAN, s. 26.

⁷ TAN, s. 205-207.

⁸ YAYLA, İdare Hukuku, s. 22-36.

⁹ YAYLA, Planlama, s.211.

¹⁰ GÜNDAY, s. 19-24, 289 vd.

¹¹ ULUSOY, s. 603.

özyönetim ve regülasyonun ayrı bir idari faaliyet olduğunu ifade etmiştir¹². *Çolak*, idarenin faaliyetlerini milli güvenlik faaliyetleri, kolluk faaliyetleri, kamu hizmetleri, teşkilat yönetimi, planlama faaliyetleri, özendirme ve destekleme faaliyetleri olarak sıralamıştır¹³. *Öngören* ise kolluk ve kamu hizmetinin idari faaliyet olduğuna değindikten sonra “planlama”nın da bir idari faaliyet olduğunu ifade etmiştir¹⁴. Görüldüğü üzere Türk idare hukuku doktrininde idarenin faaliyetleri her ne kadar kolluk ve kamu hizmeti özelinde incelense de yazarlar artık diğer faaliyetlere de değinmeye başlamıştır. Bu tasnifler, yakın gelecekte doktrinde idarenin kolluk ve kamu hizmetleri dışındaki faaliyetleri hakkında çalışmalar yapılacağı öngörüsünü doğrular niteliktedir.

Çalışmamızda daha önce de ifade edildiği üzere idarenin beş faaliyetinin olduğu kabul edilmelidir: kamu hizmeti, kolluk, özendirme-destekleme, özyönetim ve öngörme. Bağımsız idari otoriteler aracılığı ile idarenin bir alanda regülasyon yapmasını ayrı bir faaliyet olarak ele almayı kolluk faaliyeti içinde değerlendirmek isabetli olacaktır. Bu çalışmayı temellendiren beşli ayrıma ilham veren temel doktrin kaynağının, *Duran*’ın 1982 tarihli “İdare Hukuku Ders Notları” isimli eser olduğunu belirtmek gerekir. Yazar kamu hizmeti ve kolluğun yanında “kamuya yararlı faaliyetleri özendirme ve destekleme işlemleri”, “özyönetim işleri” ile “öngörme ve alternatif belirleme ödevi”ni müstakil bir idari yaptırım olarak tespit etmiştir¹⁵. *Duran*’ın elli yıldan uzun süre önce yapmış olduğu bu ayrımın isabetliliği bugün açığa çıkmış ise de özellikle önümüzdeki yıllarda daha iyi anlaşılacaktır.

Bu çalışmada idarenin öngörme faaliyeti dışındaki faaliyetlerin hukuki rejimi hakkında bir değerlendirme yapılmayacaktır. Yukarıda yapılan izahların nedeni henüz önemi kavranmamış olan öngörme faaliyetine dikkat çekmektir. Ayrıca öngörme faaliyetinin araçlarından olan planlar hakkında mevzuat temelli açıklamalar yapılarak bu konudaki yetkili kurumlar gibi konulardan da bahsedilmeyecektir. Sadece öngörme faaliyetinin genel özellikleri ve hukuki rejimi hakkında bilgi verilmesi murat edilmiştir.

Anayasa’nın 166. maddesi planlamanın devletin görevi olduğunu belirtmiştir. Devletin yasama, yürütme, yargı olmak üzere üç fonksiyonu vardır. Planlama, yasama ve yürütme fonksiyonları kapsamında düzenlenmekte ve uygulanmaktadır. Fakat bu çalışmanın konusu idarenin bir faaliyeti olan öngörme faaliyetidir. Planlama sadece idareye özgü değildir. Bireyler

¹² GÜLAN, Ders Notları, s. 291-293.

¹³ ÇOLAK, s. 69-74.

¹⁴ ÖNGÖREN, s. 13.

¹⁵ DURAN, s. 243-378.

ve özel sektör de hedefleri doğrultusunda planlama yaparlar. Fakat bunların yaptıkları planlar ile idarenin planları aynı değildir. İdarenin planlama yapması öngörme faaliyeti dediğimiz idari faaliyet kapsamında yerine getirilir. Zira idare planlama yaparken sadece israfı değil sosyal adaleti de gözetmelidir; sadece verimliliği hedeflemeyip zararsız neticeler almayı da hedefler; özel sektördeki gibi müşteri memnuniyeti gibi bir kaygısı olmayıp piyasanın sağlayamadığı yiyecek, barınma gibi hususları göz önüne almalıdır¹⁶. Dolayısıyla idarenin planlama yapması özel sektörün bu husustaki faaliyetine göre daha zordur.

Öngörme faaliyeti idarenin belli bir plan ve program dâhilinde hareket etmesi ile ilgilidir. Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, idarenin öngörme faaliyeti ekseninde çalışmalar yapmaktadır. Bu kurumun öncülü olan Kalkınma Bakanlığı¹⁷ ve bunun da öncülü olan Devlet Planlama Teşkilatı¹⁸ idarenin öngörme faaliyeti ile ilgili çalışmalar yapmaktaydı. Kalkınma ajansları da öngörme faaliyeti yürüten önemli kurumlardandır. Öngörme kalkınmayla ilgisi olan bir faaliyettir. Fakat bu faaliyetin hukuki rejimini sadece kalkınmaya indirgemek isabetli olmaz. Aşağıda deprem örneği üzerinden faaliyetin önemi ele alınırken kamu zararını önleme, vatandaşın can ve mal güvenliğini koruma altına alma gibi çeşitli fonksiyonlarının olduğu da görülecektir. Bu arada belirtmek gerekir ki idarenin bütün faaliyetleri planlamayı gerektirir. Öngörme faaliyeti doğrudan planlama ile ilgili olup insanların bir arada yaşamasının neticesi olarak ortaya çıkan planlama ihtiyacı ve kalkınmanın başarılı bir şekilde yapılabilmesini amaçlar.

İdarenin öngörme faaliyetinde stratejik planlar da önemli bir konum işgal etmektedir. Teknolojinin baş döndürücü şekilde gelişmesi; göç, göçmenlik ve mülteciler kaynaklı nüfus sorunları; kamu hizmetinde özel sektörün etkin hâle getirilip idarenin geri çekilmesi ve bunun neticesinde ortaya çıkan egemenliğin yukarıdan aşağı ve dışarı doğru kayması neticesinde bir bulanıklaşmanın meydana gelmesi gibi sebeplerden dolayı kamu tüzel kişilerinin daha önce olmadığı kadar stratejik hareket etmesi mecburidir¹⁹. Özetle başarılı bir öngörme faaliyeti için stratejik planlar eskisinden daha çok önemli hâle gelmiştir.

Devletler toplum refahını sağlayarak sürdürülebilir kalkınmayı desteklemek amacıyla strateji ve politikalar üretirler. Bu strateji ve politikaların etkili bir şekilde uygulanabilmesi bakımından idarenin öngörmede bulunarak planlama yapması gerekmektedir. İdare, öngörme

¹⁶ FORESTER, s. 4.

¹⁷ 1 nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi sonrasında Kalkınma Bakanlığı lağvedilmiştir.

¹⁸ 2011 yılında DPT lağvedilerek Kalkınma Bakanlığı kurulmuştur.

¹⁹ BRYSON, s. 3-7.

faaliyeti ile toplumun ihtiyaçlarını analiz edip kaynakları etkili şekilde kullanarak tespit edilen hedeflere ulaşmayı amaçlar. Nobel ekonomi ödüllü yazar *Sen*, “Development as Freedom” isimli eserinde kalkınma planlaması yapmanın önemine dikkat çekerek gelişimin özgürlük ile bağlantısını ortaya koymaktadır²⁰. Yazarın bu eseri idarenin öngörme faaliyetine ışık tutacak nitelikte olsa da sadece bu perspektiften yazılmamıştır. Bu arada belirtmek gerekir ki öngörme faaliyetini başarılı bir şekilde yerine getiren ülkeler özgürlüklerini de sağlarlar.

Öngörme faaliyeti ile ilgili Danıştay kararları incelendiğinde bu faaliyetin müstakil olarak ele alınmadığı tespitini yapmak gerekir. Danıştay sayıca nispeten az olan kararlarında “planlama yetkisi” ifadesi üzerinden öngörme faaliyeti ile ilgili uyuşmazlıkları ele almıştır. Fakat tekrar belirtmek gerekir ki bu faaliyeti müstakil bir idari faaliyet olarak değerlendirmemiştir. Bahse konu kararlar daha çok imar hukukuna ilişkin olup, Danıştay kararlarında mevzuata atıf yapılmak suretiyle planlama yetkisinden bahsedilmiştir²¹. Bir kararında Danıştay, Sağlık Bakanlığının uyuşmazlık konusu hakkındaki planlama faaliyetine değinerek uyuşmazlığı çözmüştür²². Fakat belirtmek gerekir ki Danıştayın, Bakanlığın planlama yetkisinden bahsetmesinin sebebi, uyuşmazlık konusu olayda ele alınan Ayakta Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğinin ilgili maddelerinde bu ifadelerin geçmesidir.

II. İMAR HUKUKUNDA ÖNGÖRME FAALİYETİNİN ÖNEMİ

İmar hukukunun, idare hukukunun alt dalı olarak nitelendirildiği görülmektedir²³. Fakat imar hukuku sadece idare hukukundan beslenmemektedir. Taşınmazla ilgili olduğu için özel hukuk ve özellikle eşya hukukundan da faydalanmaktadır. Ayrıca çevre hukuku, ceza hukuku ve anayasa hukuku da imar hukuku ile yakın ilişki içindedir.

İmar hukukundaki en önemli araçlardan birisi yapılaşma iznini ifade eden ruhsat olarak da anılan, idare tarafından verilen idari izinlerdir. 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 20. maddesinde imar planlarının yönetmeliklere, ruhsatlara ve eklerine uygun yapılabileceği düzenlenmiştir.

²⁰ SEN, s. 35 vd.

²¹ Örneğin D. İDDK, T. 24.10.2016, E. 2016/3906, K. 2016/2759: Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 10.09.2023); D. İDDK, T. 10.03.2021, E. 2020/2062, K. 2021/449: Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 10.09.2023); D. 13. D, T. 11.03.2008, E. 2007/4148, K. 2008/3133: Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 10.09.2023); D. 6. D, T. 12.7.2018, E. 2017/4842, (karar numarası tespit edilememiştir): Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 10.09.2023); D. 6. D, T. 21.01.2021, E. 2019/21616, K. 2021/293: Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 10.09.2023); D. 6. D, T. 24.05.2021, E. 2016/2336, K. 2021/6643: Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 10.09.2023); D. 6. D., T. 24.11.2022 E. 2019/13994, K. 2022/10130: Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 10.09.2023).

²² D. 15. D, T. 31.10.2017, E. 2013/13793, K. 2017/6091, Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 10.09.2023).

²³ GÖZLER, C.I, s. 117, 122.

Aynı Kanun'un 21. maddesinde ise bu Kanun'un kapsamına giren tüm yapılarda 26. maddedeki istisnalar haricinde valiliklerden veya belediyelerden "yapı ruhsatı"nın alınması zorunlu kılınmıştır. Türkiye'de zaman zaman "imar affı" adı altında mevzuata aykırı yapılan yapıların yasama organını iradesi ile meşruiyeti sağlanmaya çalışılmıştır. İmar hukukunda yapılaşma belli kurallar çerçevesinde ve planlar dâhilinde yapılır. Bu planlar idarenin öngörme faaliyetinin sonucudur. Fakat imar affı müessesesi idarenin öngörme faaliyetinin neticelerinin yasama tarafından bertaraf edilmesi sonucunu doğurmaktadır. İdarenin ve geniş ölçekte devletin planlama yetkisini bazı durumlarda anlamsızlaştıran bu müessese esasında hukuka aykırı bir tasarruftur. Bu kapsamdaki düzenlemeler Anayasa'daki hukukun genel ilkeleri ve devletin planlama görev ve yetkilerine ilişkin hükümlere aykırı olarak yorumlanabilir. Fakat siyasi irade oy kaygısıyla çoğu zaman buna tevessül edebilmektedir. Bunun önüne geçebilmek adına kanun koyucunun bu konudaki iradesini kısıtlamak için Anayasa'da imar affının açıkça yasaklandığına ilişkin bir hükmün bulunması elzemdir.

Bir kamu hukuku disiplini olan ve idare hukukunun alt dalı kabul edilen imar hukuku idarenin öngörme faaliyetinin en yoğun şekilde yerine getirildiği alan olarak ortaya çıkmaktadır. İmar hukuku doktrinine bakıldığında öngörme faaliyetinin "planlama" kavramı ile ifade edildiğini görmekteyiz²⁴. Fakat belirtmek gerekir ki yazarların planlama kelimesini kullanmaları öngörme faaliyetini müstakil bir idari faaliyet olarak kabul ettikleri anlamına gelmeyebilir.

İmar hukuku tabiatı itibarıyla plan yapmayı gerektiren bir disiplindir. Plan, planlama süreci sonunda ortaya çıkan irade açıklamasıdır²⁵. Şehir ve bölge planlaması idarenin öngörme faaliyetinin en net görüldüğü alanlardan birisidir. Bu alanda ortaya çıkan teorilerin faaliyetin gelişimine katkısı önemlidir²⁶. Planlama ulusal çapta olabileceği gibi, bölgesel veya belli bir il veya ilçe düzeyinde de olabilir. Bu durumda ulusal çapta olan kalkınma planları, bölgesel çaptaki çevre düzeni planları ile yerel düzeydeki imar planları idarenin öngörme faaliyetinin neticeleridir. İmar hukukunda öngörme faaliyeti kapsamında idarenin yaptığı planlar ada ve parsel ölçeğinde de yapılabilmektedir. İdare, yaptığı bu planlamalar sayesinde kalkınmayı hedeflemekte ve ayrıca arazi kullanımını kamu yararına uygun bir şekilde dizayn ederek vatandaşlarına daha yaşanılabilir bir ortam hazırlamaktadır. Bu arada belirtmek gerekir ki imar

²⁴ TAN, s. 8; ÖNGÖREN, s. 13; ÇOLAK, s. 73.

²⁵ MURATOĞLU, s. 145.

²⁶ Şehir planlama teorileri hakkında İkinci Dünya Savaşından (1945) sonraki tarihi süreci ve gelişimi hakkında bkz. TAYLOR, s.3 vd.

hukukunda yapılan öngörme faaliyeti sadece arazinin planlaması amacıyla sınırlı olmamakta; aynı zamanda kültürel, sosyal ve ekonomik gelişimi de hedeflemelidir.

Öngörme, idarenin diğer faaliyetlerinden bağımsız ele alınamaz. Örneğin bir kamu hizmeti tesisi inşası zarar verecekse, kültür ve tabiat varlıklarının olduğu bir yere yapılmamalıdır. Öngörme faaliyeti ekseninde tespit edilen bu statüler kamu hizmetinin hareket tarz ve alanını etkilemektedir. Bir başka örneği özendirme-destekleme faaliyeti ile ilgili olarak vermek uygun olur. Marmara bölgesinde aşırı nüfus ve olası Marmara depremi nedeniyle sanayinin İç Anadolu Bölgesine taşınmasını teşvik edilmesine ilişkin bir idari teşebbüs öncesinde idarenin bunu öngörme faaliyeti kapsamında planlaması gerekmektedir. Kentlerin estetiğinin kamu düzeni ile ilgili bir kavram olup estetikten yoksun bir kentte kamu düzeninin hasar aldığını kabul etmek gerekir²⁷. Dolayısıyla kentin estetiğe uygun planlanması idarenin kolluk faaliyeti ile ilişkilidir. Özetle idarenin öngörme faaliyeti neticesinde ortaya çıkan hukuki metinler idarenin başkaca faaliyetlerinde uyulması gereken metinler olup bu kapsamda faaliyetler şekillenmektedir²⁸. Bir diğer ifadeyle öngörme faaliyeti idarenin öngörme dışındaki bütün faaliyetlerini etkilemektedir.

Toplumun gelişip kentleşmesi neticesinde toplumların çeşitli sorunları ortaya çıkmıştır ve planlama bu sorunların çözümünde kullanılan bir araçtır²⁹. Şehirlerin nüfusu arttıkça bu artış oranında problemlerin de arttığı bir hakikattir³⁰. Zira nüfusun artması kanalizasyon, elektrik ve su gibi hizmetlerin sunumunun zorlaşması anlamına geldiği gibi trafik ve başka sorunları da beraberinde getirir³¹. Fakat kentleşme sadece bir nüfus hareketi olmayıp ekonomik, kültürel, siyasal ve toplumsal boyutları vardır³². Doktrinde bu konunun ekonomik boyutunun daha çok vurgulandığı olmuştur. Nitekim imar hukukuyla bağlantılı olan kentleşmenin doktrinde iktisadi ilim olduğu dile getirilmiştir³³. Yazar örnek olarak Türkiye’de yapılan limanlara dikkat çekmiş ve bu limanlar sayesinde maliyetlerin düşerek ülke ekonomisine katkı sağlanacağına dikkat çekmiştir³⁴.

²⁷ AKKAYA, s. 93 vd.

²⁸ ÇOLAK, s. 81.

²⁹ KALABALIK, s. 47.

³⁰ ARTUKMAÇ, s. 14.

³¹ YAYLA, Planlama, s. 13.

³² KELEŞ, MENGİ, s. 12.

³³ ARTUKMAÇ, s. 175.

³⁴ ARTUKMAÇ, s. 175.

Bu çalışmanın temalarından olan deprem afeti, imar hukukunun önemli konularından birisidir. Depremler tarih boyunca insanlar ve öteki canlılar için yıkıcı neticeler doğurmuştur. Bu sebeple depreme karşı koruyucu önlemler alınması hususunda imar planları önem arz etmektedir. Deprem riski altındaki bölgelerde imar planları ve yapılaşma süreçleri depremin doğuracağı olumsuz neticeleri en aza indirmeyi amaçlamalıdır. Ayrıca deprem sonrasında yeniden imar sürecinde de imar hukuku önemli bir yere sahiptir. Depremde hangi hususlarda eksiklik olduğuna ilişkin gerekli çalışmalar ve analizler yapılarak bir sonraki olası depreme karşı gerekli tedbirler alınmalıdır. Ayrıca deprem bölgesi olan bir yerde başarısız öngörme faaliyeti yıkıcı sonuçlar doğuracaktır. Bu durum ekonomik, siyasal, toplumsal olarak ciddi hasarlara neden olabilecektir.

İmar hukuku kentleşme, imar, planlama ve yapılaşma konularında denge sağlama ve bu dengeyi sürdürme amacı taşımaktadır³⁵. İmar hukukunda planlamanın amacı belediye ve mücavir alanlarıyla bu alanların dışında kalan alanlarda kamu yararına uygun hukuki çerçeve çizmektir³⁶. Dolayısıyla imar planlamasındaki kilit kavram kamu yararadır. Esasında kamu yararı imar hukukunun ilkelerinden birisidir. Bunun yanı sıra genellik ilkesi, açıklık ilkesi, zorunluluk ilkesi, plan hiyerarşisi ilkesi, esneklik ilkesi, geniş kapsamlılık ilkesi, sürelilik ilkesi, bütüncülük ilkesi de imar hukukunun ilkeleri arasında sayılmıştır³⁷.

Planlamanın başarısı çok büyük oranda planlamaya yatkın hukuki ortamın ve araçların varlığına bağlıdır³⁸. Dolayısıyla idarenin başarılı bir öngörme faaliyetinde bulunabilmesi için hukuki zeminin makul seviyede olması gerekmektedir.

III. BAŞARISIZ ÖNGÖRME FAALİYETİNİN DOĞURDUĞU NETİCELER

Bir ülkenin ekonomik, kültürel ve sosyal kalkınmasının en önemli aracı öngörme faaliyetidir. Başarısız bir öngörme faaliyeti birçok yönden o ülkedeki idarenin, geniş çapta devletin ve vatandaşlarının olumsuz neticelerle karşılaşmasına sebep olur.

Öngörme faaliyetini Anayasa'nın bazı maddelerinde görmek mümkündür. Örneğin "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı 5. madde hükmünde³⁹ devletin temel amaç ve

³⁵ KELEŞ, MENGİ, s. 16.

³⁶ KALABALIK, s. 50.

³⁷ Detaylı bilgi için bkz. ÖNGÖREN, s. 20-37.

³⁸ TAN, s. 8.

³⁹ Bu maddenin gerekçesine baktığımızda öngörme faaliyeti ile ilişkisi daha açık anlaşılır: "Bu maddede, Devletin temel amacı ve görevi açıklanmaktadır. Devletin nüfus unsurunu teşkil eden Türk milleti bir bütündür, parçalanamaz. Parçalanamaz bir bütün olan Türk milleti bağımsız bir Devlet oluşturmuştur. Bu Devletin ülkesi hiçbir şekilde bölünemez ve siyasi rejimler içerisinde fert hak ve hürriyetlerini en iyi

görevlerini yerine getirmesinde idarenin öngörme faaliyetinde bulunması önemli bir rol oynamaktadır. Anayasa'nın toprak mülkiyeti ile ilgili 44. maddeye baktığımızda toprağın verimli kullanılması, erozyonun önlenmesi, topraksız olan veya yeterince toprağı olmayan çiftçilikle iştilgal eden köylüye toprak sağlama konuları ancak başarılı bir öngörme faaliyeti ile mümkündür. Ayrıca 45. maddede tarımsal üretimin planlanması ilkelerine atıf vardır. Çevre hakkı ile ilgili olan 56. maddede yer alan çevreyi geliştirme ve koruma ile çevrenin kirlenmesini önleme de devlete yüklenen ödevin icrasında idarenin öngörme faaliyeti önemli bir yer işgal etmektedir. 57. maddede ise konut hakkının şehirlerin özellikleriyle çevre koşullarının gözetildiğı planlama çerçevesinde yapılacağı belirtilmiştir. Kültür ve tabiat varlıkları ile tarihi eserlerin korunması ile ilgili olan 63. maddede hüküm altına alınan devlete koruma ve destekleme ödevi de yine bu faaliyet bağlamında değerlendirilebilir. 131. maddede yükseköğretim kurumlarındaki öğretimin planlanması ve öğretim elemanı yetiştirilmesi için planlama yapma meselelerine değinilmiştir. Bunların haricinde öngörme ile ilgili en önemli maddelerden birisi 166. maddedir. "Planlama; Ekonomik ve Sosyal Konsey" başlıklı bu maddede sosyal, kültürel ve ekonomik kalkınmanın planlama çerçevesinde faaliyetlerin yapılacağı düzenlenmiştir⁴⁰. Ormanların korunup geliştirilmesi ile orman köylüsünün korunması ile ilgili olan 169. ve 170. maddeleri de yine öngörme faaliyeti kapsamına girmektedir.

Görüldüğü üzere Anayasa'da dahi gerek merkezi idareye gerekse merkezden yönetim dışındaki diğerk kamu tüzel kişilerine öngörme faaliyeti ile ilgili görevler yüklenmiştir. Bu

gerçekleştirip, teminat altına alan demokrasiyi ve Cumhuriyeti korumak Devletin varlık sebebidir; fakat Devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir. Bu sosyal devletin görevidir. Sosyal devlet bazılarının yanlış sandıkları veya kasten tahrif ettikleri gibi sosyalist devletle ilişkisi olmayan bir devlet anlayışıdır. Sosyal devlet her şeyden önce insana ve insanın düşünce hakkına saygılıdır ve bu sınırlar içerisinde ferdin hak ve hürriyetlerinin kullanılmasını sınırlandıran engelleri ortadan kaldırmak, onun başlıca görevleri arasındadır. Ferdin hayatında onun temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir." Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), s.25.

⁴⁰ 166. maddenin gerekçesinde "plan çerçevesinde gerçekleştirme ilkesi"nden bahsetmektedir. Maddenin gerekçesi için bkz.: "Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın bir plan çerçevesinde gerçekleştirilmesi ilkesi kabul edilmiş ve planlama Devlete bir görev olarak verilmiştir. Planlamanın ülke kaynaklarının değerlendirilip verimli kullanılmasını sağlayacak, ekonominin tüm sektörleri ile ülke bütününde dengeli ve uyumlu bir gelişmeyi sağlamaya yönelik biçimde yapılacağı; ayrıca, planlarda milli tasarrufu artırıcı, yatırımı, istihdamı geliştirici ve yatırımları toplum yararına yöneltici tedbirlere öncelik verileceğı açıklıkla belirtilmek yoluna gidilmiştir. Kalkınma planının kamu kesimi ve özel kesim için bağlayıcılığı ve kuvveti de açıklığa kavuşturularak; kamu kesimi için emredici, özel kesim için de yol gösterici ve özendirici nitelikleri belirtilmiştir. Kalkınma planlarının hazırlanması, yasama organınca onaylanması biçimi ve uygulanmasındaki esaslar kanun koyucuya bırakılmıştır. Bu şekilde geniş bir düzenleme yapılarak, planlama ile görevli kuruluşun yapısı ve görevlerinin tespiti de gene kanun koyucuya bırakılmış olmaktadır." Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Gerekçeli), s.1066.

maddelerin hepsinin ortak amacı kamu yararadır. Başarılı bir öngörme faaliyeti neticesinde yapılacak planlamalar ülkenin ekonomik, kültürel, sosyal, siyasal ve daha birçok alanda olumlu gelişmeler sağlamasına vesile olacaktır. Aksi durumda ise bütün bu alanlarda olumsuzlukların yaşanması ihtimal dâhilindedir.

Başarısız öngörme faaliyeti kaynak israfına neden olur. Bu kaynaklar sadece para olarak değerlendirilmemeli; zaman ve iş gücü de bu bağlamda ele alınmalıdır. Ayrıca bu faaliyetteki başarısızlık verimsizliği de doğurur. Zira işlerin nasıl yürütüleceğine dair net bir planın olmaması durumunda karışıklık, belirsizlik ortaya çıkar ve bu durum verimsizliğe sebep olur. Öngörme faaliyetinin önemsenmemesi mali sorunları da beraberinde getirir. Planlama bütçenin temelidir. Bu konudaki başarısız plan mali problemleri doğurur. Fakat bunun daha da ötesinde herhangi bir alandaki başarısız öngörme faaliyeti de mali problemlerin vuku bulmasına sebep olabilir. Örneğin depremde, idarenin hatalı planlaması neticesinde birçok binanın yıkılması durumunda ülke ekonomisi de olumsuz etkilenecektir. Nitekim ülkemizde yaşanan yıkıcı depremler bunun örneğidir. İdarenin başarısız planlaması olası krizlerin yönetilmesini de güçleştirir. İdare açısından kriz yönetimi önemli bir konudur. Dolayısıyla idare plan yaparken olası krizler sonrasını da planlamalıdır. Bir diğer ifadeyle bütün ihtimalleri göz önüne alarak bütüncül bir bakış açısıyla planlama yapmalı ve bu planlamanın gerektirdiği önlemleri almalıdır. Aksi durumda oluşacak krizleri yönetmesi zor olabileceği gibi imkânsız da olabilir.

A. Öngörülen Depremler – Yürütülemeyen Öngörme Faaliyeti

Depremler, ciddi can ve mal kayıplarına neden olabilen doğal afetlerdir. Bu doğal afetin etkilerini en aza indirmek ve insanların güvenliğini temin etmek için imar hukuku alanında yapılan planlar son derece önemli bir yere sahiptir. Deprem riski altında olan bölgelerde imar planlaması depremden önceki süreçte başlanmalıdır. Bölgenin sismik ve jeolojik özellikleriyle ilgili detaylı çalışmalar ortaya konulmalıdır. Deprem bölgesinde yapılacak planlama sürecinde risk analizleri yapılmalı ve bunun neticesinde bina standartları belirlenmelidir. Bu standartlar sayesinde yapıların depreme dayanıklı olması sağlanmak suretiyle can ve mal kayıpları en aza indirilir.

Amerikan Planlama Derneği (American Planning Association) tarafından yayınlanan “Felaket Sonrası Kurtarma için Planlama: Yeni Nesil” (Planning for Post-Disaster Recovery: Next Generation) isimli eserde depremle mücadelenin önemi, felaketin kaçınılmaz bir sonuç

olmayacağı, bu hususta gerekli önlemlerin alınması gerektiği vurgulanmıştır ve ayrıca imar planlamasının önemi de ortaya konulmuştur⁴¹.

Deprem için yapılacak öngörme faaliyetinde hazırlık önlemleri de önem arz etmektedir. Bu kapsamda deprem öncesi olası deprem için tatbikatların yapılması da gerekmektedir⁴². Bu husus afet yönetimi açısından kritik bir konumdadır. Dolayısıyla depremin planlanması sadece yapıların depreme dayanıklılığının sağlanması ile sınırlı değildir. Bunun yanı sıra deprem sonrasında insanların nasıl yardım yapılacağı, deprem esnasında insanların neler yapması gerektiğine ilişkin gerekli bilgilendirmelerin ve eğitimlerin verilmesi, bu hususta tatbikatların yapılması da kapsama dâhildir.

Deprem sonrasındaki toparlanma sürecinde, depremden etkilenen bölgelerin hızlı şekilde düzelebilmesi için alt yapı ve ulaşımın planlanması da gerekmektedir. İdare deprem için yaptığı hukuka uygun ve yerinde olan planı katı bir şekilde uygulamalıdır. Zira planlama kapsamında alınacak birtakım tedbirler insanlar tarafından aşılabilir. Nitekim 2004 yılında Sri Lanka’da deprem sonrası oluşan tsunami neticesinde yaklaşık 100.000 evin yıkıldığı ve 50.000 evin ise ağır hasar aldığı ve bu evlerin büyük çoğunluğunun denize 100-200 metre yakınlıkta olduğu not edilmektedir⁴³. Bunun üzerine UN Habitat ve birçok sivil toplum kuruluşu kıyıda uzakta konut projeleri hazırlamalarına rağmen yöre halkı geçim kaynaklarının kesileceği düşüncesi ile taşınmayı reddetmişlerdir⁴⁴. Sri Lanka’daki bu çarpıcı örnek alınacak tedbirlerde yöre halkının ihtiyaçlarının da göz önüne alınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Bir diğer ifadeyle bu örnekte yöre halkı geçim kaygısı nedeniyle taşınmayı reddetmektedirler. Dolayısıyla yapılacak planlamada bu husus göz önüne alınmalı ve halkın geçim kaygısını ortadan kaldıracak mekanizmalar da geliştirilmelidir. Daha doğru bir ifadeyle bütüncül bir bakış açısına ihtiyaç vardır.

Türkiye’nin özellikle olası büyük İstanbul depremi hakkında bazı girişimleri olmuştur. Bu bağlamda JICA (Japan International Cooperation Agency - Japon Uluslararası İşbirliği Ajansı) kuruluşuna değinmekte fayda vardır. Bu kuruluş Japonya Devletinin resmi kalkınma yardımı ajansıdır. Kuruluş, gelişmekte olan ülkelerdeki sosyal ve ekonomik gelişmeye yardım etmek ve uluslararası iş birliğini teşvik etme amaçlarını taşımaktadır⁴⁵. JICA ile yapılan

⁴¹ AMERICAN PLANNING ASSOCIATION, s. 25, 26, 77, 84, 118, 133.

⁴² AMERICAN PLANNING ASSOCIATION, s.43.

⁴³ THE WORLD BANK & THE UNITED NATIONS, s.168.

⁴⁴ THE WORLD BANK & THE UNITED NATIONS, s.168.

⁴⁵ <https://www.jica.go.jp>, (E.T. 23.10.2023).

anlaşma neticesinde İstanbul Büyükşehir Belediyesi (İBB) ve JICA'nın hazırlamış olduğu "Türkiye Cumhuriyeti İstanbul İli Sismik Mikro-Bölgeleme Dahil Afet Önleme/Azaltma Temel Planı Çalışması" son raporu 2002 yılında yayınlanmıştır. Söz konusu raporda kısım 3'te Türkiye'deki afet yönetimi ile ilgili kanuni ve kurumsal sistemlere, afet yönetimi plan ve faaliyetlerine değinilmiş; yine bu kısmın altıncı bölümünde "Türkiye'de iyileştirilmiş afet yönetimi için öneriler" yazılmıştır⁴⁶. Söz konusu raporun 3.6 numaralı kısmındaki tespit ve önerilerden bazıları şunlardır⁴⁷: İmar mevzuatındaki eksikliklere değinilmiş ve bazı önerilerde bulunulmuştur. Özellikle planlamadaki yetki dağılımına dikkat çekilmiş ve planlama alanındaki yetkilerin tek elde toplanması önerilmiştir. Yapılaşma ve yönetmeliklerini uygulama zorunluluğu meselelerine değinilmiş ve önerilerde bulunulmuştur. Kaçak inşaatlarla ilgili meseleye değinilmiş ve afet fonu ile sigortalarının olası afete karşı yapıların başka yere taşınmasında kullanılması önerilmiştir. Afetle ilgili kanunda afetlerden ders çıkaracak nitelikte standartlaşmanın olması gerektiği, afetten sonra yardımların eşit bir şekilde dağıtılması, yeniden yapılacak inşaatlar için özel fonun ayrılması gerektiği belirtilmiştir. Raporda ayrıca kurumlaşmalar meselesi ve afet yönetim planı ile ilgili birtakım önerilerde bulunulmuştur.

Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı tarafından Ekim 2023'te Deprem Gerçeği ve Kentsel Dönüşüm Şûrası toplanmıştır. Söz konusu Şuranın sonuç bildirgesinde birtakım önerilerde bulunulmuştur⁴⁸. Esasında Türkiye'de deprem konusunda ciddi farkındalık vardır. Bu hususta planlamaya yukarıda örnek olarak verilen çalışmaların yanı sıra başka çalışmalar da yapılmıştır. Fakat bunların isabetli öngörülememesi, gerekli önemin verilmemesi veya isabetli planların yapılmasına rağmen bunların hayata geçirilememiş olması örneklerine şahit olmaktadır. Nitekim Kahramanmaraş (Pazarcık ve Elbistan) merkezli olarak 6 Şubat 2023 tarihinde meydana gelen 7,7 ve 7,6 büyüklüğündeki depremler on bir ili ve milyonlarca insanı doğrudan etkilemiştir⁴⁹. Fakat söz konusu depremlerin olduğu yer TOKİ tarafından inşa edilen binaların hasar almadığı görülmüştür⁵⁰. Dolayısıyla deprem ne kadar yıkıcı olsa da başarılı bir planlama ve daha önemlisi bu planlamanın tatbik edilmesi olumsuz birçok neticeyi bertaraf edebilmektedir.

⁴⁶ JICA, İBB, s. 3/4-3/103.

⁴⁷ JICA, İBB, s. 3/97-3/107.

⁴⁸ <https://csb.gov.tr/bakan-ozhaseki-deprem-gercegi-ve-kentsel-donusum-s-rasi-nin-sonuc-bildirgesini-acikladi-bakanlik-faaliyetleri-38831>, (E.T. 24.10.2023).

⁴⁹ AFAD, s. 2.

⁵⁰ <https://www.aa.com.tr/tr/asrin-felaketi/depremden-saglam-cikan-toki-konutlari-ornek-gosterildi/2834605>, (E.T. 24.10.2023).

Depremler güvenlik meselesi ile de yakından ilgilidir. Zira deprem sonrası oluşacak kaos ortamı neticesinde kamu düzeninin yeniden tesisi zorlaşabileceği gibi milli güvenlik açısından da çeşitli problemlerin ortaya çıkması ihtimal dahilindedir⁵¹.

Deprem neticesinde idarenin sorumluluğu ortaya çıkar mı sorusuna odaklanılması gerekmektedir⁵². İdarenin sorumluluğu kusurlu ve kusursuz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kural kusur sorumluluğu olup, kusursuz sorumluluk istisnadır ve risk sorumluluğu, kamu külfetleri karşısında eşitlik ve sosyal risk ilkesi olmak üzere kusursuz sorumluluk için üç ihtimal söz konusudur⁵³. Risk sorumluluğu için idarenin yürüttüğü faaliyetin riskli olması gerekir; kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesini uygulanabilmesi için herkesin faydasına olan idarenin bir hukuki muamelesinin birilerinin zararına sebep olmalıdır; sosyal risk ilkesi için ise bir toplumsal olay, terör olayının vuku bulması gerekmektedir⁵⁴. Kısaca yapılan bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere deprem, idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilmesini tek başına sağlamaz. Zira deprem genel zarar niteliği taşır. Nitekim Danıştay bir kararında deprem nedeniyle ortaya çıkan zararın genel nitelikte olduğunu belirterek idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceğine hükmetmiştir⁵⁵. Dolayısıyla depremde idarenin kusurlu sorumluluğunun olup olmadığının tespiti gerekir. Doktrinde depremin idarenin iradesi dışında gerçekleşmesi, öngörülemeyen ve önlenemez olması durumunda bir mücbir sebep olduğu ve bu şartların kümülatif olduğu ifade edilmiştir⁵⁶. Mücbir sebep illiyet bağını keserse idarenin sorumluluğundan bahsedemeyiz⁵⁷. Fakat öngörülen bir deprem için idarenin gerekli planları yapıp aksiyona geçmesi gerekir. Aksi takdirde yapmak zorunda olduğu faaliyetleri yapmaması neticesinde kusurlu sorumluluğu gündeme gelecektir. Nitekim yukarıda zikredilen aynı

⁵¹ Bu konu hakkında bkz. GÜÇLÜER, s. 212-215.

⁵² Deprem afeti sebebiyle uğranılmış olan zararların sorumluluk hukuku bağlamında değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAHTALI, s.129-158.

⁵³ ULUSOY, s. 610-613. Fakat Gözler sosyal riski gerektiren durumlarda idarenin değil, nümayişçilerin fiilinin olduğu gerekçesiyle idarenin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceği kanaatindedir. GÖZLER, C.II, s. 1241. Akyılmaz ise sosyal risk ilkesinde yargı kararlarından ziyade yasamanın düzenlemelerinin dayanak teşkil ettiğini belirterek bu ilkenin idarenin sorumluluğunun tespitinde doğrudan kullanılmasının doğru olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. AKYILMAZ, s. 211.

⁵⁴ ULUSOY, s. 610-613.

⁵⁵ “(D)eprem sonucunda oluşan bireysel zararlardan dolayı davalı idareleri kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminle sorumlu tutmaya da hukuken olanak bulunmamaktadır. Zira, bireysel olmayan o bölgede yaşayan için genel nitelikte olan deprem gibi doğal afetlerden doğan zararlar ilgili mevzuatı çerçevesinde devletçe ödenmektedir.” Bkz. D. İDDK, T. 17.12.2009, E. 2008/11, K. 2009/3108: Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 08.10.2023).

⁵⁶ GÖZLER, C.II, s.1348-1351.

⁵⁷ Deprem afetinde idarenin sorumluluğunu azaltan veya ortadan kaldıran hâller için bkz. TAHTALI, s.145 vd.

Danıştay kararında⁵⁸ önlenemez ve öngörülemez özelliklerine dikkat çekildiği ve zararın münhasıran deprem sebebi ile ortaya çıkmış olması durumunda idarenin sorumluluğundan bahsetmeye olanak bulunmadığı ifade edilmiştir. Fakat hemen ardından zararın idarece ağırlaştırılmasının yargı tarafından saptanması durumunda ağırlaşan zararın artan kısmından idarenin sorumlu olacağını belirtmiştir.

Öngörme faaliyetinin önemi deprem gibi son derece yıkıcı sonuçlar doğuran afetler sonrası daha iyi anlaşılmaktadır. Öngörme faaliyeti ile yapılacak planlamaların alanında uzman olanlarca hazırlanması önem arz ettiği gibi bu planların tatbikini sağlayacak mekanizmaların varlığı da gereklidir. Dolayısıyla öngörme faaliyetinde öngörüle bulunmak yeterli olmamakta, bu öngörünün gerektirdiği işlem ve eylemlerin yapılması gerekmektedir.

SONUÇ

Öngörme faaliyeti farklı bir hukuki rejimi olan bir idari faaliyettir. Türk idare hukuku doktrininde çoğunlukla kamu hizmeti ve kolluk faaliyetleri ele alınmaktadır. Hâlbuki öngörme faaliyeti diğer idari faaliyetlerin hepsini doğrudan veya dolaylı ilgilendiren önemli bir faaliyettir. Bu faaliyetin hukuki rejiminin oturması ve ilklerinin belirlenmesi kamu yararı açısından önem arz etmektedir. Devletin de planlama yetkisi bulunmaktadır. Fakat çalışmanın konusu idarenin planlaması ile ilgili olan öngörme faaliyetidir.

Toplum refahını artırmak, sürdürülebilir kalkınmayı tesis etmek, kamu yararına uygun hareket etmek, insanların can ve mal güvenliğini sağlamak, doğayı korumak gibi konularda öngörme faaliyeti devreye girmektedir. İdare bu meselelere ilişkin muhtemel olumlu ve olumsuz senaryoları göz önüne alarak gerekli planlamaları yapmalıdır. Bu planların yapılması tek başına yeterli olmamakta, hayata geçirilmeleri de önem arz etmektedir.

İmar hukuku idarenin öngörme faaliyetinin görünür olduğu önemli disiplinlerden birisidir. İmar hukukundaki planlar öngörme faaliyetinin görünür yüzünü oluşturmaktadır. Çalışmanın temalarından olan deprem olgusu imar hukuku alanında ele alınan önemli

⁵⁸ “(D)epremin, önlenemez ve öngörülemez olması nedeniyle zorlayıcı sebebin tipik bir örneğini oluşturduğu kuşkusuzdur. Zarar, münhasıran depremden kaynaklanmışsa idarenin sorumluluğundan söz etmeye hukuken olanak bulunmamakta ise de zararın zorlayıcı sebep dışında idare tarafından ağırlaştırıldığı yargı yerince saptanması durumunda zararın ağırlaşan, artan kısmı bakımından kusuru gözönünde tutularak idarenin tazminle sorumlu tutulması gerekmektedir. Örneğin, deprem bölgesi olarak saptanan bir alanda deprem mevzuatına uygun yapılaşma koşullarına aykırı olarak inşaat ruhsatı verilmesi, fay hattının yapılaşmaya açılması gibi durumlarda ilgili idarelerin deprem sonucu bir bölgedeki doğan zarardan kusurları oranında sorumlu tutulacağı tabiidir. Ancak, deprem sonucu bir bölgedeki binalarda oluşan tüm zararların idarenin tazmin sorumluluğu altında bulunduğu söz edilemeyeceği de kuşkusuzdur.” Bkz. D. İDDK, T. 17.12.2009, E. 2008/11, K. 2009/3108: Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 08.10.2023).

konulardandır. Şehirlerin nüfusu arttıkça muhtemel problemlerin olumsuz potansiyelleri de artmaktadır. Nüfus artışı elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerini sunmanın zorlaşmasına neden olduğu gibi trafik sorunlarını da doğurabilir. Başarılı bir öngörme faaliyeti olası sorunları önleyecektir. Öte yandan büyükşehirlerde deprem gerçeği üzerinden gerekli planlamalar yapılmadan şehirleşmenin yapılması durumunda olası depremden sonra son derece yıkıcı sonuçlar ortaya çıkabilir. Nitekim ülkemizde farklı tarihlerde olan depremler bunun acı kanıtlarındandır.

İdare, güçlü bir devlet organizmasının bel kemiği olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla idarenin vazifelerini başarılı bir şekilde yerine getirmesi kamu yararı açısından önem arz etmektedir. İdare yürüttüğü faaliyetlerle kamu yararı, kamu düzeni ve kamu hizmetine katkı sağlar. Çalışmanın ana temasını oluşturan öngörme faaliyeti doktrin ve yargıda gerekli seviyede önem görmemiştir. Hukuki rejimi oturmaya başlayan bu faaliyet hakkında daha fazla bilimsel çalışmaya ihtiyaç bulunmaktadır. Öte yandan yargının kararlarında bu faaliyeti ele alması ve bu sayede faaliyetinin hukuki rejiminin belirginleşmesi önemli bir konudur.

Depremle mücadelede idarenin öngörme faaliyetinin başarılı ve hukuka uygun şekilde yürütülmesi kritik önemi haizdir. İdarenin deprem hususunda yapacağı gerekli planların hayata geçirilmesi de gerekmektedir. Ülkemizde bazı dönemlerde imar affi olarak nitelendirilen mevzuata aykırı olarak yapılan yapıların gayrimeşru durumu yasama organının iradeyle meşruiyete kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bir diğer ifadeyle idarenin deprem hususundaki öngörülleri ve uygulamaları yasama organı tarafından ortadan kaldırılmıştır. Özellikle oy kaygısı ile yapılan bu tasarrufların bir daha yapılmaması gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasa'da gerekli değişiklik yapılmak suretiyle imar affının yasama organı tarafından tanınmasının önüne geçilmesi elzemdir.

KAYNAKÇA

- AFAD, (2023). 06 Şubat 2023 Kahramanmaraş (Pazarcık ve Elbistan) Depremleri Saha Çalışmaları Ön Değerlendirme Raporu.
- AKKAYA, F. N. (2016). Kent Estetiğini Koruma Amaçlı İdari Kolluk Faaliyeti. İstanbul.
- AKYILMAZ, B. (2004). Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”. GÜHFD, 9(1-2), 185-211.
- AKYILMAZ, B., SEZGİNER, M., KAYA, C. (2014). İdare Hukuku (2. b.). Ankara.
- AMERICAN PLANNING ASSOCIATION (2014). Planning for Post-Disaster Recovery: Next Generation, Ed. Schwab, James C., APA’s publications office, Chicago.
- ARTUKMAÇ, S. (1976). Türk İmar Hukuku (4. b.). Ankara.
- BRYSON, J. M. (2018). Strategic Planning for Public and Nonprofit Organizations: A Guide to Strengthening and Sustaining Organizational Achievement (5. b.). Hoboken.
- ÇOLAK, N. İ. (2014). İmar Hukuku (2. b.). İstanbul.
- DURAN, L. (1982). İdare Hukuku Ders Notları. İstanbul.
- FORESTER, J. (1989). Planning in The Face of Power. Berkeley.
- GÖZLER, K. (2019). İdare Hukuku (3. b., Cilt I). Bursa (C.I).
- GÖZLER, K. (2019). İdare Hukuku (3. b., Cilt II). Bursa (C.II).
- GÖZÜBÜYÜK, Ş., TAN, T. (2007). İdare Hukuku (5. b., Cilt I). Ankara.
- GÜÇLÜER, E. (2023). Milli Güvenlik Meselesi Olarak Deprem. Avrasya Dosyası Dergisi, 14 (1), 205-217.
- GÜLAN, A. (1988). Kamu Hizmeti Kavramı. İHİD, 9 (1-3), 147-159 (*Kamu Hizmeti*).
- GÜLAN, A. (2018). İdare Hukuku Ders Notları (basılmamış). S. S. Onar İdare Hukuku ve İlimleri Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayınları: 16 (*Ders Notları*).
- GÜNDAY, M. (2013). İdare Hukuku (10. b.). Ankara.
- JICA, IBB (2002). Türkiye Cumhuriyeti İstanbul İli Sismik Mikro-Bölgeleme Dahil Afet Önleme/Azaltma Temel Planı Çalışması.
- KALABALIK, H. (2015). İmar Hukuku Dersleri (7. b.). Ankara.
- KELEŞ, R., MENGİ, A. (2003). İmar Hukukuna Giriş. Ankara.
- MURATOĞLU, T. (2021). İmar Hukuku (2. b.). Ankara.

- ONAR, S. S. (1966) İdare Hukukunun Umumi Esasları. (3. b., Cilt III), İstanbul.
- ÖNGÖREN, G. (2020). Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku. İstanbul.
- ÖZAY, İ. H. (2017). Günışığında Yönetim (3. b.). İstanbul.
- SEN, A. (2001). Development as Freedom, Oxford.
- TAHTALI, M. B. (2023). Merkezi ve Yerinden Yönetimlerin Deprem Afeti Riskine Karşı Yapı Denetim ve Kentsel Dönüşümdeki Yükümlülükleri, Ankara.
- TAN, T. (1976). Planlamanın Hukuki Düzeni. Ankara.
- TAYLOR, N. (1998). Urban Planning Theory Since 1945. Gateshead.
- THE WORLD BANK, THE UNITED NATIONS (2010). Natural Hazards, UnNatural Disasters: The Economics of Effective Prevention, Washington.
- TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI (Gerekçeli) (2021). Anayasa Mahkemesi Yayınları (3. b.) Ankara.
- ULUSOY, A. (2022). Türk İdare Hukuku. (5. b.). Ankara.
- YAŞAR, H. Nuri. (2014). İdare Hukuku. İstanbul.
- YAYLA, Y. (1975). Şehir Planlamasının Başlıca Hukuki Meseleleri ve İstanbul Örneği. İstanbul (*Planlama*).
- YAYLA, Y. (2010). İdare Hukuku (2. b.). İstanbul (*İdare Hukuku*).



YÜKSEK MAHKEME KARARLARINA GÖRE YABANCILIK UNSURU İÇEREN BİREYSEL İŞ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK*

Applicable Law to Individual Employment Contracts Containing Foreign Elements According to Supreme Court Decisions

Fatih SERBEST*

ÖZ

Yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği, Türkiye’de 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 27. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay 2020 tarihinden önceki kararlarında iş hukukunun emredici niteliğini dikkate alarak, taraflarca seçilen hukukun, işçinin Türk hukukundaki haklarını kısıtlaması söz konusu olduğunda MÖHUK m. 27/4 uyarınca Türk hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmekteydi. 2020 yılından sonraki kararlarında ise istikrarlı olarak MÖHUK m. 27/1 uyarınca seçilen hukukun geçerli olduğunu ve işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri saklı kalmak koşuluyla bu tercihe saygı duymak gerektiğini belirtmiştir. Anılan kararlarda, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmış ise, MÖHUK m. 27/4’te belirtilen akitle daha sıkı ilişkili hukuk araştırmasına yapılmayacağına karar vermektedir. Bununla birlikte bazı Bölge Adliye Mahkemeleri hala çeşitli gerekçelerle Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin tarafların hukuk seçimine uyulması gerektiği kararlarına karşı direnerek Türk hukukunun en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanması gerektiğine karar vermektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10.05.2023 tarihinde yayınladığı kararda bu konuyu enine boyuna değerlendirmiştir. Çalışmamızda, Yüksek Mahkeme Kararları arasında farklılıklara ve

• **Gönderi:** 17.12.2023 - **Kabul:** 25.12.2023 | **Received:** 17.12.2023 - **Accepted:** 25.12.2023.

* Dr. Öğr. Üyesi, Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Milletlerarası Anabilim Dalı, Tekirdağ, Türkiye ✉ fserbest@nku.edu.tr • ORCID 0000-0001-7724-0828.

Atıf Şekli / Cite As: SERBEST, Fatih (2023). Yüksek Mahkeme Kararlarına Göre Yabancılık Unsuru İçeren Bireysel İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk. ÇÜHAD, (4), 135-160.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

Hukuk Genel Kurulu'nun detaylı analizler içeren kararına yer verilecek olup, öğretilerde bu alanda yapılan çalışmalara atıf yapılarak kendi görüş ve önerilerimiz sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kanunlar ihtilafı, Yabancılık unsuru, Bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk, Hukuk seçimi, İşçinin mutad işyeri, İş sözleşmesiyle daha sıkı ilişki, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, MÖHUK m. 27.

ABSTRACT

Which country's law should be applied to disputes arising from individual employment contracts containing foreign elements is regulated in Article 27 of the Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law in Türkiye. However, in its decisions before 2020, the Supreme Court ruled that, taking into account the mandatory nature of labour law, Turkish Law should be applied in accordance with PILA 27/4 when the law chosen by the parties restricts the rights of the employee in Turkish Law. In its decisions after 2020, it has consistently stated that the law chosen in accordance with PILA 27/1 is valid and that this choice should be respected, provided that the mandatory provisions of the employee's habitual residence law are reserved. In the decisions, it is decided that if a choice of law has been made by the parties, no legal research is needed to establish which countries more closely related to the contract in accordance with PILA 27/4. However, some Regional Courts of Justice still, for various reasons, resist the decisions of the 9th Civil Chamber of the Supreme Court of Appeals that the parties' choice of law should be respected and decide that Turkish Law should be applied as the most closely related law. The General Assembly of the Supreme Court of Appeals evaluated this issue in detail in the decisions published on 10.05.2023. This paper will analyse the differences of opinions between the Supreme Court Decisions and Regional Courts Decisions by reviewing the decision of the General Assembly of Law which contains detailed analysis. This paper will also cite doctrinal discussion and academic studies carried out in this field in which the author will present its own opinions and suggestions.

Keywords: Conflict of laws, Foreignness element, Law applicable to individual employment contracts, Choice of law, Employee's habitual workplace, Closer relationship with the employment contract, Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law, Turkish PILA art. 27.

GİRİŞ

Türkiye 1960'lı yıllardan bu yana siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel sebeplere yurt dışına işçi gönderen bir ülkedir. Türkiye'den yabancı bir ülkeye çalışmak üzere gidenlerin yanında, yurt dışında iş ve faaliyetlerinde istihdam edeceği işçileri Türkiye'den götürmek isteyen işverenlerin sayısı da hızla artmaktadır. Bu gelişmelere bağlı olarak, yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespiti önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu önem iş sözleşmelerinde tarafların eşit koşullara sahip olmamasından veya bir tarafın daha zayıf olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, iç hukukumuzda iş sözleşmelerinde taraflar arasındaki dengesizliği dikkate alan kanun koyucu, iş hukuku ile ilgili mevzuatta ağırlıklı olarak emredici hükümlere yer vermiştir. Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinde işçi ile işveren arasındaki uyumsuzluklarda hangi ülke hukukun uygulanması gerektiği ve iç hukuktaki işçiyi koruyan düzenlenmelerin seçilen yabancı hukukta da işçilere yeterli güvenceyi sağlaması gerektiği tartışma konusu olmaktadır.

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27. maddesi yabancılık unsuru taşıyan bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi için özel bir maddeye yer vermiştir¹. Bu çalışmada MÖHUK m. 27'deki bağlama kuralları yüksek mahkeme kararları, öğreti ve mevcut akademik çalışmalar ışığında değerlendirilecektir.

I. YABANCI UNSURLU İŞ SÖZLEŞMELERİNİN KAPSAMI

Yabancı unsurlu iş sözleşmelerinin kapsamını açıklayabilmemiz için öncelikle yabancılık unsuru üzerinde durulması gerekmektedir. MÖHUK yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk işlem ve ilişkilerine uygulanır ancak kanun, yabancılık unsurunun tanımını yapmamaktadır.

Öğretide yabancılık unsuru *“bir hukuki olay veya ilişkiyi oluşturan unsurlardan bir veya birkaçının birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelmesini sağlayan unsur”* olarak ifade edilmektedir². Şanlı, yabancılık unsurunu *“bir işlem, olay veya ilişkinin birden fazla hukuk nizamı ile temas halinde bulunması”* olarak tanımlamaktadır.³ Çelikel, yabancı unsurlu hukuki olaylarda olayın yakın ilişki içinde olduğu birden fazla hukuk sisteminin uygulanmasının söz konusu olacağını belirtmektedir⁴. Bu tanımlardan sonra diyebiliriz ki yabancılık unsurunun bir hukukî işlemi veya ilişkiyi ya da olayı birden fazla devletin hukuku ile irtibatlı hâle getirir.

Yabancılık unsurunun mutlaka objektif bir mahiyet taşımasına veya yabancı bir ülke ile coğrafi anlamda irtibatlı bulunmasına gerekli değildir⁵. Salt işlem veya ilişkinin tarafların iradesine bağlı olarak ortaya çıkması halinde de yabancılık unsurunun var olarak kabul edilmesi

¹ RG: 12.12.2017 – 26728.

² DOĞAN, s. 7. Yabancılık unsuru tanımları için bkz: NOMER, s. 5; NOMER/EKŞİ/GELGEL, s. 5; TEKINALP, s. 22; KALPSUZ, s. 17, ÖZEL, ERKAN, PÜRSELİM, KARACA, s. 9.

³ ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 334.

⁴ ÇELİKEL, ERDEM, s. 11.

⁵ DOĞAN, s. 7; ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 334.

mümkündür⁶. Sözleşmenin yabancılık unsuru barındırması için, taraflardan birinin farklı vatandaşlıkta olması ya da taraflardan birinin ikametgâhının veya mutad meskeninin farklı bir ülkede bulunması veya taraflarca yabancı bir ülkenin hukukunun seçilmesi hallerinden birinin varlığı gereklidir⁷. Bir tahkimde hangi durumda yabancılık unsuru bulunduğunu belirleyen Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2. maddesi de yabancılık unsurunu çok geniş tanımlayarak objektif bir yabancılık unsuru içermeyen bir sözleşme veya ilişkide sınırı aşan herhangi bir mal veya para transferi söz konusu ise yabancılık unsurunun var olacağını belirtmektedir⁸.

Çalışmamızın konusu olan bireysel iş sözleşmelerde karşılaşılan yabancılık unsuru farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Öğretide iş hukukunda yabancılık unsuru ile kastedilen, işçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunuyor olması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapıyor olması veya iş sözleşmesinin veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılıyor olmasıdır⁹.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 24 Kasım 2020 tarihli emsal kararında “İşçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı ülkede bulunması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşıldığı hallerde iş sözleşmesinde yabancılık unsuru bulunduğundan söz edilir”¹⁰ ifadeleri ile bir iş sözleşmesinde yabancılık unsuru içeren halleri ortaya koymuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 10 Mayıs 2023 tarihli kararında iş hukuku uyuşmazlıklarında yabancılık unsurunu şu şekilde tanımlamıştır:

“...Yabancılık unsuru, hukuki işlemi bir devletin hukuk düzeni dışında en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. Yabancılık unsuru, şahıs bakımından ve yer bakımından ortaya çıkabilir. Şahıs bakımından yabancılık unsuru, kişinin tabiiyet durumuna, yer bakımından yabancılık unsuru hukuki ilişkinin hâkimin bulunduğu devletin

⁶ AKINCI, s. 85.

⁷ EKŞİ, Sözleşmeden, s. 57.

⁸ RG: 05.07.2001 - 24453. Milletlerarası Tahkim Kanunu m. 2; AKINCI, s. 77 vd.

⁹ EKŞİ, Yabancılık, s. 118; TARMAN, s. 526; BOZKURT GEMİCİOĞLU, GEMİCİ FİLİZ, s. 598.

¹⁰ Y. 9. HD, T. 24.11.2020, E.2020/5617, K.2020/16556: Lexpera, (E.T. 27.11.2023). Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bu emsal kararında hem iş hukuku uyuşmazlıklarında yabancılık unsurunu tanımlamış hem de Türk Hukukunun mutlak şekilde uygulanması görüşünden dönerek tarafların sözleşmede seçtikleri yabancı hukuka etki tanımak gerektiğini belirterek MÖHUK m. 27'yi referans almıştır. Bkz. Y. 9. HD, T. 18.05.2021, E.2021/5065, K.2021/9195 Lexpera, (E.T. 28.11.2023); Y. 9. HD, T. 05.10.2022, E. 2022/1369, K.2022/1512: Lexpera, (E.T. 24.11.2023); Y. 9. HD, T. 09.03.2022, E. 2022/25, K. 2022/30: (E.T. 29.11.2023).

dışında gerçekleşmesiyle ortaya çıkar. Buradan hareketle işçinin ya da işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı ülkede bulunması veya işin yabancı ülkede ifa edilmesi hâlinde iş sözleşmesinde yabancılık unsuru söz konusu olur”¹¹.

Bu açıklamalardan ve yüksek mahkeme karar örneklerinden sonra diyebiliriz ki yabancılık unsuru bulunan bireysel iş sözleşmelerinde hukuk seçimi ile ilgili konularda “İşçi Lehine Yorum İlkesi’nin katı bir şekilde benimsenmesi ve ön planda tutulması terk edilmiştir. MÖHUK ve öğretideki tartışmalar Yüksek Mahkemeler tarafından özenle takip edilmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmeye ya da ilişkiye uygulanacak hukuk konusunda mahkemelerce MÖHUK’un uygulama alanı bulup bulmayacağını dikkatlice incelenmektedir. Bu nedenle, hâkim yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmesine uygulanması gereken hukuku belirlerken, MÖHUK’un nasıl uygulanması gerektiğini bilmek zorundadır.

Yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmeleri veya ilişkileri bakımından milletlerarası özel hukuktaki iş sözleşmesine özgü kuralların uygulanabilmesinin bir koşulu da uyumsuzluk konusu olan hukuki ilişkinin iş hukuku sözleşmesi niteliği taşımasıdır. Uyuşmazlığa bakan hâkim, aynı zamanda hukuki nitelendirmeyi yapmakla yükümlüdür ve söz konusu vasıflandırma yapılırken temel alınacak hukuk, “*lex fori*” yani hâkimin hukukudur¹². MÖHUK m.1 yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun bu Kanun'a göre belirleneceği, MÖHUK m. 2’de hâkimin Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygulayacağı düzenlemektedir. Dolayısıyla, Türk mahkemesi nezdinde görülmekte olan yabancı unsurlu bir uyumsuzluk açısından hâkim Türk hukukuna göre vasıflandırma yaparak bireysel iş sözleşmesini tanımlar.

4857 sayılı İş Kanunu m. 8/1’deki tanım gereğince, iş sözleşmesinin iş görme, ücret ve bağımlılık olmak üzere üç temel unsurdan oluştuğu kabul edilmektedir. İş hukuku öğretisinde açıklandığı gibi, işçi ile işveren arasında hiyerarşik bir bağın varlığını gerektiren iş ilişkisinde; işçi, işverenin emir ve otoritesi altında ve bir ücret karşılığında iş görme borcunu ifa eder¹³. O hâlde, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkinin iş ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi, iş sözleşmesine özgü ayırıcı unsurların davaya bakan hâkim tarafından somut uyumsuzlukta tespit edilmesine bağlıdır.

¹¹ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

¹² GÜRSEL, s. 162.

¹³ ÇELİK, CANIKLIOĞU, CANBOLAT, s. 176; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BASKAN, s. 63.

Hâkim yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinin varlığına kanaat getirdikten sonra, davanın esasına yönelik hükümler açısından hangi ülke hukukunu uygulayacağına ilişkin kararını verirken öncelikle MÖHUK m. 27'deki iş sözleşmeleri ile ilgili kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacaktır¹⁴.

II. MÖHUK 27'DEKİ BAĞLAMA KURALLARI

MÖHUK m.27'ye baktığımızda, kanun koyucunun uygulanacak hukukun tespitine ilişkin hususları dört başlıkta irdelediğini görmekteyiz:

A. Taraflarca Seçilen Hukuk

MÖHUK m. 27/1 uyarınca iş sözleşmesinin tarafları, sözleşme ile irtibatlı olsun olmasın diledikleri bir ülkenin hukukunu seçebilirler¹⁵. Bu fıkra ekonomik yönden daha zayıf konumda bulunduğu varsayılan işçiye, aleyhine olabilecek bir hukuk seçiminin dayatılması endişesi ile sınırlı etkiye sahiptir. Bu sınırlı etki, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumadır. Diğer bir ifadeyle tarafların seçtiği hukuk işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî korumanın altında kalması hâlinde mutad işyeri hukuku uygulanır. Bu nedenle hâkim tarafından tarafların seçtiği hukuk ile mutad işyeri hukuku karşılaştırılmak suretiyle değerlendirme yapılmalıdır. Zayıf taraf lehine şartlı hukuk seçimine imkân tanıyan bu fıkra hükmü subjektif bağlama kuralı olarak adlandırılmaktadır¹⁶.

İş sözleşmeleri söz konusu olduğunda ekonomik açıdan daha zayıf konumda bulunan, iş koşullarının müzakerelerinde işverenle eşit şartlara sahip olmayan işçinin korunması gerektiğine ilişkin düzenlemeler birçok milletlerarası özel hukuk kanununda mevcuttur¹⁷. Yabancılık unsuru ihtiva eden sözleşmelerde taraflarından birisinin sosyal ve ekonomik bakımdan korunmaya muhtaç olduğu düşüncesi 1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma Sözleşmesi ve Roma I Tüzüğünde de düzenlenmiştir¹⁸.

¹⁴ MÖHUK m. 1/2 Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır hükmü gereği uygulanacak iş sözleşmesi ile ilgili bir milletlerarası sözleşme varsa, hâkim öncelikle iki veya çok taraflı anlaşmada belirlenen hukuku uygulayacaktır. Örneğin Türkiye-Katar İşgücü Anlaşması m. 8; AYGÜL, ERDOĞAN, s. 765.

¹⁵ ÇELİKEL, ERDEM, s. 430.

¹⁶ DOĞAN, s. 392 Milletlerarası özel hukukta, yabancılık unsuru içeren borç ilişkilerine uygulanacak hukuka karar verilirken (i) taraf iradelerine bağlama (irade özerkliği-sübjektif bağlama kuralı) ve (ii) objektif ölçütlere bağlama (objektif bağlama kuralı) olmak üzere ikili bir sisteme tabiidir. Bkz. DOĞAN, s. 372-383.

¹⁷ Alman MÖHUK m. 30; İsviçre MÖHUK m. 121; Avusturya MÖHUK m. 44, Bkz. ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 354.

¹⁸ ÇELİKEL, ERDEM, s. 422; TARMAN, s. 524.

İş hukukumuzda emredici hükümler, mutlak ve nispi emredici hükümler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici hükümler, işçi lehine bile olsa aksi kararlaştırılmayan normlar öngörür. Nispi emredici hükümler ise asgari normları belirleyen ve işçi lehine olmak kaydıyla değiştirilebilen kuralları belirler¹⁹. Yabancı hukuklarda da iş hukuku ile ilgili benzer emredici düzenlemeler bulunmaktadır. Uygulanacak hukukun belirlenmesi sırasında tarafların seçtiği hukukun zayıf tarafı koruyucu nitelikli emredici hükümler ile mutad işyeri hukukun zayıf tarafı koruyucu emredici hükümleri kıyaslanacak ve yararlılık karşılamasına tabii tutulacaktır. Bu sebeple işçinin mutad işyeri hukukunun koruyucu hukuk olduğu belirtilmektedir²⁰.

Öğretide, seçilen hukuk ile mutad iş yeri hukuku arasında hangi hukuka göre işçinin daha çok korunduğunun tespiti yapılırken, birbiri ile ilgili hükümlerin bir tek tek mi, toplu mu yoksa grup olarak mı incelenmesi gerektiği tartışma konusu olmaktadır.²¹ Bütün hükümler tek tek karşılaştırılarak işçinin lehine olan hükümlerin seçilmesi yöntem olarak doğru kabul edilmemektedir. Zira karşılaştırma ne kadar dar alanda yapılır ise menfaatlerin zayıf olan taraf lehine toplanma ihtimali de artacaktır. Her ne kadar hangi hükmün işçiyi daha çok koruduğuna yönelik tek tek karşılaştırma yapılmasının işçinin menfaatine olacağı düşünülse de, bu karşılaştırma işvereni cezalandırmak anlamına gelebilecektir. Ayrıca böyle bir karşılaştırma neticesinde hiçbir ülkede uygulanma kuvvetine haiz olmayan bir hukuk yaratılacaktır²².

Türk iş hukukunda yer alan emredici hükümlerin işçi menfaati yanında kamu menfaatini de gözetmesi (müdahaleci-koruyucu niteliği) ve istihdam sağlayan işverenlerin menfaatlerini dengelemesi gerektiği prensibini dikkate aldığımızda grup olarak karşılaştırma yaparak birbirleriyle bağlantılı hükümleri birlikte değerlendirmenin daha yararlı ve elverişli olacağı öğretide belirtilmektedir.²³

Görüldüğü üzere kanun koyucu, tarafların iş sözleşmesine uygulanacak hukuku aralarında seçebileceğini düzenlemiştir. Ancak, taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçseler dahi objektif bağlama kuralı kapsamında seçilen hukuk işçiyi koruyan emredici hükümlerden daha dezavantajlıysa, seçilen hukuk uygulanamayacaktır. Bu düzenlemeyle kanun koyucu, iş hukukuna hâkim olan işçinin korunması ilkesini, bağlama kurallarına da

¹⁹ ÇELİK, CANIKLIOĞU, CANBOLAT, s. 25; EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BASKAN, s. 15.

²⁰ GÜNGÖR, s. 197.

²¹ DOĞAN, s. 394.

²² ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 358.

²³ ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 359; DOĞAN, s. 394; TARMAN, s. 537

yansıtmakta ve işçinin işini gördüğü ülkedeki hukuk sistemiyle asgari düzeyde korunan haklarının başka bir ülke hukukunun seçilmesiyle bertaraf edilmesini önlemektedir. Bu nedenle mutad işyerinin hangi ülke hukukuna işaret ettiğinin ve asgari koruma normlarının ne anlama geldiğinin belirlenmesi gerekmektedir²⁴.

B. Asgari Koruma: Mutad İşyeri

Yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmelerinde mutad işyerinin bulunduğu yerin tespiti uygulanacak hukukun ve bu hukukun sınırlarının belirlenmesinde özel öneme sahiptir. Bu nedenle mutad işyeri hukuku ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşması gerekmektedir.

Türk iş hukukunda kanuni bir terim olarak mutad işyeri kavramı değil, işyeri kavramı kullanılmakta; ancak işyeri tanımının içine, iş organizasyonu kapsamında yer alan işyerine bağlı yerlerin, eklentilerin ve araçların da dâhil olduğu kabul edilmektedir²⁵.

Türk iş hukukunda işyerinin kapsamı tespit edilirken, öncelikle işin yapıldığı yer esas alınmaktadır. Mal ve hizmet üretimine yönelik teknik amacın esas itibarıyla gerçekleştirildiği alan, işin yapıldığı yer olarak ifade edilebilir²⁶. İkinci olarak iş organizasyonu kapsamında ya da iş organizasyonuna bağlı yerler de Kanunda işyerine dâhil yerler olarak kabul edilmiştir²⁷. Bu bağlamda her işyerinin örgütlenmiş bir bütün olduğu ifade edilebilir²⁸. Bir işyerinin mal veya hizmet üretiminin yapıldığı yer dışında ayrı bir yeri kullanması durumunda bunların tek bir işyeri sayılabilmesi için, işin yapıldığı yerin işyerine nitelik, hukuki ve yönetim açısından bağlı olması gerekmektedir²⁹.

Milletlerarası özel hukukta mutad işyeri, işçinin işi nitelik, nicelik ve süre bakımından fiilen ve ağırlıklı olarak ifa ettiği yer olarak kabul edilmektedir³⁰. Buna göre mutad işyeri belirlenirken, bireysel iş sözleşmesinin konusu göz önüne alınarak, işçinin işini nitelik, nicelik ve süre bakımından yerine getirdiği ya da mesleki faaliyeti ile önemli ölçüde bağlantısı olan yerin dikkate alınması gerekmektedir³¹. Mutad işyerinin belirlenmesindeki en büyük unsur, hizmetin bir bütün olarak belirli bir ülkede yerine getirilmesi gerekliliğidir³².

²⁴ BAYCIK, Yurt Dışı, s. 57.

²⁵ İş Kanunu m. 2/2 RG: 10.6.2003 – 25134.

²⁶ DEMİRCİOĞLU, CENTEL, KAPLAN, s. 46.

²⁷ DEMİRCİOĞLU, CENTEL, KAPLAN, s. 46.

²⁸ DEMİRCİOĞLU, KORKMAZ, KAPLAN, s. 44.

²⁹ EYRENCİ, TAŞKENT, ULUCAN, BASKAN, s. 40.

³⁰ ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 359.

³¹ ÇÖRTOĞLU KOCA, s. 208.

³² TARMAN, s. 534.

Tek bir ülkede ifa edilen sözleşmelerde mutad işyerinin tespiti kolaydır. İşin ağırlıklı olarak yapıldığı yer işçinin geçici olmayacak şekilde fiilen çalıştığı yerdir. Geçiciliğin tespitinde ise, tarafların iradesi, işin niteliği ve süresi gibi hususların dikkate alınır.³³ Objektif bağlama kuralı olarak kabul edilen mutad işyerinin uzun bir süre için dahi olsa geçici olarak değişmesi, bağlama kuralının değişmesi sonucunu doğurmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması örneğin, montaj için yurt dışında görevlendirilmesi durumunda bu işyeri mutad işyeri sayılmayacaktır³⁴. Mutad işyeri hukuku işçinin devamlı olarak çalıştığı ve geçici çalışması bittiğinde döneceği ülkedir.

İşçinin sözleşmesinde belirtilenden farklı ülkede devamlı olarak fiilen iş görmesi halinde ise fiilen iş gördüğü ülke hukukunun mutad işyeri hukuku olarak kabul edilmesi gerektiği öğretide haklı olarak ifade edilmektedir³⁵. 1960 yıllarda Almanya'ya göç eden Türk işçilerin yaptığı gibi işçilerin sadece yabancı ülkede çalışmak üzere işe alınması durumunda, işçinin fiilen çalıştığı yer mutad işyeri olarak kabul edilir³⁶.

Mutad işyerinin tespitinde işin fiilen ve ağırlıklı olarak yapıldığı yer esas alınmalıdır³⁷. Çünkü mutad işyeri, farazi ya da itibari bir bağlama noktası olarak kabul edilmemiştir. İşin mutaden yapıldığı ülke, işçi ve işveren için ortak bağlantı noktasıdır. İşin mutad olarak yapıldığı yerin bağlantı noktası olarak tercih edilmesiyle amaçlanan, aynı yerde çalışan işçilere aynı hukukun uygulanmasını sağlamaktır. Dolayısıyla, mutad işyeri kriteri, sözleşmeye en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlayan ve fiilen çalışılan ülkenin ekonomik, sosyal ve politik amaçlarına hizmet eden bir bağlama noktası olarak tercih edilmektedir. Bu şekilde işçi, fiilen iş gördüğü ülkedeki asgari korumadan yararlanmakta ve bu ülkede iş gören diğer işçilerle aynı hak ve yükümlülüklerle tabi olmaktadır. Bu nedenle bağlantı noktası olarak işin mutaden yapıldığı yerin seçilmesi, çalışma barışına da hizmet etmektedir³⁸.

C. İşverenin Esas İşyeri Hukukunun Uygulanması

İşçinin işini mutad olarak belirli bir ülkede yapmayıp işinin niteliği gereği devamlı olarak birden fazla ülkede yapılması halinde ise iş sözleşmesine uygulanacak hukuk, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukudur³⁹. Örneğin, “*dans ve sirk toplulukları, buz revüleri*

³³ AYGÜL, ÇOBAN, s. 1822.

³⁴ TARMAN, s. 535.

³⁵ ELÇİN, s. 120.

³⁶ BAYCIK, Yurt Dışı, s. 57.

³⁷ AYGÜL, ÇOBAN, s. 1822.

³⁸ ELÇİN, s. 126.

³⁹ ÇELİKEL, ERDEM, s. 432.

*gibi milletlerarası faaliyet gösteren turne toplulukları, devamlı olarak sınır ötesi çalışan uzak yol sürücülere, demir yolu, deniz ve hava yolu ulaşımında çalışan personel veya deniz kazalarında petrol yangınlarında olduğu gibi milletlerarası alanda yardımlaşmayı gerektiren felaketler*⁴⁰ gibi birden fazla ülkede ifa edilen işlerde, mutad işyeri hukuku yerine, MÖHUK m. 27/3'deki işverenin esas işyeri hukukunun uygulanması gerektiği, ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁴¹.

Birden fazla ülkede ifa edilen iş sözleşmeleri bakımından da işverenin esas işyerinden önce öncelikle geniş yorumla, mutad işyeri tespit edilmeye çalışılmalıdır. İşin doğası gereği ya da taraflar arasındaki sözleşmeden dolayı birden fazla ülkede icra edilen sözleşmelerde de mutad işyeri tespit edilebiliyorsa bireysel iş sözleşmesine bu tespit edilen hukuk uygulanmalıdır. Eğer mutad işyeri tespit edilebiliyorsa bir sonraki basamaktaki işverenin esas işyeri bağlama noktasına geçilmemelidir⁴². Bu konuda Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararları her ne kadar bağlayıcı olmasa da Türk hukuku bakımından yol gösterici nitelikte olabilir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarından hareketle birden fazla ülkede ifa edilen sözleşmelerde mutad işyerinin tespitinde Aygün, aşağıdaki temel prensiplere dikkat çekmiştir⁴³:

- İşçinin çalışma faaliyetlerini yerine getirmek amacıyla kurduğu etkin merkez (Mulox, Rutten),
- İşçinin iş seyahatlerinden sonra her seferinde döndüğü bir yerin olması (Mulox, Rutten),
- İşçinin işini organize ettiği yerin ya da özellikle mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki bir ofisin bulunması (Mulox, Rutten),
- İşçinin çalışma amacıyla en çok zaman geçirdiği (time ruling) bir ülkenin bulunması (Weber),
- İşçinin esas olarak işverene karşı çalışma faaliyetlerinin çoğunluğunu yerine getirdiği yer (Koelzsch)

⁴⁰ NOMER, s. 348.

⁴¹ NOMER, s. 348; ÇELİKEL, ERDEM s. 432; ELÇİN, s. 126; ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 360; TARMAN, s. 537.

⁴² AYGÜL, ÇOBAN, s. 1824.

⁴³ AYGÜL, ÇOBAN, s. 1824.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 10 Mayıs 2023 tarihli kararında doğrudan Avrupa Birliği Adalet Divanı kararına atıfta bulunmuştur:

“İşçinin mutad işyeri belirlenirken sözleşme süresinin tamamında belirlenen tüm koşullar dikkate alınmalı, iş görme ediminin düzenli ve sürekli olarak ve bir bütün hâlinde nerede ifa edildiği tespit edilmelidir. Bu sebeple mutad işyerinin belirlenmesi sürecinde işçinin fiili işyeri önem arz etmeyecektir. Avrupa Adalet Divanının bir kararında da işçinin mutad işyeri belirlenirken bu faaliyetin ayırıcı özelliğini ortaya koyan tüm etkenler ışığında, işçinin işverene karşı yükümlülüklerinin büyük kısmının yerine getirildiği yerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir (AAD, Heiko Koelzsch v. Etat du Grand-Duché de Luxembourg C-29/10, 15.03.2011). Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 07.06.1989 tarihli ve 1989/10-316 Esas, 1989/41 Karar sayılı kararında da benzer hususlar vurgulanmıştır”⁴⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun atıf yaptığı *Heiko Koelzsch v État du Grand Duchy of Luxemburg* kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı, işin mutaden yapıldığı ülkenin belirlenmesi için yapılan başvuru üzerine, yerleşim yeri Almanya olan ağır vasıta şoförünün, Avrupa'nın birçok ülkesine çiçek taşıyan Danimarkalı şirketle yaptığı sözleşmede Lüksemburg hukukunun seçildiğini, işin görülmesinde Lüksemburg tescilli kamyonların kullanıldığını, işçinin Lüksemburg sosyal güvenlik sistemine dâhil olduğunu, ancak işçinin iş görme ediminin büyük kısmını Almanya'da gerçekleştirdiğini belirterek, asgari koruma güvencesinin mutad işyeri hukuku olan Almanya hukukuna göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁵. Karardan da açıkça görüleceği üzere, Divan, işçinin dâhil olduğu sosyal güvenlik sistemini, işyerini oluşturan araçların tescilli olduğu yeri veya işçinin mutad meskenini değil, doğrudan işçinin işinin büyük kısmını ifa ettiği ülkeyi, işin mutaden yapıldığı ülke olarak belirlemiş ve bu ülkenin sağladığı asgari korumadan işçinin mahrum edilmemesi gerektiğine hükmetmiştir.⁴⁶

Yüksek Mahkemeler son yıllarda verdiği kararlarda sık sık Avrupa Birliği Adalet Divanı kriterlerin bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde asgari koruma olan mutad işyeri hukukunun tespitinde esas alınabileceğini ifade etmektedir. İşin mutaden görüldüğü yerin belirlenmesinde önemli olanın, işçinin iş görme edimini ağırlıklı olarak nerede yerine getirdiğidir. Ancak bütün kriterler neticesinde, mutad işyerinin her hâl ve kârda tespit

⁴⁴ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

⁴⁵ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 March 2011, Heiko Koelzsch v État du Grand Duchy of Luxembourg, Case C-29/10, ECLI:EU:C:2011:151.

⁴⁶ BAYCIK, Yurt Dışı, s. 57.

edilememesi durumunda, MÖHUK m. 27/3 gereğince işverenin esas işyeri hukuku uygulanmalıdır⁴⁷.

D. Daha Sıkı İlişkili Hukukun Uygulanması

MÖHUK'un 27/4. fıkrasında, iş sözleşmesi taraflarınca herhangi bir hukuk seçimi yapılmaması halinde, mutad işyeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması yönünde hâkime takdir yetkisi tanınmıştır.⁴⁸ Bu noktada, iş sözleşmesinin tarafları arasında hukuk seçimi yapılması halinde, daha sıkı ilişkili hukuk araştırması yapılmayacağını ve hâkime takdir yetkisi tanınmadığı belirtmek isteriz. Taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı zaman hâkime tanınan takdir yetkisi, hem daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesine hem de bu hukukun uygulanmasına ilişkindir. Daha açık bir anlatımla, hâkim daha sıkı ilişkili hukuku kendisi tespit edeceği gibi, daha sıkı ilişkili hukuk bulunmasına rağmen mutad işyeri hukukunu uygulamaya devam da edebilme yetkisine sahiptir.⁴⁹ Hâkim kendisine tanınan bu yetki sayesinde somut olayda MÖHUK m. 27'nin 2.ve 3. fıkralarında belirtilen bağlama kuralı ile sağlanamayan milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamış olacaktır⁵⁰.

MÖHUK m. 27/4 uyarınca hâkimin, bütün durum ve koşulları dikkate alarak daha sıkı ilişkili hukuku belirlemesi gerekir. Bu itibarla hâkim, işçinin menfaatlerini daha fazla koruyan daha sıkı irtibatlı bir hukuku bulunması halinde, bu hukukun uygulanmasına imkân sağlanmalıdır⁵¹. Ancak burada unutulmaması gereken, uygulanacak hukuk belirlenirken bunun, uyuşmazlık konusu iş sözleşmesi açısından mutad işyeri kabul edilen ülkeye göre gerçekten daha sıkı ilişkili olması gerektiğidir⁵². Başka bir ifade ile işçinin mutad işyerinin işçiyi koruyacak standarda sahip olmaması halinde, MÖHUK m. 27/4'e başvurulması gerekmektedir⁵³. Örneğin, bir Türk işçinin çalıştırılmak üzere gönderildiği yabancı ülkedeki mutad işyeri hukukun Türk iş hukuku kuralları seviyesinde işçiye koruma sağlayamadığı durumlarda ve taraflarca sözleşmeye uygulanacak bir hukuk seçimi de yoksa somut uyuşmazlığın hâl ve şartlarından daha sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olduğu sonucuna ulaşılabiliyorsa, hâkim tarafından işçinin menfaati gereği Türk hukuku uygulanmalıdır. Ancak takdir yetkisini kullanmadan önce işçinin mutad işyeri hukuka ile daha sıkı irtibat halinde

⁴⁷ AYGÜL, ÇOBAN, s. 1824.

⁴⁸ ERTEN, s. 237.

⁴⁹ ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 360.

⁵⁰ ÇELİKEL, ERDEM, s. 432.

⁵¹ ŞANLI, ESEN, ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 361; DOĞAN, s. 397.

⁵² BAYCIK, Yurt Dışı, s. 59.

⁵³ ELÇİN, s. 128-129.

bulunan Türk hukuku arasında hangisinin işçinin menfaatlerini daha fazla koruduğunu mutlaka araştırmalıdır.

Hâkim daha sıkı ilişkili yer hukuku açısından somut olaydaki tüm hâl ve koşulları değerlendirirken, iş sözleşmesi taraflarının ortak vatandaşlıkları ya da ortak ikametgâhları, iş sözleşmesinin akdedildiği yer, iş sözleşmesinde kullanılan dil, ücretin ödeneceği para birimi, işverenin iş faaliyetlerinin merkezi, iş sözleşmesinin belirli bir hukuk düzenine özgü temel dikkate alınarak düzenlenmiş olması veya bu hukuk düzeninde uygulanmakta olan bir sözleşmeye atıfta bulunulmuş olması gibi ölçütleri dikkate alabilir⁵⁴. Daha sıkı ilişkili yer hukukunun tespitinde, burada örnek verdiğimiz koşullar ve benzerlerinin ağırlıklı olarak bir hukuk düzenine işaret ediyor olması beklemektedir. Bu sayede daha sıkı ilişkili hukuk gerçek durum ve menfaatler dikkate alınarak belirlenebilecektir.

III. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINI SINIRLAYAN HÂLLER

Milletlerarası özel hukuk sisteminde hâkimin önüne gelen uyuşmazlığa yabancı hukuk kuralını uygulamasının önüne geçen hâllerden biri kamu düzeni, bir diğeri ise doğrudan uygulanan kurallardır. Her iki kavramın da yüksek mahkeme kararı ile bağlantısı mevcuttur. Zira işçinin menfaatlerini korumak isteyen mahkemeler MÖHUK m. 27'yi uygulamak yerine hatalı olarak MÖHUK m. 5 veya MÖHUK m. 6'ya başvurmaktadır. Bu nedenle, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurullarının yabancılık unsuru taşıyan iş hukuku sözleşmeleri açısından önem taşıyan yönleri ele alınacaktır.

A. Kamu Düzeni

MÖHUK'un 5. maddesindeki "*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk Hukuku uygulanır*" düzenlemesi uyarınca, yetkili yabancı hukukun ilgili hükmünün yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığa uygulanmasıyla ortaya çıkan durum, Türk kamu düzenine açık ve tahammül edilemez aykırılık oluşturursa, anılan yabancı hüküm yerine Türk hukuku uygulanmalıdır. Bu noktada, iç hukukta emredici hukuk kurallarının öngörüldüğü her durumun milletlerarası özel hukuk açısından kamu düzeni müdahalesini doğrudan gerektirmeyeceği bilinmelidir⁵⁵. Kamu düzeni müdahalesi sınırlı ve istisnai niteliktedir⁵⁶. Hâkimin hukukundan içerik olarak ayrılan yabancı hukukun

⁵⁴ ELÇİN, s. 152; ERDOĞAN, s. 130; SARIÖZ BÜYÜKALP, s. 238.

⁵⁵ DOĞAN YENİSEY, s. 66; ERDOĞAN, ERDOĞAN, s. 981.

⁵⁶ NOMER, s. 158; ERDOĞAN, ERDOĞAN, s. 978-979.

uygulanmasıyla oluşacak basit farklılıklar kamu düzeni müdahalesi için yeterli görülmemektedir⁵⁷.

Yabancı unsurlu iş hukuku uyuşmazlıklarında MÖHUK'un 5. maddesinde düzenlenen kamu düzeni müdahalesinden söz edilebilmesi için, yetkili yabancı hukuk hükmü uyuşmazlığa uygulanmalı, açık ve tahammül edilemez kamu düzeni ihlali tespit edilmeli, bu nedenle yabancı hukukun başka bir hükmü araştırılmalı ve ancak uygulanacak başka bir hüküm bulunmaması halinde ve sadece uyuşmazlık konusuyla ilgili olarak sınırlı bir şekilde Türk mevzuatındaki hüküm uygulama alanı bulmalıdır⁵⁸. Türk iş hukukundaki hükümlerin büyük çoğunluğunun emredici nitelikte olduğuna yönelik genel bir gerekçeyle yetkili yabancı hukuk hükmü, uyuşmazlığa uygulanmaksızın ve dolayısıyla herhangi bir karşılaştırma yapılmaksızın her yabancı unsurlu iş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa kamu düzeni dolayısıyla Türk hukukunun külliyen uygulanması, MÖHUK'un 5. maddesinin amacını aşmakta ve kanuna aykırılık teşkil etmektedir⁵⁹.

B. Doğrudan Uygulanan Kurallar

MÖHUK'un 6. maddesindeki "*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*" hükmü uyarınca yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinde MÖHUK 27. maddesinin hangi fıkrası uygulanırsa uygulansın, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının somut uyuşmazlıkta başka herhangi bir inceleme yapılmaksızın uygulanması gerekir⁶⁰. Anlaşılacağı üzere, ilgili olaya doğrudan uygulanan kuralın kapsamında yer aldığı durumlarda, yabancılık unsuru taşıması nedeniyle hakkında esasen kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulması gereken bir uyuşmazlık hâkim tarafından başkaca bir inceleme yapılmaksızın doğrudan uygulanan kural aracılığıyla çözüme kavuşturulmaktadır⁶¹. Bu itibarla, doğrudan uygulanan kurallar, devletin sahip olduğu ekonomik ve sosyal politikalar çerçevesinde, çoğunlukla kamu çıkarına hizmet etmek üzere konulan ve varlığını özel hukuk alanına müdahale ederek gösteren zorunlu hükümlerdir⁶².

⁵⁷ NOMER, s. 158; ERDOĞAN, ERDOĞAN, s. 982.

⁵⁸ BAYCIK, Yurt Dışı, s. 61.

⁵⁹ GÜRSEL, s. 171.

⁶⁰ NOMER, s. 183; ELÇİN, s. 162.

⁶¹ KORKMAZ, s. 575.

⁶² ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 52.

Mevzuatımızda hangi kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğe sahip olduğu belirli olmadığından, doğrudan uygulanan kuralları belirleme yetkisi ve görevi hâkime aittir. Doğrudan uygulanan kurallar kamu menfaati ağır basan istisnai ve özel kurallardır. Bu nedenle bireysel menfaatleri koruma altına alan, sözleşme tarafları arasında denge sağlama amacı olan nispi veya mutlak emredici hükümlerin doğrudan uygulanması gereken kural niteliği taşıdığı sadece emredicilik nitelikleri dolayısıyla ileri sürülemez⁶³. Başka bir anlatımla, emredicilik özelliğinden dolayı iç hukukta öngörülen tüm emredici hükümlerin milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan kural gibi uygulanabileceği düşünülmemelidir⁶⁴.

İş hukukundaki emredici hükümlerin bir bölümü, iş sözleşmesinin kuruluşunu, tarafların bu sözleşmeden doğan hakları ile borçlarını ve iş ilişkisi kapsamındaki çalışma koşullarını düzenlerken, bir bölümü de iş sözleşmesinin sona ermesi ve buna bağlı sonuçları düzenler⁶⁵. İş sözleşmesinin kuruluşu ve devamı süresince ortaya çıkan çalışma koşullarına ilişkin kurallar, bütün bu süreçlerde işveren karşısındaki pazarlık gücü zayıf olan işçinin hem maddi ve manevi kişisel varlığı bakımından hem de ekonomik açıdan korunmasına yöneliktir. Örneğin, iş sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması, ancak İş Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen hâllerde mümkün olup, buna ilişkin kurallar mutlak emredicidir. Asgari ücret, fazla çalışma ücretleri, yıllık izin süreleri gibi düzenlemeler ise nispi emredici niteliktedir.

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshine bağlanan sonuçlar ise, işsiz kalan ve ekonomik açıdan belirsizliğe düşen işçiyi koruma amacı taşımaktadır. İş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından, sadece işe iade imkânı değil, maddi haklar da öngörülmüştür. Ayrıca, iş güvencesi hükümleriyle sağlanan haklardan başka, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı ve işsizlik sigortası, hatta rekabet yasağı sözleşmesinin devamı bile fesihle yakın ilişkidir.⁶⁶ Dolayısıyla, iş sözleşmesinin feshi ve buna bağlanan sonuçlar da mevzuatta nispi (örn.: iş sözleşmesinin süreli feshinde bildirim süreleri, kıdem tazminatına hak kazanma koşulları, iş güvencesi kapsamına girmenin koşulları) veya mutlak (örn.: kıdem tazminatı tavanı, iş güvencesi ile işçiye tanınan maddi hakların sınırı) emredici kurallarla düzenlenmiştir⁶⁷.

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi iş hukuku kurallarının birçoğunun emredici olduğu, ancak sadece bu sebeple iş hukukundaki tüm nispi veya mutlak emredici hükümlerin

⁶³ BAYCIK, s. 60.

⁶⁴ GÜRSEL, s. 172.

⁶⁵ ELBİR, s. 291.

⁶⁶ GEREK, s. 47.

⁶⁷ DEMİRİOĞLU, CENTEL, KAPLAN, s. 169.

doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyamayacağı ifade edilmektedir⁶⁸. Doğrudan uygulanan kuralların, diğer emredici düzenlemelerden daha emredici olduğu, bu kuralların genellikle idari veya cezai yaptırımlarla desteklendiği ifade edilmektedir⁶⁹. Bu itibarla söz konusu kuralların diğer emredici kurallardan “daha emredici olduğu”, “emredici niteliğinin daha güçlü olduğu” veya “kamu menfaatine önemli ölçüde hizmet ettiği” kabul edilmektedir⁷⁰. Bu nedenlerle, yabancılık unsuru içeren iş hukuku sözleşmelerinde sadece işçiyi korumayı amaçlayan kurallarının değil devletin ekonomik, siyasi ve sosyal hedeflerini, çalışma barışını ve toplum düzenini koruma altına alan ayrımcılık yasağı, sosyal güvenlik hakkı, sendikal özgürlükler, sakat ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğü, doğum izni gibi kamusal yaptırımlarla desteklenen ve kamusal menfaati daha ağır basan kuralların bu niteliğe sahip olduğu kabul edilmektedir⁷¹.

IV. KONUYA İLİŞKİN YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARININ YERİNDELİĞİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2020 yılı sonlarına kadar, yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinden doğan her davada, MÖHUK m. 27 çerçevesinde yetkili yabancı hukuk araştırması ve bu hukuktaki hüküm ile Türk kamu düzeni karşılaştırması yapmaksızın, doğrudan “*maddi olgulara ve emredici kurallara göre*” veya “*iş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesi uyarınca*” gerekçeleriyle doğrudan ve sadece Türk hukukunu uygulamasına ilişkin kararlar vermekte ve milletlerarası özel hukuk hükümlerine aykırı davranmaktaydı⁷². Ancak 10 Mayıs 2023 tarihli aşağıda inceleyeceğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında görüleceği üzere günümüzde birçok BAM kararı ve çoğunluk kararına karşı oy belirten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu üyesi halen bu yöndedir⁷³. Hukuk Genel

⁶⁸ ELÇİN, s. 166-176.

⁶⁹ VURAL ÇELENK, s. 286.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ NOMER, s. 182-286; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Sözleşmeler, s. 128-137; ERTEN, s. 239; ELÇİN, s. 168-169.

⁷² Y. 9. HD, T. 06.11.2012, E. 2012/15508 K. 2012 36421: Lexpera, (E.T. 30.11.2023). (işçinin haklarını gözetmek adına uyuşmazlığın çözümü noktasında seçilmiş dahi de olsa uygulanacak hukukun yabancı hukuk yerine Türk Hukuku olması gerektiği ve bu işçilik alacaklarının kamu düzeninden kaynaklandığı görüşü benimsenmiştir.); Y. 9. HD, T. 08.11.2016, E. 2016/22007, K. 2016/19549: Lexpera, (E.T. 30.11.2023). (işveren yabancı şirketin, ortağı olan Türk işveren ile organik bağ içinde bulunduğu, bu nedenle işverenin de işçinin de Türk olduğu, ücretin Türk banka hesaplarına yatırıldığı husularını ve en önemlisi iş hukukunun emredici yapısını dikkate alarak MÖHUK m. 27 yerine Türk Hukukunu uygulama yolunu tercih etmiştir.); Benzer kararlar için bkz. Y. 9. HD, T. 8.4.2014, E. 2014/489, K. 2014/13452: Lexpera, (E.T. 30.11.2023); Y. 7. HD, T. 24.10.2013, E. 2013/10105, K. 2013/17312: Legalbank, (E.T. 30.11.2023).

⁷³ İstanbul BAM 47. HD, T. 16.12.2021, E. 2020/1960, K. 2021/2616: Lexpera, (E.T. 24.11.2023); İstanbul BAM 47. HD, T. 08.12.2021, E. 2020/10, K. 2021/24: (E.T. 29.11.2023).

Kurulu'nun çoğunluğunun verdiği kararda ise öğretideki eleştirileri dikkate aldığı ve kamu düzeni müdahalesini ve doğrudan uygulanan kuralları milletlerarası özel hukuk esaslarıyla bağdaşır şekilde tatbik etmeye çalıştığı görülmektedir⁷⁴.

02.09.2020 tarihinden itibaren Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin üyeleri değişmiş ve 10 Mayıs 2023 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da kabul edilen yerleşmiş içtihat o tarihten itibaren oluşturulmuştur⁷⁵. Dolayısıyla Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin yabancılık unsuru taşıyan iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanması gereken hukuka ilişkin içtihadını teyit eden Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10 Mayıs 2023 tarihli kararın değerlendirmek gerekmektedir⁷⁶.

İlgili uyuşmazlıkta davacı işçi, işverene ait yurt dışında bulunan şantiyelerinde 01.11.2002-08.05.2015 tarihleri arasında fasıllı olarak, 06.06.2013-08.05.2015 tarihleri arasında ise sözleşmeli olarak çalıştığını ve ücretinin USD üzerinden ödendiğini ve iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının davalı işverenden tahsilini talep etmiştir. Davalı işveren ise davacı işçinin yurt dışı şantiyelerinde çalışması sebebiyle uyuşmazlığın yabancı hukuka göre çözümlenmesi gerektiğini savunmuştur⁷⁷.

İlk Derece Mahkemesi, davalı işverenin yabancı hukukun uygulanması gerektiği savunmasına değer vermeksizin, uyuşmazlığa Türk hukuku uygulanmak suretiyle yargılamış ve sonuçlandırılmıştır. İstinaf kanun yolu incelemesinde de davalı işverenin bu yöndeki istinaf başvurusu; davacı işçi yurt dışında çalışmış ise de davalı işverenin Türk şirketi olup, işyerinin merkezinin de Türkiye olduğu gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Dolayısıyla, İlk Derece ve Bölge Adliye Mahkemesince davalı işverenin yabancı hukukun uygulanması gerektiği savunmasına itibar etmeyerek, uyuşmazlığı Türk hukukunu uygulanmak suretiyle karara bağlamıştır⁷⁸.

⁷⁴ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

⁷⁵ Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nca kabul edilen 07.07.2020 tarihli ve 173 sayılı kararla açıklanan "aynı işe farklı dairelerin bakması sebebiyle kararlar arasında farklılıkların olması bu sebeple sık sık içtihadı birleştirme yoluna gidilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nce hak ihlali kararlarının verilmesi" şeklinde belirtilen yasal ve "Dairelerin mevcut iş yükü ile birlikte üye ve tetkik hâkimi sayılarındaki farklılıklar emek ve performans kaybına neden olduğu" şeklindeki fiziki zorunluluklar sebepleri belirtilerek 13., 19., 20., 21. ve 22. Hukuk daireleri kapatılmıştır. Söz konusu kararla 22.Hukuk Dairesi 02.09.2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kapatılmış ve bu dairenin arşivinde bulunan işler 02.09.2020 tarihi itibarıyla 9.Hukuk Dairesi'ne devredilmiştir.

⁷⁶ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

⁷⁷ İstanbul BAM 47. HD, T. 16.12.2021, E 2020/1960, K. 2021/2616.

⁷⁸ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi davacı işçinin, işverenin yurt dışı işyerlerinde 01.11.2002-08.05.2015 tarihleri arasında fasıllı olarak çalıştığı dönemlerde taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı için ve fasıllı çalışıldığı için Türk hukukunun ve 4857 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanmasında bir isabetsizlik olmasa da 06.06.2013-08.05.2015 tarihleri arasındaki çalışma dönemine ilişkin imzalanan 05.06.2013 tarihli yurt dışı iş sözleşmesinin tarafların iş ilişkisindeki hak ve yükümlüklerine ilişkin bölümünde yer alan çalışma süresi, fesih, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağı ve yine sözleşmenin 16. maddesinde anlaşmazlık durumlarında sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olacağı belirtilmiş, ayrıca ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatının, bu hususta bir düzenleme olmaması hâlinde Türk mevzuatının uygulanacağını ifade etmiştir⁷⁹. Ayrıca, davacı işçi, dava konusu alacakların ait olduğu söz konusu çalışma döneminde davalıya ait Rusya'da bulunan işyerinde çalışmış olup, bu durumda ilgili dönemde mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı Rusya olduğunun sabit olduğunu tespit etmiştir⁸⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tüm bu hususları dikkate alarak, MÖHUK m. 27/1. hükmü kapsamında taraflar arasında davacı işçinin 06.06.2013-08.05.2015 tarihleri arasındaki çalışma dönemi yönünden bir hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan, dava konusu alacakların ait olduğu söz konusu çalışma dönemi hakkında Rusya hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Bu itibarla Rusya hukukunda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle, dava konusu uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılması ve dosya kapsamındaki delil durumu birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği belirterek İstanbul BAM 47. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2021 tarihli ve 2020/1960 Esas, 2021/2616 Karar sayılı ilamını bozmuştur.

BAM bu karar karşı direnmiştir⁸¹. Bölge Adliye Mahkemesi Türkiye'den yurt dışına çalıştırılmak üzere götürülen davacı işçi ile imzalanan matbu nitelikteki yurt dışı hizmet akdinin bir kısım maddelerinde hukuk seçimine ilişkin hükümler bulunduğunu kabul etmekle birlikte işverenin işçiyi çalışılan ülke mevzuatına tâbi olacağı ve çalışma şartları konusunda bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebiyle 6098 sayılı Türk Borçlar

⁷⁹ Y. 9. HD, T. 05.10.2022, E. 2022/1369, K.2022/1512: Lexpera, (E.T. 24.11.2023); Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

⁸⁰ Y. 9. HD, T. 05.10.2022, E. 2022/1369, K.2022/1512: Lexpera, (E.T. 24.11.2023). Ayrıca benzer karar için bkz. Y. 9. HD, T. 09.03.2022, E. 2022/25, K. 2022/30: (E.T. 29.11.2023).

⁸¹ İstanbul BAM 47. HD, T. 16.12.2021, E 2020/1960, K. 2021/2616: Lexpera, (E.T. 24.11.2023). Ayrıca benzer BAM kararı için bkz. İstanbul BAM 47. HD, T. 08.12.2021, E. 2020/10, K. 2021/24: (E.T. 29.11.2023).

Kanunu'nda düzenlenen, iş hukukundaki görünümü genel iş koşulları olan genel işlem koşullarına ilişkin hükümler karşısında geçerli kabul edilemeyeceği ayrıca işçilerin Türkiye'de açtıkları davalarda kamu düzeni yönünden Türk iş hukukunun uygulanması gerektiği yönünde yerleşik içtihatlar bulunduğu, bu nedenlerle 5718 sayılı Kanun'un 27'inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Türk iş hukukunun uygulanmasına ilişkin kabulün yerinde olduğu, ayrıca tarafların Türkiye'de olduğu, davacının izinlerini Türkiye'de kullandığı, yerleşim yerinin ve sosyal çevresinin, kazandığı ücretini harcadığı yerin Türkiye olduğu, Türkiye'de sosyal güvence sistemi içinde yer aldığı, ücretinin brütleştirilmesinin dahi 5510 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınarak yapıldığı, iş sözleşmesinin de Türkiye'de akdedildiği, Türkçe düzenlenen sözleşmede Türk hukukuna göre çalışma şartlarının belirlendiği, feshin Türk Hukukuna göre yapıldığı, bu hâli ile fiili uygulamanın Türk hukukuna göre olduğu ve iş sözleşmesindeki hukuk seçimine ilişkin hükmün taraflarca uygulanmadığı, taraflar açısından daha sıkı ilişkili hukukun Türk hukuku olduğu gerekçesiyle önceki hükümde direnilmiştir⁸².

Görüldüğü üzere, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde yapılan hukuk seçiminin geçerli ve bağlayıcı olduğunu kabul etmekte; bu halde uyuşmazlığa uygulanacak hukuk bakımından seçilen hukukun tercih edilmesi gerektiğini haklı olarak karara bağlamaktadır.⁸³ Bölge Adliye Mahkemesi ise eski tarihli Yargıtay kararlarına atıf yapılarak ve yukarıda yer verdiğimiz MÖHUK m. 27'nin getirdiği objektif bağlama kuralına riayet edilmeksizin, hukuk seçimi bulunmasına rağmen, taraflar arasında daha sıkı ilişkili hukuk olarak Türk hukukunun uygulanmasına karar vermiştir⁸⁴. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2020 yılından önceki içtihadına atıf yaparak, ayrıca işverenin bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmediği ve genel işlem koşulların emredici niteliği gerekçesiyle hukuk seçimini geçersiz saymış ve MÖHUK m. 27/4 uyarınca daha sıkı ilişkili olan Türk hukukunun uygulanmasına karar vermiştir⁸⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 6098 sayılı Kanun'un genel işlem koşullarına ilişkin hükümlerinin hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliğine gerekçe olamayacağını belirtmek gerekir. Genel işlem koşullarına ilişkin hükümler, hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukukun Türk hukuku olması hâlinde işlev görebilir. Bunun dışında 6098 sayılı Kanun'un bahsi

⁸² İstanbul BAM 47. HD, T. 16.12.2021, E. 2020/1960, K. 2021/2616; Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

⁸³ Y. 9. HD, T. 05.10.2022, E. 2022/1369, K.2022/1512: Lexpera, (E.T. 24.11.2023); Ayrıca benzer karar için bkz. Y. 9. HD, T. 09.03.2022, E. 2022/25, K. 2022/30: (E.T. 29.11.2023).

⁸⁴ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

⁸⁵ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426: Lexpera, (E.T. 24.11.2023).

geçen hükümleri, bunların doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edilmeleri yahut yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde uygulanabileceğini belirterek öğretiden Rıfat Erten'in çalışmasına atıf yapmıştır⁸⁶.

Ayrıca, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi kayıtlarının dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu ileri sürmenin de mümkün olmadığını belirtmiştir. Zira hukuk seçimi yapılmamış olsaydı dahi 5718 sayılı Kanun gereği uygulanacak hukuk mutad işyeri hukukudur. Bu bağlamda yurt dışı iş sözleşmelerinde de çalışılan ülke hukukunun uygulanacağını belirtmesinin mutad işyeri hukukunun seçildiği anlamı taşıdığından dürüstlük kurallarına aykırılığın da söz konusu olmayacağı yönündeki Hukuk Genel Kurulu çoğunluk görüşüne katılıyoruz⁸⁷.

Son olarak Hukuk Genel Kurulunun açık olmayan hükümlerin yorumlanmasında işçi lehine yorum yöntemine başvurulması mümkün olup yorum gerektirmeyecek kadar açık olan hükümlerin işçi lehine yorumlanması olanaklı olmadığı görüşü de yerindedir. Zira işçi lehine yorum ilkesi yabancılık unsuru bulunan uyuşmazlıklarda ancak uygulanacak hukuk açıkça seçilmediğinde ve daha sıkı ilişkili hukukun tespiti bakımından gerektiğinde uygulanabilir. Açıkça hukuk seçimi yapılması durumunda ise daha sıkı ilişkili hukuk yönünden değerlendirme yapılmasına 5718 sayılı Kanun hükümleri karşısında imkân bulunmamaktadır.⁸⁸

Sonuç olarak Hukuk Genel Kurulu MÖHUK'e ve Milletlerarası Özel Hukuk öğretisine yaptığı atıflarla BAM'ın direnme kararında ileri sürdüğü tüm argümanları bozmuştur. Rusya hukuku alanında uzman bilirkişiden rapor alınmak suretiyle dava konusu uyuşmazlıklar bakımından değerlendirme yapılması ve dosya kapsamındaki delil durumu ile değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken Türk hukuku uygulanmak suretiyle sonuca gidilmesi usul ve yasaya çoğunluk kararı ile uygun bulmamıştır.

Çoğunluk kararının yanında Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında azınlık görüşleri değerlendirilmiş ve ayrıca azınlık karşı oy görüşünü yazılı olarak yayınlamıştır.⁸⁹ Karşı oy görüşüne göre hukuk seçimi iş sözleşmelerinin özel niteliği gereği zayıf taraf olan işçiyi korumak amacıyla ancak işçi lehine olmak kaydıyla sınırlı olarak tanınmaktadır. Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinde seçilen hukuka ilişkin hükümlerin

⁸⁶ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426; Lexpera, (E.T. 24.11.2023); Bkz. ERTEN, s. 244.

⁸⁷ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426; BAYCIK, Çalıştırılmak, s. 113; AYGÜL, ERDOĞAN, s. 775.

⁸⁸ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426, BAYCIK, Yurt Dışı, s. 67.

⁸⁹ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

genel işlem koşulu niteliğinde olup matbu hazırlanmıştır. Bu noktada, sözleşme hazırlanırken sözleşmenin yapılması sırasında karşı tarafa olan işçiye uyuşmazlığa seçilen hukukun uygulanacağı hakkında açıkça bilgi verilmemiş, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlanmamış ve işçinin bu koşulları açıkça kabul ettiğinin belirtilmemiştir. Bu nedenle, emredici kurallara aykırı olan genel işlem koşulu niteliğindeki düzenlemeler taraflar için bağlayıcı değildir. 6098 sayılı Kanun'un 21 inci maddesinin emredici düzenlemesi karşısında yazılmamış sayılması gerektiği, bu nedenle Rusya hukukunun uygulanmasına yönelik sözleşme hükümlerinin geçersiz kabul edilmesi gerektiğine karar verilmesini beyan ederek BAM'ın görüşüne katılmıştır. Ayrıca, karşı oy görüşünde taraflar arasında eylemli olarak iş ilişkisinde Türk hukukunun uygulandığı, 5718 sayılı Kanun'un 5. ve 6. maddeleri kapsamında davacısı Türk ve işvereni de Türk hukuk mevzuatına tâbi olan uyuşmazlıkta Türk iş hukukunun doğrudan uygulanan kurallar olması sebebiyle Türk hukukunun uygulanmasının isabetli olduğunu ve direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu görüşü ileri sürmüştür. Ancak bu görüşler Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir⁹⁰.

Yukarıda hukuki değerlendirme bölümünde detaylıca açıkladığımız üzere, MÖHUK m. 27/1'de "*İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuk tâbidir*" düzenlemesini havi olup, asgari koruma zaten mutad işyeri hukuku; işçinin çalıştığı ülke hukukudur. 10 Mayıs 2023 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında konu olayda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve YHG çoğunluk görüşü işçinin yurt dışında sözleşmeli olarak çalıştığı dönem için seçilen hukuk olan çalışılan Rusya ülke hukukunun uygulanması gerektiğini, bu halde zaten asgari korumanın da Türk hukuku değil, çalışılan ülke hukuku normlarıyla getirildiğini, İstanbul BAM 47. Hukuk Dairesinin direnme kararında ve direnme kararına destek veren karşı görüşünde ise; asgari korumanın sanki Türk hukukuyla sağlandığına dair bir yasa düzenlemesi varmış gibi, bu şekilde bir yorum yaparak doğrudan Türk hukukunu uygulamasının MÖHUK m. 2 ve MÖHUK m. 27 ile kesinlikle bağdaşmadığı ve bu yasa hükümlerinin ilk derece mahkemesi ve BAM kararıyla ihlal edildiği kanaatindeyiz⁹¹.

Zira iş hukukunun emredicilik yönü ve işçinin korunması ilkesinden yola çıkılarak MÖHUK m. 5'te düzenlenen kamu düzeninin birbirinden farklı kavramlar olduğu, dolayısıyla iş mevzuatımızın nispi ve mutlak emredici hükümler getirerek işçiyi asgari bir korumaya kavuşturmasının, MÖHUK md.5'teki kamu düzeni kavramı içinde değerlendirilemeyeceği

⁹⁰ Y. HGK., T. 10.05.2023, E. 2022/985, K. 2023/426.

⁹¹ GÜRSEL, s. 183.

yukarıda açıklanmıştı. Aynı şekilde iş hukuku kurallarının birçoğunun emredici olduğu, ancak sadece bu sebeple iş hukukundaki tüm nispi veya mutlak emredici hükümlerin MÖHUK m. 6'da belirtilen doğrudan uygulanan kural niteliği taşımamaktadır. Bu nedenle, yabancılık unsuru içeren bireysel iş sözleşmelerinde taraflarca seçilen hukukun Türk genel işlem koşullarına aykırılık nedeniyle yazılmamış sayılması, iş hukukunun emredici kuralları gibi MÖHUK m. 27'yi aşmaya çalışan yorumlarla, esasında yasanın açıkça ihlal edildiğini belirtmek gerekir. BAM'ın ve Karşı Oy görüşünün bu yorumu ve kararı, kanımızca MÖHUK m. 2 ve 27'nin açık ihlali niteliği taşımaktadır⁹².

SONUÇ

Yabancılık unsuru içeren iş sözleşmelerinde 5718 sayılı MÖHUK'un 27. maddesinde objektif bağlama kuralı ile belirlenen mutad işyeri hukuku, seçilen hukuk olarak kararlaştırılmıştır. Kanunun objektif bağlama kuralı ile yetkili kıldığı yabancı hukukun, ayrıca sözleşme ile tercih edilmesi ne geniş anlamda ne de dar anlamda içerik denetimine aykırılık oluşturur. Açıklanan nedenlerle, yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde tarafların seçtiği hukuk veya asgari koruma sağlayan mutad işyeri hukuku iş ilişkisi açısından asıl bağlayıcı ve geçerli olan hukuktur.

Geçerli bir hukuk seçiminin söz konusu olduğu yabancı unsurlu iş sözleşmelerinde MÖHUK'un 2/1. ve 27/1. maddeleri uyarınca hâkimin seçilen hukuku uyuşmazlıkta uygulaması gerekir. Bu durumda seçilen hukuka getirilen sınır, mutad işyeri hukukunun asgari koruma normları, anılan Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen kamu düzeni müdahalesi ile 6. maddesinde düzenlenen Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarıdır. Hukuk seçiminin varlığı halinde işverenin işyeri hukukunun veya daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması mümkün değildir.

Bu nedenle, çalışılan ülke hukukundaki düzenlemenin somut uyuşmazlıkta uygulanarak sonuçlarının kamu düzenini açık ve tahammül edilemez ihlali tespit edilmeksizin veya Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kurallar belirlenmeksizin "işçinin korunması ilkesi" veya "iş hukukunun emrediciliği" yahut "genel işlem koşullarına aykırılık" gibi gerekçelerle ve külliyen Türk hukukunun uygulanması 5718 sayılı Kanuna aykırılık teşkil eder. Buna rağmen güncel BAM kararlarında ve 10 Mayıs 2023 tarihli HGK kararının karşı oy görüşünde anılan

⁹² ERTEN, s. 248 vd.; BAYCIK, Yurt Dışı, s. 67.

gereçeklerle Türk hukukunun doğrudan uyuşmazlık konusuna uygulandığı ve bu şekilde MÖHUK m. 27'nin ihlal edildiği görülmektedir.

Kanaatimizce yabancı unsurlu iş sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde mutad işyeri hukuku özel bir öneme haizdir. Tarafların seçtiği hukuk bir şekilde uygulanmayacak olsa bile mutad işyeri hukuku asgari koruma sağlayarak hukuki güvenliği zaten sağlamaktadır. Ancak bu bakımdan Yargıtay hukuki gerekçeleri ortaya koymaktan imtina etmektedir. BAM kararlarına bakıldığında, gerekçelerin birbirinin kopyası olduğu görülmekte, Türk iş mevzuatı hükümlerinin uygulanmasının özellikle kanunlar ihtilafı tekniği kapsamında hangi gerekçeye dayandığı tespit edilememektedir. Ancak son yıllarda yayınlana 9. Hukuk Dairesi Kararları ve özellikle çalışmamızda incelediğimiz 10.05.2023 tarihli Yargıtay Hukuk Dairesi kararı adeta akademik bir çalışma gibi mevzuatı, içtihadı ve öğretiyi detaylıca analiz etmekte, somut olaya uyguladığı çözümü tane tane anlatmaktadır. Bütün bu açıklamalardan sonra, MÖHUK m. 27'nin hâkimler tarafından uygulanıp uygulanmadığı ve BAM'ın da görüş değiştirip değiştirmeyeceği ilerleyen yıllarda verilecek kararlarda görülecektir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Z. (2021). Milletlerarası Tahkim (6. b.). İstanbul.
- AYGÜL, M., ÇOBAN, N. (2020). Birden Fazla Ülkede İfa Edilen İş Sözleşmelerinde Mutad İşyerinin Tespiti. *Terazi Hukuk Dergisi*, 15(169), 1815-1832.
- AYGÜL, M., ERDOĞAN, C. (2022). Türkiye İş Kurumu Tarafından Hazırlanan Yurt Dışı Hizmet Akitlerindeki Hukuk Seçimine Dair Kayıtların Geçerliliği. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, Prof. Dr. M. Fatih UŞAN'a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı (2022-2), 753-788.
- BAYCIK, G. (2023). Yurt Dışı Hizmet Akdine İlişkin İstinaf ve Yargıtay Kararları Arasındaki Farklılık. *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 14(2), 55-69 (*Yurt Dışı*).
- BAYCIK, G. (2017). Çalıştırılmak Üzere Yurt Dışına Götürülen Türk İşçilerin Açtıkları Davalarda Uygulanacak Hukuk. *Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları Sempozyumu*, Ankara, s.104-124 (*Çalıştırılmak*).
- BOZKURT GEMİCİOĞLU, Y., GEMİCİ FİLİZ, B. (2016). Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Tarafların Hukuk Seçimi. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, 15 (1), s. 598.
- ÇELİK N., CANIKLIOĞU N., CANBOLAT T. (2020). İş Hukuku Dersleri (33. b.). İstanbul.
- ÇELİKEL, A., ERDEM, B. (2020). Milletlerarası Özel Hukuk (16. b.). İstanbul.
- ÇÖRTOĞLU KOCA, S. (2016) Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (1. b.). Ankara.
- DEMİRCİOĞLU, A. M., CENTEL, T., KAPLAN, H.A. (2021). İş Hukuku (21. b.). İstanbul.
- DEMİRCİOĞLU, A. M., KORKMAZ, D., KAPLAN, H.A. (2018). Sorularla 4857 Sayılı İş Yasası (4. b.). İstanbul.
- DOĞAN, V. (2016). Milletlerarası Özel Hukuk (4. b.). Ankara.
- DOĞAN YENİSEY, K. (2011). İş Hukukunun Kendine Özgü Emredici Doğası: Sosyal Kamu Düzeni Kurallarına Bir Bakış. Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan. İstanbul.

- EKŞİ N. (2004). Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul (*Sözleşmeden*).
- EKŞİ N. (1997). Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul (*Yabancılık*).
- ELBİR, N. (2021). İş Hukukunun Emredici Niteliği Karşısında İşçinin Yasal Haklarından Vazgeçmesi Sonucu Doğuran Uygulamalar Hakkında Bir Değerlendirme. *Çalışma ve Toplum*, 68(1), 289-316.
- ELÇİN, D. (2012). Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (1. b.). Ankara.
- ERDOĞAN, E. (2017). Yurt Dışı Hizmet Sözleşmelerinde Milletlerarası Özel Hukuk Uygulaması İş Hukuku Sorunları. Elli İkinci Çözüm Arama Konferansı. Ankara: İntes Yayınları.
- ERDOĞAN, E., ERDOĞAN, C. (2016). Türkiye'den Yurt Dışına Götürülen İşçiler Hakkındaki Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi. *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 50 (13), 955-988.
- ERTEN, R. (2022). Yurt Dışında Çalışan Türk Vatandaşı İşçilerin Türkiye'de Açtığı İşçi Alacaklarına Dair Davalarda Milletlerarası Yetki ve Uygulanacak Hukuk Meseleleri. Prof. Dr. Rıza Ayhan'a Armağan. Ankara, s. 213-262.
- EYRENCİ Ö., TAŞKENT, S., ULUCAN, D., BASKAN, E. (2020) İş Hukuku (10. b.). İstanbul.
- GEREK, H.N. (2011). İş Sözleşmesinin İkale Sözleşmesi ile Sona Ermesi. *Çalışma ve Toplum*, 31(4), 43-58.
- GÜNGÖR, G. (2021). Türk Milletlerarası Özel Hukuku (2. b.). Ankara.
- GÜRSEL, İ., (2021). Milletlerarası Özel Hukukta İş Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk – Yargıtay Karar İncelemesi. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, 46 (2), 155-187.
- KALPSÜZ, T. (2010) Türkiye'de Milletlerarası Tahkim (2. b.). Ankara.
- KORKMAZ, A. H. (2023). Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde Kamu Düzeni Müdahalesinin ve Doğrudan Uygulanan Kuralların Rolü. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18 (213), 545-590.
- NOMER, E. (2015). Devletler Hususi Hukuku (21. b.). İstanbul.

- NOMER, E., EKŞİ, N., ÖZTEKİN-GELGEL G., (2014). Milletlerarası Tahkime İlişkin Mevzuat ve Antlaşmalar (2. b.). İstanbul.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2018). Doğrudan Uygulanan Kurallar. 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (F.B. TANRIBİLİR, G. GÜMÜŞLÜ TUNÇAĞIL, Editörler). Ankara.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, H. (2001). Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 128-137 (*Sözleşmeler*).
- ÖZEL, S., ERKAN, M., PÜRSELİM, H.S., KARACA, H.A. (2022). Milletlerarası Özel Hukuk (1. b.). İstanbul.
- SARIÖZ BÜYÜKALP, İ. (2018). Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu. Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 8(2), 195-248.
- ŞANLI, C., ESEN, E., ATAMAN-FİGANMEŞE, İ. (2021). Milletlerarası Özel Hukuk (9. b.). İstanbul.
- TARMAN, Z. D. (2010). Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60 (3), 521-550.
- TEKİNALP, G. (2004). Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları (8. b.). İstanbul.
- VURAL ÇELENK, B. (2017). Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması. Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2017/3, 277-296.