

ISSN:1309-6826

TAAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

Şubat 2024 • Sayı 58 • Yıl:15



yayin.taa.gov.tr

58



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

"Güven Veren Adalet İçin Etkin Eğitim"

58

YIL: 15 - SAYI: 58 - NİSAN 2024

www.taad.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ / OWNER**Muhittin ÖZDEMİR**

Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

EDİTÖR / EDITOR**Oğuz Gökhan YILMAZ / Hâkim****SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ / EDITOR IN CHIEF****Saniye Gizem OKUTAN / Adalet Uzmanı****YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD****Muhittin ÖZDEMİR**

Türkiye Adalet Akademisi Başkanı

Oğuz Gökhan YILMAZ

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Editörü

Süleyman KAYNAR

Law and Justice Review Dergisi Editörü

Adnan DÖNDERALP

Akademi Kürsü Dergisi Editörü

Saniye Gizem OKUTAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Abdulkерim YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Yasin SÖYLER

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

YAYIN TASARIM / PUBLISHING DESIGN

Hüseyin ÖZTÜRK, Büro Memuru

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ / PUBLICATION MANAGEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı

Çankaya/ANKARA

Tel: 0 (312) 489 81 80 • Faks: 0 (312) 489 81 01

E-posta: taa@gmail.com**Web:** www.taad.taa.gov.tr**BASKI / PRINT**

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası

İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi-Şaşmaz/ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi yılda dört kez yayımlanan ulusal hakemli bir dergidir. Dergide yayımlanacak makalelerin aşağıda belirtilen yazım ve yayım kurallarına uygun olması gerekmektedir.

1. Dergide Türkçe ulusal hakemli makalelere yer verilmektedir. En az iki hakemin olumlu görüşünü alan makaleler yayımlanması talebi ile yayın kurulunun onayına sunulur.
2. Dergi, üç ayda bir (**Ocak, Nisan, Temmuz ve Ekim** aylarında) yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilen makaleler daha önce başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Eğer başka bir yerde yayınlanmışsa da, telif hakkı yazara ait olmalıdır.
4. Dergide yayımlanan makalelerin dil, bilim ve ileri sürülen görüşler bakımından sorumluluğu yazarlara aittir.
5. Makalelerin **bilimselmakale@taa.gov.tr** adresine makale gönderim formu ve taahhütname ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir. Makale gönderim formu ve taahhütname "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden temin edilebilir.
6. Makaleler, uluslararası standartlardaki bilimsel yayın ve yazı formatlarına uygun olmalıdır.
7. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan "Başlık", **150-250** kelime arası "**Özet**" ve **5-8** kelime arası "Anahtar Kelimeler" bulunmalıdır. Makalelerde "**Başlık, Özet, Anahtar Kelimeler ile Giriş ve Sonuç**" kısımlarına numara verilmemelidir. "Başlık, Özet ve Anahtar Kelimeler" in yazılan yabancı dilin yanı sıra Türkçe ve İngilizce de yazılması zorunludur.
8. Metin içi alıntılama ve kaynak gösterme için **OSCOLA kaynak stiline 4. Edisyonu** kullanılmalı ve dipnot atıf sistemi tercih edilmelidir.
9. Makalelerin ana bölümleri ve kaynakça 11, dipnotlar ise 9 punto ile yazılmalı, 1 satır aralığı ile "**Times New Roman**" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
10. Makaleler, kaynakça dâhil **3.000** kelimedenden az, **12.000** kelimedenden çok olmamalıdır.
11. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi, adı ve soyadına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
12. Makalelerin yayımlanıp yayımlanmayacağı, makale yazarına e-posta ile bildirilir.
13. Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Türkiye Adalet Akademisine aittir. Yazarlar telif haklarını Akademiye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez. Telif ücreti ödenmeyeceği yazarlar tarafından kabul edilmiş sayılır.
14. Hakemlere ödenecek inceleme ücreti; Türkiye Adalet Akademisi Yayın Yönetmeliği'nin 23. maddesi uyarınca, 23/8/2006 tarihli ve 2006/10932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik'in 17. maddesine göre dergi yayınlandıktan sonra ödenir.
15. Dergide yazısı yayımlanmış yazarlara ücretsiz iki adet dergi gönderilmektedir.
16. Dergide yayımlanan tüm yazıların telif hakkı Türkiye Adalet Akademisine aittir. Makaleler, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
17. Dergilerin dijital versiyonuna "**https://yayin.taa.gov.tr**" adresinden ulaşılabilir.

* Yazım ve yayım kuralları 04/06/2020 tarihli Yayın Kurulu Kararı ile güncellenmiştir. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.

DANIŞMA KURULU/ADVISORY BOARD*

Prof. Dr. Abdurrahman EREN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Adem SÖZÜER

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet GÖKÇEN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ

Bingöl Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Arzu OĞUZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Aydın BAŐBUĞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Aydın GÜLAN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cemal ŞANLI

İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Çiğdem KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ejder YILMAZ

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Emine AKYÜZ

Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi

Prof. Dr. Ersa Öz

Pamukkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakóltesi

*Danışma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır.

Prof. Dr. Faruk TURHAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fügen SARGIN

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hamide ZAFER

Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan AYRANCI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan BACANLI

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Eğitim Fakültesi

Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Tahsin FENDOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim AYDINLI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY

Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KAYAR

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail KIRCA

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kamil Ufuk BİLGİN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Kayıhan İÇEL

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Melikşah YASİN

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin TOPÇUOĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muharrem ÖZEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat BATI

Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Musa Kazım ARICAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AKKAYA

Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
İnsan ve Toplum Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadil YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

İstanbul Okan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf
Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sururi AKTAŞ

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Şafak NARBAY

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

Girne Amerikan Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Hakan PEKCANITEZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yavuz ATAR

İBN Haldun Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yılmaz ÇOLAK

Polis Akademisi Başkanı

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Prof. Dr. Yusuf Ziya TAŞKAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi/Research Article

1921 ANAYASASI'NDA BENİMSENEN MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ VE İSVİÇRE MODELİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

*The Assembly Government System Adopted in the 1921
Constitution and its Comparison with the Switzerland Model*

Hatice Derya ORMANOĞLU DURANLIOĞLU s. 1-32

Araştırma Makalesi/Research Article

KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NDA VARLIK BARIŞI VE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

*Repatriation of Capital in the Corporate Tax Law and
Evaluations on the Relevant Constitutional Court Decision*

Fatih SARAÇOĞLU; Abdullah ÖMERCİOĞLU s. 33-50

Araştırma Makalesi/Research Article

BELEDİYE GELİRLERİ KANUNU 97'NCİ MADDESİ UYARINCA ALINAN ÜCRETLERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

*The Court in Charge of Disputes Arising from Fees Received
in accordance with Article 97 of the Municipal Revenues Law*

Yunus Emre ORUÇ; Mustafa UYANIK s. 51-76

Araştırma Makalesi/Research Article

TÜRKİYE'DE BULUNAN UKRAYNALILARIN ULUSLARARASI KORUMA STATÜLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of Ukrainians in Turkey within the Framework of
International Protection Status*

Aslıhan ÇOBAN s. 77-102

Araştırma Makalesi/Research Article

AVRUPA VE AMERİKAN YARGI SİSTEMLERİNİN "UNUTULMA HAKKI-İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ" ÇATIŞMASINA YAKLAŞIMI

*The Approach to the Conflict of "Right to be Forgotten-
Freedom of Expression" by The European and the American
Judicial Systems*

Peri URAN MURPHY s. 103-146

Araştırma Makalesi/Research Article

**DEVLET MEMURLARI KANUNU İLE 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM
KANUNUNDAKİ DİSİPLİN HUKUKUNA İLİŞKİN SÜRELER**

*Time Limits of Disciplinary Law in Civil Servants Law and
Higher Education Law*

Engin SAYGIN s. 147-176

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi/Research Article

**AMERİKA'DA AİLE VE BOŞANMA ARABULUCULUĞUNA
YÖNELİK UYGULAMA MODEL STANDARTLARI**

*Model Standards of Practice for Family and Divorce
Mediation in United States*

Erhan FIRAT s. 179-210

Araştırma Makalesi/Research Article

**KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ SURETİYLE GERÇEKLEŞEN
KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA
UYGULANACAK HUKUKUN VE YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ**

*Determination of the Applicable Law and Jurisdiction in
Disputes Having Foreign Elements Arising From Violation of
Personal Rights by Processing Personal Data*

Alper AKGÜL s. 211-246

Araştırma Makalesi/Research Article

**DEMİRYOLU İŞLETENİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞUNUN
SİGORTASINDA RİZİKO**

*Risk in Insurance of Non-Contractual Liability of the Railway
Operator*

Fahri ÖZSUNGUR s. 247-274

Araştırma Makalesi/Research Article

**MARKA KORUMASINDA TESCİL VE ÖNCELİK İKİLEMİ ÜZERİNE
YARGITAY VE ABAD KARARLARI IŞIĞINDA BİR İNCELEME**

*An Analysis on the Registration and Priority Dichotomy in
Trademark Protection in the Light of the Court of Cassation
and CJEU Decisions*

Hayri BOZGEYİK; Fatih Mehmet TABUR s. 275-296

Araştırma Makalesi/Research Article

**ANAYA SOYBAĞININ REDDİ DAVASI AÇMA HAKKI TANINMASI:
OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÖNERİLER**

*Granting Mother the Right to Challenge Paternity:
Suggestions De Lege Ferenda*

Özgür GÜVENÇ s. 297-326

Araştırma Makalesi/Research Article

**BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ VE YARGITAY
KARARLARI IŞIĞINDA ÖZGÜRLÜĞE AYKIRILIĞIN TESPİTİ**

*Assurance of Freedom of Association and Determination
of Contradiction with Freedom in the Light of The Supreme
Court Decisions*

Seda ÖZGÜL EKİZ s. 327-354

Araştırma Makalesi/Research Article

**YAPI DENETİM FİRMALARININ DEPREM NEDENİYLE ÜÇÜNCÜ
KİŞİLERİN UĞRADIĞI ZARARLARDAN SORUMLULUĞU**

*Liability of Building Inspection Companies for Damages
Incurred by Third Parties due to Earthquake*

Özge BÖLÜKBAŞI s. 355-386

Araştırma Makalesi/Research Article

**DENİZ İŞ HUKUKUNDA GENÇ GEMİ ÇALIŞANLARININ
KORUNMASI**

Protection of Young Seafarers in Maritime Labour Law

Ş. Esra BASKAN s. 387-416

Araştırma Makalesi/Research Article

**ALMAN İLAÇ KANUNU'NA GÖRE İLAÇ ÜRETİCİSİNİN HUKUKİ
SORUMLULUĞUNUN ALMAN HUKUKUNDAKİ DİĞER TEMEL
ÖZEL HUKUK SORUMLULUK TÜRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMALI
OLARAK İNCELENMESİ**

*A Comparative Analysis of the Legal Liability of the
Pharmaceutical Manufacturer under the German Medicines Act
with Other Basic Types of Private Law Liability in German Law*

Duygu DİNCİOĞLU s. 417-445

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;

TRDİZİN



 **Jurix**

Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

KAMU HUKUKU

1921 ANAYASASI'NIN ANAYASAL BOYUT KAZANDIRDIĞI MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ İLE İSVİÇRE HÜKÜMET SİSTEMİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Comparison of the Swiss Government System And the Assembly Government System, Which Gained a Constitutional Dimension with the 1921 Constitution

Hatice Derya ORMANOĞLU DURANLIOĞLU*

Özet

Millî mücadele döneminde kabul edilen 1921 Anayasası (1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu), Türk anayasal tarihinde özel bir yere sahiptir. Dönemin olağanüstü koşullarında ortaya çıkan belge kısa, yumuşak anayasa olması itibarıyla tektir ve aynı zamanda millî egemenlik ilkesini kabul ederek iktidarın kaynağını beşerileştirmiştir. Modern anayasacılığın gereği olarak iktidarı sınırlama işlevi gören anayasalar, birey hak ve özgürlüklerini ve devletin temel organları ile bu organlar arasındaki ilişkileri düzenleyen metinlerdir. Ancak 1921 Anayasası'nda yargı ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

23 Nisan 1920'de Meclisin açılmasından sonra meclis hükümeti sisteminin hukuki zemini oluşturulmuştur. "Cumhuriyet" gibi zor bir hedefe ulaşma yolunda, devam etmekte olan kurtuluş mücadelesi ve 1. Mecliste çoğunluğun desteklediği eski rejimi kurtarma isteği kuvvetler birliği sisteminin benimsenmesini zorunlu kılmıştır. Kuvvetler birliği modelleri arasında yer alan meclis hükümeti sistemi olağanüstü dönemlerde ortaya çıkmaktadır. Bu duruma istisna tek örnek, İsviçre'de uygulanan meclis hükümet sistemi olmuştur. Bu çalışmanın temel amacı, 1920 Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümeti ile temelleri atılan ve 1921 Anayasası ile de anayasal bir boyut kazanan hükümet sistemini ele alarak İsviçre modeli ile karşılaştırmaktır. Bu amaç doğrultusunda, önce meclis hükümeti sisteminin kavramsal çerçevesi ve tarihi gelişimi ele alınmış ve meclis hükümet sisteminin özelliklerine değinilmiştir. Ardından İsviçre hükümet sistemi ile 1920 Türkiye Büyük Millet Meclisi hükümeti ile temelleri atılan ve 1921 Anayasası'nın da içerdiği hükümet sistemi karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: 1921 Anayasası, Meclis Hükümeti Sistemi, Kuvvetler Birliği Sistemi, Millî Egemenlik İlkesi.

Abstract

The 1921 Constitution adopted during the period of the national struggle has a special place in the Turkish constitutional history. The document that emerged under the extraordinary conditions of the period is unique in that it is a short, soft constitution, and at the same time, it humanizes the regime of the government that accepts the principle of national sovereignty. As a necessity of modern constitutionalism, which has the function of limiting the power, constitutions are texts that regulate the basic organs of the state, the relations between these organs and the rights and freedoms of individuals. There are no regulations regarding the judiciary and fundamental rights and freedoms in the 1921 Constitution.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 17.11.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hdormanoglu@anadolu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1568-7100>.

After the opening of the Parliament on April 23 1920, the legal basis for the assembly government system was established. On the way to achieving a difficult goal like the "Republic", the ongoing struggle for liberation and the desire to save the old regime supported by the majority in the 1st Parliament made it necessary to adopt the union of powers system. The assembly government system, which is among the union of powers models, emerges in extraordinary periods. The only exception to this situation is the assembly government system implemented in Switzerland. The main purpose of this study is to focus on the government system, the foundations of which were laid with the 1920 Turkish Grand National Assembly government and which gained a constitutional dimension with the 1921 Constitution, and to compare it with the Swiss model. In line with this purpose, first, the conceptual framework and historical development of the assembly government system are discussed, and the characteristics of the assembly government system are mentioned. Next, the Swiss government system was compared with the government system whose foundations were laid by the 1920 Turkish Grand National Assembly government and which was also covered by the 1921 Constitution.

Key Words: 1921 Constitution, Assembly Government System, System of Union of Powers, Principle of National Sovereignty.

GİRİŞ

Kabul edilmişin üzerinden yüz yılı aşkın bir süre geçmiş olan 1921 Anayasası Türk anayasal tarihinde özel bir yere sahiptir ve Anayasanın pek çok istisnai özelliği bulunmaktadır. Türk anayasal tarihinde tek yumuşak, kısa Anayasa olma özelliğini taşıyan ancak yargı erkine ve temel hak ve özgürlüklere yer vermemiş olan 1921 Anayasası, benimsediği hükümet sistemi itibariyle de özgün bir karaktere sahiptir. Ancak hepsinden önce gelen özelliği ise egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu hüküm altına alarak milli egemenlik ilkesini kabul eden birinci maddesidir.

Milli egemenlik ilkesinin kabulüyle egemenlik hanedan ailesine ait bir kavram olmaktan çıkıp millete ait olmuştur. Böylece egemenliğin kaynağı beşerleşmiş ve Cumhuriyetin ilanına giden yolda önemli bir aşama kaydedilmiştir. Milli egemenlik ilkesiyle birlikte 1921 Anayasası'nda benimsenen hükümet sistemi kuvvetler birliği sistemleri arasında yer alan ve meclisin üstünlüğüne dayanan meclis hükümeti sistemidir.

Meclis hükümeti sistemi günümüzde meclis hükümeti sistemine yaklaşan bir model olarak nitelenen İsviçre örneği istisna olmak kaydıyla olağanüstü dönemlerde tercih edilen bir hükümet sistemidir. Kabul edilışı milli mücadele dönemine denk gelmesi sebebiyle meclis hükümetinin benimsenmiş olması kolay ve hızlı karar alınmasını sağlamıştır. Dönemin ihtiyaçları öncelikle ülkeyi işgalden kurtarma düşüncesi üzerine şekillenmiştir.

Özellikleri itibariyle incelendiğinde, 1921 Anayasası'nda benimsenen hükümet sisteminin hem meclis hükümeti sisteminin özelliklerini taşıdığı hem de meclis hükümeti sisteminden uzaklaşıp parlamenter hükümet sistemine doğru yaklaştığı görülmektedir. 1921 Anayasası yasama ve yürütme kuvvetlerini kendisinde toplamış ve her ne kadar yargıya ilişkin düzenleme içermese de İstiklal Mahkemelerindeki yargılamalarda fiili olarak yargı yetkisi de TBMM'de şekillenmiştir. Meclisin sürekliliği ilkesi doğrultusunda meclis ve icra vekilleri heyeti aracılığıyla yasama ve yürütme yetkisi kullanılmıştır. Yerel kongre iktidarlarından 1921 Ana-

yasal düzenine giden süreç boyunca mücadeleler sonuç vermiş ve Kurtuluş Savaşı'yla ülke işgalden kurtarılarak Cumhuriyet rejimine doğru ilerlenmiştir. Ancak kurtuluş mücadelesi noktasında ortak hareket edilmiş olsa da Meclis içinde de farklı seslerin yansması olarak iki grup oluşmuştur. Mustafa Kemal'in kurtuluş mücadelesi Mecliste birliğin sağlanıp karar verilmesi noktasında da devam etmiştir. Cumhuriyetin ilanını takiben devlet başkanlığı makamının oluşturulmasıyla hükümet sisteminin nitelendirilmesinde farklılıklar ortaya çıkmıştır.

Bu çalışmada meclis hükümeti sistemi kavramsallaştırıldıktan ve karakteristik özelliklerine değinildikten sonra, günümüzde hala meclis hükümeti olarak nitelendirilen İsviçre hükümet sistemi ele alınmıştır. Ardından çalışmanın kapsamını aşmayacak şekilde 1921 Anayasasına genel olarak değinilmiş ve 1921 Anayasası'nda benimsenen hükümet sistemi, meclis hükümetine benzeyen ve parlamenter sisteme benzeyen yönleriyle ele alınmıştır.

I. MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ

Yasama ve yürütme erkleri arasındaki ilişki hükümet sistemini ortaya çıkarmaktadır. Bu iki erk arasındaki ilişki, kuvvetler ayrılığı sistemlerinde başkanlık sistemi ile türevleri şeklinde ve parlamenter sistem ile türevleri şeklinde ortaya çıkmaktadır. Hükümet sistemlerinin sınıflandırılmasında kuvvetler birliği sistemi¹ türlerinden olan meclis hükümeti sistemi, meclisin üstünlüğü ilkesi doğrultusunda ortaya çıkan bir modelidir. Bu modelde, yasama ve yürütme fonksiyonlarından yasama fonksiyonu ön plana çıkmaktadır². Yasama ve yürütme erklerinin yasama organında birleştiği bu sistemde³ yasama organı kanun koyma yetkisinin dışında kanunları uygulama yetkisine de sahiptir. Meclis hükümeti sistemi aynı zamanda konvansiyonel sistem olarak da adlandırılmaktadır⁴.

¹ Kuvvetler birliği sistemi yasama ve yürütme erkleri ya yasama ya da yürütme organında birleşmesini ifade eder. Yasama ve yürütme erkleri yürütme organında birleşmişse mutlak monarşi ya da diktatörlük söz konusu olmaktadır. Yasama ve yürütme erklerinin yasama organında birleşmesi halinde ise meclis hükümeti sistemi ortaya çıkmaktadır. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2019) 26.

² Meclis hükümeti sistemi her ne kadar yasama ve yürütme erklerinin yasama organında birleşmesini ifade etse de yargının bağımsızlığının sağlanabildiği bir sistemde mutlaka kuvvetler birliği olarak ifade edilemeyeceği yönündeki görüş için bakınız Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (Seçkin 2023) 515.

³ Orhan Aldıkaçtı, *Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı* (1960) 180; Ali Murat Özdemir, Abdurrahman Saygılı, Hamdi Gökçe Zabunoğlu, Muammer Ketizmen, Aynur Demirli, Ebubekir Aykut, Ezgi Nur Türkoğlu Karacaova, Göksu Uğurlu ve Ozan Giray Şahin, *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım* (2. Baskı, İmge 2020) 95.

⁴ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Ekin Yayınları 2022) 225; Zafer Gören, *Anayasa Hukukuna Giriş* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1999) 148; Özge Çelebi, "1921 Anayasası'nda Meclis Hükümeti Sisteminden Sapmalar ve Siyasal Rejimin Başkalaşımı" içinde İbrahim Ö. Kaboğlu, Didem Yılmaz, Sinem Şirin (ed.), *100. Yılında Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve Anayasal Mirası 1921-2021* (Platon Yayıncılık 2021) 243; Mehmet Turhan, "Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)", (1991) 46 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 453.

A. MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİNİN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ VE TARİHİ GELİŞİMİ

Meclis hükümeti sisteminin dar ve geniş anlamıyla ifade edilmesi mümkündür. Dar anlamda meclis hükümeti, tamamen yasamanın kontrolünde olan, yürütmenin yasama organının iradesi olmadan görevinden ayrılmasının bile mümkün olmadığı ve yalnızca yasama organının talimatlarını yerine getirdiği bir sistemi ifade etmektedir⁵. Geniş anlamda ise meclis hükümeti sistemi, meclisin hükümete karşı siyaseten üstün olduğu bütün rejimlerdir. Fransa'da III. ve IV. Cumhuriyet dönemlerinde⁶ her ne kadar parlamenter hükümet sistemi öngörülmüş olsa da pratikte meclisin üstünlüğünün söz konusu olması hükümetin parlamenter sistem değil de meclis hükümeti sistemi olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur⁷. Meclis hükümeti sisteminde yürütmeye bırakılmış bir hareket alanı olmadığı için yürütme gerçek anlamda bir organ olarak da görülmemektedir⁸.

Yasama ve yürütme fonksiyonlarının seçilmiş bir mecliste birleştiği hallerde yürütme fonksiyonu mutlaka meclis veya komisyonları tarafından yerine getirilmek zorunda değildir. Yürütme fonksiyonu bir kurul tarafından yerine getirilmektedir⁹. Bu kurul ile meclis arasındaki ilişki meclis hükümeti sisteminin özelliklerini ortaya koymaktadır¹⁰.

Meclis hükümeti sisteminin teorik temellerini Rousseau'nun genel irade anlayışında bulmak mümkündür. Genel irade anlayışına göre egemenlik, parçalanamaz ve bölünemez bir nitelikte olduğu için ve parçalandığında geçersiz bir hale geleceği için temsil edilmesi de mümkün değildir¹¹ ve halk egemenliği anlayışı kuvvetler ayrılığı sistemiyle bağdaşmadığı için meclis hükümeti sistemini gerektirmektedir¹².

⁵ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayınevi 2019) 499.

⁶ III. Fransız Cumhuriyeti, milletvekilleri cumhuriyeti olarak adlandırılmaktadır. IV. Fransız Cumhuriyeti ve İtalya parti iktidarının sınırları ölçüsünde kurtulmuştur. Özellikle komünizm sonrası parlamenter uygulamaların çoğu meclis hükümeti türündendir. Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme* (Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları 1997) 148,149.

⁷ Teziç (n 5) 499.

⁸ Anayurt (n 2) 514.

⁹ Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023) 42.

¹⁰ Meclisin üye sayısının çokluğu dolayısıyla meclis üyelerinin tamamının yürütme işlerini yerine getirmesi mümkün olmadığı için bir kurul tarafından yapılması doğaldır. Kurul zaten meclise bağlıdır. Ergun Özbudun, *1921 Anayasası* (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 1992) 51.

¹¹ Jean Jacques Rousseau, *Toplum Sözleşmesi* (Çev. Vedat GÜNYOL, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2021) 24, 25; Rousseau'nun görüşleri Fransız devriminin esin kaynağı olduğu gibi 1921 Anayasası'nın da esin kaynağı olmuştur. Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (17. Baskı, Beta Yayınevi 2017) 237.

¹² Gözler (n 4) 170.

Meclis hükümeti sistemi anayasa hukuku teorisinde üzerinde az çalışma yapılmış ve hakkında az bilinen bir hükümet modelidir. Çünkü Fransa’da ilk ortaya çıktığında Robespierre’in diktatörlüğünden ve Terör döneminden sorumlu tutulmuştur. Sovyet döneminde ise meclis hükümeti sistemi beklenmedik bir canlanma kaydetmiştir. Meclis hükümeti sistemi hem demokrasiye hem de otokrasiye hizmet etme özelliğine sahip, birbirine zıt iki özelliğe sahiptir¹³. Meclis hükümeti sistemi, halen İsviçre’de uygulanmakla birlikte İngiliz Uzun Parlamentosunda, Fransa’da 1791 Anayasasının kabulünden sonra Konvansiyon döneminde ve özellikle IV. Cumhuriyet döneminde, I. Dünya Savaşı sonrasında Prusya, Avusturya, Letonya, Litvanya, Bavyera ve Polonya anayasalarında meclis hükümeti sistemi benimsenmiştir. 1921 Anayasası döneminde ise Türkiye’de uygulanmıştır¹⁴.

Meclis hükümeti sistemi İngiltere’de İngiliz Uzun Parlamentosu Dönemi’nde (1640-1649) tesadüfen ortaya çıkmıştır. Bu zamanlama modern anayasacılığın ortaya çıkışına da yakındır. Bu dönem Cromwell¹⁵ ve ordu tarafından sonlandırılıncaya kadar tek güç olarak devam etmiştir¹⁶. İngiltere’de meclis hükümeti sistemi monarşik restorasyonla ve devrim sonrasında parlamentarizmin gelişmesiyle ortadan kalktığı için anayasal tarih içinde hatırlanmayan bir olay olarak kalmıştır¹⁷.

1789’dan itibaren pek çok siyasal rejimi denemiş olan Fransa’da¹⁸ 1791 Anayasası ile sınırlı bir monarşi denemesi yaşanmıştır. 1793 yılına gelindiğinde Ulusal Konvansiyon tarafından “Montagnards”lar anayasası olarak adlandırılan anayasa hazırlanmıştır¹⁹. 24 Haziran 1993’te kabul edilen bu anayasaya göre iktidar halktan

¹³ Karl Loewenstein, *Political Power and the Governmental Process* (Second Edition, The University Of Chicago Press 1965) 79.

¹⁴ Meclis hükümeti sistemi genellikle olağanüstü dönemlerde uygulanan bir sistem olduğu için çeşitli riskleri de içinde barındırmaktadır. Zira Fransa’da 1792-1795 döneminde teröre; Polonya, Avusturya, Litvanya, Letonya ve Estonya gibi ülkelerde hükümet istikrarsızlıklarına ve akabinde de güçlü bir devlet yönetimi arayışının sonucunda da diktatörlüklerle karşılaşılmasına neden olmuştur. Aldıkaçtı (n 3) 180-190.

¹⁵ Oliver Cromwell, 1599’da Huntington’da doğmuş, 1658’de Londra’da ölmüş İngiliz asker ve devlet adamıdır. İngiliz İç Savaşlarında parlamento güçlerine liderlik etmiş ve cumhuriyetçi İngiliz Milletler Topluluğu döneminde İngiltere, İskoçya ve İrlanda’nın (1653-58) koruyucusu olmuştur. <https://www.britannica.com/biography/Oliver-Cromwell> (Erişim tarihi 12.12.2023).

¹⁶ Loewenstein (n 13) 79.

¹⁷ Loewenstein (n 13) 79,80.

¹⁸ Fransa karmaşık bir siyasi tarihe sahiptir. Fransa monarşiyi, aristokrasiyi ve Roma Katolik Kilisesi’ni özgürlük, eşitlik ve cumhuriyetçi yönetim biçimi içinde bozguna uğratmıştır ancak eski düzen mağlup olmasına rağmen yıkılmamıştır. Monarşiyi savunanlar 19. yüzyılda monarşiyi yeniden canlandırmayı başarmışlar ve Kilisenin yetkilerine ilişkin son düzenlemeyi onlarca yıl geciktirmişlerdir. Ancak bu arada cumhuriyet karşıtı gelenek zaman içinde direnmiştir. Birinciden beşinciye kadar tüm Cumhuriyetleri zayıflatmaya çalıştıktan sonra cumhuriyet karşıtı gelenek yirminci yüzyılın son on yıllarına kadar halk egemenliği süreçleriyle uzlaşmayı beklemişlerdir. Jean Blondel, “The Government of France” in Michael Curtis (ed.), *Introduction to Comparative Government* (Pearson-Longman 2003)129.

¹⁹ Göze (n 11) 616.

kaynaklanmaktadır ve anayasada kuvvetler ayrılığı kavramına yer verilmemiştir. Halk tarafından tek dereceli seçimle belirlenen yasama organı yirmi dört kişilik yürütme konseyini belirlemektedir ve yarı doğrudan demokrasi araçlarının izlerine rastlanmaktadır²⁰. Böylece meclis hükümeti sisteminin ilk bilinçli görünümünün Fransız Devrimi'nde ortaya çıktığını söylenmesi mümkündür ve terörle sonlanan dönem oldukça kısa sürmüştür²¹.

Meclis hükümeti sistemi olağanüstü dönemlerde sıklıkla karşılaşılan bir hükümet modelidir. Olağanüstü dönemlerden özellikle devrim dönemlerinde başvuru- lan bir hükümet modelidir. Yukarıda verilen örneklere bakıldığında devrim ya da olağanüstü hâl meclisleri olduğu görülmektedir. Sistemin tek demokratik örneği İsviçre'dir²².

B. MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİNİN ÖZELLİKLERİ

Her ne kadar uygulanan ülkelere göre farklılık gösterse de meclis hükümeti sisteminin özellikleri aşağıdaki gibidir²³.

- Yasama ve yürütme kuvvetleri yasama organında toplanmıştır. Yürütme erkini yasama erkinden ayrı bir varlığı söz konusu değildir. Meclisin yürütme organına emir ve talimat vermesi mümkündür.
- Yürütmenin yasama organından bağımsız bir kimliği bulunmamaktadır. Çünkü yürütme organı meclisin emir ve talimatları doğrultusunda hareket edebilmektedir. Yürütmenin meclisten ayrı bir varlığı bulunmamaktadır²⁴.
- Yasama ve yürütme işlevleri meclis tarafından yerine getirilmektedir. Yürütme organı meclisin bir delegesi konumundadır. Devlet teşkilatlanması içerisinde en yüksek otorite sahibi meclistir. Yürütme organı meclise karşı sorumludur²⁵. Meclisin içinden çıkan ve meclis tarafından seçilen, yürütme fonksiyonunu yerine getiren kurul, meclisin istediği zaman görevden alabileceği bir konumdadır. Bu özellik meclis hükümeti sisteminin en dikkat çekici özellikleri arasındadır²⁶.
- Yürütme organının teşekkül ettiği kurul, meclis tarafından tek tek belirlenmektedir ve her zaman görevine son verilmesi mümkündür. Yürütme kurulunun kolektif sorumluluğundan söz edilmesi söz konusu değildir²⁷.

²⁰ Göze (n 11) 61.

²¹ Loewenstein (n 13) 80.

²² Özbudun (n 10) 57.

²³ Anayurt (n 2) 515, 516; Özbudun (n 10) 52; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Anayasa Hukuku* (10. Baskı, Yetkin Yayınları 2022) 258.

²⁴ Anayurt (n 2) 517.

²⁵ Gören (n 4) 148.

²⁶ Özbudun (n 10) 53, 54.

²⁷ Osman Korkut Kanadoğlu ve Ali Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (On İki

- Meclisin sürekliliği (istimrarı) ilkesi geçerlidir. Meclis hükümeti dışındaki sistemlerde meclislerin tatile girmesi söz konusudur ancak meclis hükümeti sisteminde meclis aynı zamanda yürütme işlevi de gördüğü için çalışmalarına ara vermesi mümkün değildir²⁸.
- Meclisin üstünlüğü ilkesi mevcuttur. Hatta anayasanın üstünlüğü ilkesi, hüküm altına alınmışsa bile sistem meclisin üstünlüğü ile anayasanın üstünlüğü çelişmesini ortaya çıkarmaktadır. Çünkü anayasanın üstünlüğü ilkesinin yer aldığı bir sistemde, meclisin de kanun yapma faaliyeti sırasında ve diğer görev yetkilerini yerine getirirken anayasanın üstünlüğü ilkesi doğrultusunda hareket etmesi gerekir²⁹.
- Kural olarak bir devlet başkanlığı makamı bulunmamaktadır³⁰. Devlet başkanlığı makamı zorunlu bir unsur olarak görülmemekle birlikte meclis hükümeti sistemini benimseyen İsviçre gibi ülkelerde devlet başkanlığı makamının fonksiyonlarını yerine getiren bir kişi bulunmaktadır³¹.

Yürütme organının meclis üzerinde kullanabileceği herhangi bir hukuki mekanizma bulunmamaktadır. Yürütme organının meclisi feshetme yetkisi olmadığı gibi, çalışmasını engelleme, süresini uzatıp kısaltma yetkisi de bulunmamaktadır. Bu özellik, meclis hükümeti sistemini parlamenter hükümet sisteminden ayırt etmeye yarayan özellikler arasında sayılmaktadır³². Meclis hükümeti sisteminde meclisin kendisini toplantıya çağırma yetkisi olduğu gibi, meclisin kendi kendini feshetme yetkisi (özfesih) de bulunmaktadır³³.

Meclis hükümeti sistemini parlamenter hükümet sisteminin bir türü olarak kabul edenler de bulunmaktadır. Zira her iki hükümet sisteminin de saf başkanlık sisteminden temel farkı hem parlamenter sistemde hem de meclis hükümeti sisteminde yürütme organının görevine son verilebilmesidir. Zira parlamenter sistemde bakanlar kurulunun görevine güvensizlik oylamasıyla son verilebiliyorken, meclis hükümeti sisteminde yürütme organının görevine meclis tarafından son verilebilmektedir³⁴.

Meclis hükümeti sisteminin tartışmalı olarak nitelendirilebilecek bir özelliği ise tek meclisli bir yapı öngörmesidir. Bu özelliğin tartışmalı olmasının nedeni

Levha Yayınları 2020) 255.

²⁸ Mehmet Turhan, Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1989) 27.

²⁹ Anayurt (n 2) 517, 518.

³⁰ Aldıkaçtı (n 3) 21.

³¹ Özbudun (n 10) 53.

³² Özbudun (n 10) 55; Aldıkaçtı (n 3) 61.

³³ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (Ekin Yayınevi 2011) 558; Turhan (n 4) 458.

³⁴ Özbudun (n 10) 55.

ise her ne kadar meclis hükümeti sisteminin saf halini ifade etmese de İsviçre'nin federal bir devlet olması sebebiyle çift meclisli bir yapıya sahip olmasıdır³⁵.

II. İSVİÇRE MECLİS HÜKÜMET SİSTEMİ İLE 1920'DE ORTAYA ÇIKAN VE 1921 ANAYASASI İLE ANAYASAL NİTELİĞE KAVUŞAN HÜKÜMET SİSTEMİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Çalışmanın amacı doğrultusunda önce İsviçre hükümet sistemine değinilecektir. Zira İsviçre'de uygulanan hükümet sistemi üzerinde tartışmalar olsa da günümüzde meclis hükümeti sistemine en yakın örnek olarak gösterilmektedir. İsviçre'nin federal bir devlet olması, oydaşmacı demokrasi anlayışının uygulanması, doğrudan demokrasi anlayışının yarı doğrudan demokrasi araçları ile uygulanması aşağıda özellikleri belirtilecek olan kendine özgü bir hükümet sistemini oluşturmuştur.

Bir sonraki bölümde ise 1920'de temelleri atılan ve 1921 Anayasası ile anayasal boyut kazanan hükümet sistemi ele alınacak ve İsviçre hükümet sistemi ile karşılaştırılması neticesinde varılan sonuçlara yer verilecektir.

A. İSVİÇRE HÜKÜMET SİSTEMİ

Meclis hükümeti sistemi kavramsallaştırılırken, tıpkı Fransa'da Konvansiyon döneminde ve Türkiye'de 1920 TBMM hükümeti ile başlayan dönemde olduğu gibi genellikle olağanüstü dönemlerde ortaya çıktığı belirtilir. Günümüzde meclis hükümeti sisteminin saf halinin örneğini görmek mümkün olmasa da meclis hükümeti sistemine en çok yaklaşan ülke İsviçre'dir. İsviçre hükümet sistemi³⁶ meclis hükümeti sistemine benzeyen özellikleriyle uzun zamandır uygulanmaktadır³⁷.

İsviçre Federal Anayasası 1848 yılında kabul edilip, 1874 yılında büyük bir değişikliğe uğramıştır. Mevcut anayasa ise 1999 yılında kabul edilip, 2000 yılında yürürlüğe girmiştir³⁸. Her ne kadar 1999 yılında anayasa değişikliği yapılmış olsa da İsviçre'de mevcut olan kolejyal yürütme organı 1848'den itibaren değişmemiştir³⁹. Farklı kültürlerin barış içinde yaşadığı İsviçre'de federalizm ve doğrudan demokrasi kesintisiz uygulanan iki kurum olmuştur⁴⁰. Fransız Devrimi'ne kadar İsviçre anlaşmalarla birbirine bağlanmış bir kantonlar topluluğudur. Bunu modern

³⁵ Kanadoğlu ve Duygun (n 27) 256.

³⁶ İsviçre hükümet sisteminin meclis hükümeti sisteminden uzak olduğu yönündeki görüş için bakınız Kanadoğlu (n 27) 258.

³⁷ Anayurt (n 2) 518, 519.

³⁸ <https://www.britannica.com/place/Switzerland/Daily-life-and-social-customs> (Erişim tarihi 12.11.2023).

³⁹ İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (17. Baskı, Legal Yayıncılık 2023) 141.

⁴⁰ Wolf Linder ve Sean Mueller, *Swiss Democracy Possible Solutions to Conflict in Multicultural Societies* (Fourth Edition, Palgrave Macmillan 2021) 1.

anlamda, uluslararası bir anlaşmayla birleşmiş küçük, bağımsız devletlerden oluşan bir sistem olarak tanımlamak mümkündür. Tüm kantonlar özerk veya egemen devletler olduklarını iddia ettiğinden, bu gevşek konfederasyonda ortak kararların oybirliğiyle alınması gerekiyordu⁴¹. İsviçre daha önce üniter devlet yapılanmasını denediği için⁴² 1848 Anayasasıyla federasyon sistemi benimsemiştir ve yirmi altı kantondan oluşmaktadır⁴³. 1291 ile 1848 yılları arasında İsviçre Konfederasyonla yönetilmiştir ve konfederasyonun en eski örneğini oluşturmuştur⁴⁴. Ülke federal bir devlet olmasına rağmen 1848 öncesinde oluşturulan sistemden kaynaklı olarak resmi adı İsviçre Konfederasyonu'dur⁴⁵. Monarşik yönetime sahip ülkelerden farklı olarak geçmişte, İsviçre topraklarında hiçbir zaman güçlü, merkezi bir hükümet var olamamıştır⁴⁶.

Federal devlet yapısına sahip olan İsviçre'de kantonlar arasında büyük farklılıklar bulunmasına rağmen İsviçre Federal Anayasası kantonların eşit egemenlik hakkına dayanmaktadır. Örneğin anayasa değişikliği söz konusu olduğunda hem vatandaşların hem de kantonların oylarının çoğunluğu aranmaktadır. Her bir kanton nüfuslarına ve yüz ölçümlerine bakılmaksızın yalnızca bir oy hakkına sahiptir⁴⁷.

İsviçre'de siyasi sistemde doğrudan demokrasi anlayışının yanında oydaşmacı demokrasi anlayışı da mevcuttur. İsviçre dışında Hollanda, Belçika, Güney Afrika gibi pek çok ülkede güçlerin paylaşımına dayalı bir sistem görmek mümkündür⁴⁸.

1. Yasama Organı

İsviçre Federal Anayasası'nın 148. maddesinde⁴⁹ Federal Meclis (Bundesversammlung) ülkenin en yüksek otoritesi olarak ifade edilmiştir. Federal Meclis, çift meclisten oluşmaktadır. Çift meclislerden biri Ulusal Konsey (*Nationalrat*) diğeri ise Kantonlar Konseyi (Ständerat)dir. Federal Anayasa'nın 149. maddesine göre Ulusal Konsey, halkın seçtiği 200 temsilciden oluşur. Temsilciler, orantılı

⁴¹ Linder ve Mueller (n 40) 59.

⁴² 18. Yüzyılın sonunda İsviçre, Fransız ordusu tarafından işgal edilmiş ve İsviçre'de üniter bir devlet olan Helvet Cumhuriyeti kurulmuştur. Ancak bu dönemde yoğun bir biçimde isyanlar ve çatışmalar ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda, Fransa tarafından dayatılan sistemin uygulanamayacağı ve konfederasyonun merkezileştirilemeyeceği anlaşılmıştır. Ardından, 1848 yılında, Anayasa ile federasyon sistemi tesis edilmiştir. Mirosław Matyja, "The Swiss Model of Direct Democracy" (2019) 1 Technium Social Sciences Journal 41-43.

⁴³ Linder ve Mueller (n 40) 60.

⁴⁴ Gözler (n 33), 487.

⁴⁵ Kanadoğlu ve Duygun (n 27) 260.

⁴⁶ Ladner A, "Society, Government, and the Political System" in Andreas Ladner, Nils Soguel, Yves Emery Sophie Weerts, Stéphane Nahrath (ed.) *Swiss Public Administration Making the State Work Successfully* (Palgrave Macmillan 2019) 4.

⁴⁷ Thomas Fleiner-Gerster, The Concept of Constitution in Thomas Fleiner-Gerster, Silvan Hutter (ed.) *Federalism and Decentralization in Federal and Centralized States* (Routledge 2018) 144.

⁴⁸ Linder ve Mueller (n 40) 167, 168.

⁴⁹ https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en#art_148 (Erişim tarihi 11.11.2023).

temsil sistemine göre doğrudan halk tarafından seçilir ve her dört yılda bir genel seçim yapılır. Her Kanton bir seçim bölgesini oluşturur. Meclisteki sandalyeler Kantondaki nüfuslarına göre belirlenmektedir ve her Kantondaki en az bir sandalyesi bulunmaktadır. Her kantondaki meclise gönderdiği temsilci sayısı nüfusunun büyüklüğüne göre değişmektedir. Her Kanton yaklaşık 40.000 kişiye karşılık bir temsilciyi Ulusal Konsey'e göndermektedir. Temsilciler orantılı temsil sistemine göre belirlenmektedir⁵⁰.

Kantonlar Konseyi ise İsviçre Federal Anayasası'nın 150. maddesine göre kırk altı temsilciden meydana gelmektedir. Obwalden, Nidwalden, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Auserroden ve Appenzell Innerroden kantonlarının her biri Kantonlar Konseyi'ne birer temsilci seçer; diğer Kantondaki her biri iki temsilci seçer. Kantonlar Konseyi'nin seçimine ilişkin kurallar Kantondaki tarafından belirlenir. Kantonlar Konseyi'nde seçimler iki türlü çoğunluk sistemine göre yapılmaktadır. İlk turda mutlak çoğunluk, ikinci turda ise basit çoğunluk aranmaktadır⁵¹.

İsviçre'de meclisin iki kanatlı olmasının sebebi federal bir devlet olmasının yanında ikinci mecliste bazı azınlıklara temsil imkanının sağlanmasının amaçlanmasıdır. Böyle bir sistemde azınlık temsilinin anlam ifade edebilmesi için iki meclisin yetkilerinin birbirine yakın olduğu, birinin diğerinden üstün olmadığı simetrik ve dengeli bir meclise ihtiyaç vardır. İsviçre de bu özellikleri taşımaktadır⁵². Her iki meclis de yasamaya ilişkin prosedürleri ve denetim mekanizmalarını başlatabilir. Bir kanun tasarısının kanunlaşabilmesi için her iki meclis tarafından da kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle her iki meclis arasında uzlaşma aranmaktadır. Yeniden seçilmesi mümkün olmayan meclis başkanı, her iki meclise de başkanlık eder. Herhangi bir mecliste oyların eşit olması durumunda başkanın oyu belirleyici olur⁵³.

İsviçre'de meclisin sürekliliği ilkesi mevcuttur. Yürütme organı Federal Konsey tarafından alınan bir kararın değiştirilmesi ya da iptal edilmesi gerekirse, meclis zaman kaybetmeden bu işlemleri gerçekleştirebilecektir⁵⁴.

İsviçre Federal Anayasası'na göre Federal Meclis kanun yapmak dışında, Federal Konsey üyelerini seçmek, federal yargıçları seçmek ve atamak, savaş zamanında orduyu komuta edecek generalleri seçmek ve atamak, savaş ve barış ilanı ile af yetkisine de sahiptir⁵⁵.

⁵⁰ <https://www.eda.admin.ch/aboutswitzerland/en/home/politik-geschichte/politisches-system/bundesversammlung.html#:~:text=Switzerland%20has%20a%20bicameral%20parliament,four%20years%20by%20the%20people.> (Erişim tarihi 30.12.2023). Matyja (n 42) 48.

⁵¹ Matyja (n 42) 48.

⁵² Arend Lijphart, *Çağdaş Demokrasiler- Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri* (Çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran, Yetkin Yayınları Tarihsiz) 28.

⁵³ Matyja (n 42) 48.

⁵⁴ Çelebi (n 4) 248.

⁵⁵ Hüseyin Murat Işık, "İsviçre Konfederasyonu Hükümet Sisteminin Meclis Hükümeti Sistemi

İsviçre’de meclis çok partili bir görünüme sahiptir. Hiçbir parti çoğunluğu elde edemez. Genellikle dört partili bir meclisten söz edilmesi mümkündür. Toplumdaki çok kültürlü yapı, mecliste partilerin görünümüne de yansımaktadır⁵⁶.

2. Yürütme Organı

İsviçre hükümet sistemi Shugart ve Carey tarafından hibrit bir model olarak nitelendirilmektedir. Bu hibrit modelde yürütme organının kaynağı meclisten ayrı değildir fakat her iki erk de birbirinden bağımsızdır. İsviçre’de kolejyal yürütme organı çift meclisli yasama organı tarafından belirli bir dönem için seçilmektedir⁵⁷. Ünlü siyaset bilimci Lijphart da İsviçre hükümet sistemini melez (hibrit) bir rejim olarak ifade etmektedir⁵⁸.

İsviçre’de yürütme fonksiyonu Federal Meclisin seçtiği Federal Konsey tarafından yerine getirilir ve görev süresi dört yıldır⁵⁹. İsviçre Federal Anayasası’nın 174. maddesine göre Federal Konsey ülkenin en yüksek yönetim ve yürütme otoritesi olarak tanımlanmıştır. Yürütme organı, meclisin tek tek seçtiği, eşit haklara sahip, her yıl değişen bir federal başkana sahip olan ve hükümet işlerini ortaklaşa yürüten yedi federal meclis üyesinden oluşan bir kolejyal yapıdan ibarettir⁶⁰. Federal Konsey’in başkanıyla birlikte iki kişi de başkan yardımcısı seçilmektedir. Federal Konsey başkanı aynı zamanda sembolik olarak devlet başkanlığı görevini üstlenir. Federal Konsey içinde başkan *primus inter pares*, eşitler arasında birinci konumdadır. Federal Konsey’in siyasi eğilim bakımından homojen bir yapıya sahip olması aranmaz. Ancak Federal Meclis’in kendisine verdiği talimatları yerine getirmek zorundadır. Federal Konsey’in meclise kanun önerisinde bulunma yetkisi de vardır⁶¹. Yürütme organının yasama organı tarafından doğrudan doğruya belirlenmesi ve meclisin programının uygulanması bakımından sistem meclis hükümeti sistemine benzemektedir.

Federal Konsey üyelerinin seçimi 1959 yılından beri sihirli formül anlaşması (*Zauberformel*) doğrultusunda belirlenmektedir. Sihirli formül anlaşması çok partili bir sistemin mevcut olduğu İsviçre’de gayri resmi bir şekilde uygulanmaktadır. Ulusal Konsey’de yer alan dört büyük parti Federal Konsey üyelerini belirlemektedir. Seçim sonuçlarıyla elde ettikleri güçleri oranında Federal Konsey’in

Bakımından Değerlendirilmesi” (2022) 27 (47) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 546.

⁵⁶ Lijphart (n 52) 29.

⁵⁷ Mathew Soberg Shugart and John M. Carey, *Constitutional Design and Electoral Dynamics* (First Edition, Cambridge University Press 1992) 78.

⁵⁸ Lijphart, (n 52) 63; Sistemi parlamenter sistem ve başkanlık sisteminden unsurlar içeren karma bir model olarak nitelendiren başka bir görüş için bakınız Kaboğlu (n 39) 141.

⁵⁹ Teziç (n 5) 502.

⁶⁰ Linder Wolf, Das Politische System der Schweiz in Wolfgang Ismayr (Ed.), *Die Politischen Systeme Westeuropas* (Springer 2004) 487.

⁶¹ Teziç (n 5) 502.



iki üyesi Radikallerden, iki üyesi Hristiyan Demokratlardan, iki üyesi ise Sosyal Demokratlardan oluşmaktadır, son bir üye ise İsviçre Halk Partisi milletvekilleri arasında belirlenmektedir. Meclisteki diğer partiler sandalyelerin %20'sinden azına karşılık gelmektedir⁶². Federal Konsey üyelerinin seçiminde ek bir ölçüt de farklı dilleri konuşan grupların güçleri oranında temsil edilmesidir. Konseyde Almanca konuşan üyelerin sayısı dört veya beşi bulunmaktadır. Bunun yanında bir ya da iki Fransızca konuşan üye bulunur ve sıklıkla İtalyanca konuşan bir üyenin de Federal Konsey'in içinde yer aldığı görülmektedir⁶³. Sihirli formül anlaşması 2003 yılına kadar devam etmiştir. 2003 yılına gelindiğinde ise Hristiyan Demokratların içinden yeni bir partinin ortaya çıkmasıyla Federal Konsey'de yer alan partilerin durumu değişmiştir⁶⁴.

Federal Konsey'in her iki meclis önünde de siyasi sorumluluğu bulunmamaktadır⁶⁵. Bu nedenle de güven oylamasına yer verilmemiştir. Federal Konsey'in kurul halinde istifa ettiği bir örnek de bulunmamaktadır. Federal Konsey üyelerinin arasında görüş farklılıkları bulunsada dahi kararlarını kurul halinde vermeleri gerekmektedir. Karar oy birliğiyle alınmamış olsa bile kurul kararı niteliğinden uzaklaşmamaktadır⁶⁶. Federal Konsey'in yasama organını feshetme yetkisi bulunmadığı gibi yasama organının da Federal Konseyi görevden alma yetkisi bulunmamaktadır⁶⁷. İsviçre'de yasama ve yürütme ilişkileri bağlamında Federal Meclis'in ve Federal Konsey'in birbirlerinin görev sürelerini sonlandıramaması nedeniyle hükümet sistemi sert kuvvetler ayrılığı olarak ifade edilmektedir. Zira sert kuvvetler ayrılığı sistemlerinde yasama ve yürütmenin sabit görev süresi olup her ikisinin de birbirlerinin görevlerine son vermesi mümkün değildir⁶⁸. Federal Konsey'in, meclis tarafından seçilmesine rağmen güvensizlik önergesi verilememesi sebebiyle devrilmesinin mümkün olmaması, Federal Konsey tarafından sunulan hükümet tasarılarının kabul edilmemesi durumunda Federal Konsey üyelerinin istifa etmesinin gerekmemesi⁶⁹ gibi nedenlerle İsviçre'de Federal Konsey'in güçlü olduğunu söylemek mümkündür ancak üstün değildir⁷⁰. Yürütme organının yasama organına karşı siyasi sorumluluğunun ve güven oylaması mekanizmasının bulunmaması itibarıyla sistem parlamenter sistemden uzaklaşmaktadır.

⁶² Linder ve Mueller (n 28) 21.

⁶³ Lijphart (n 52) 27.

⁶⁴ Tolga Şirin, *Meclis Hükümeti-Rousseau'dan Marx'a, Lenin'den Atatürk'e Bir Ortak Kesen* (On İki Levha 2023) 52.

⁶⁵ Ali Fuad Başgöl, *Demokrasi Yolunda* (Yağmur Yayınevi 2006) 187.

⁶⁶ Anayurt (n 2); Teziç (n 5) 502.

⁶⁷ Gözler (n 33) 564, 565; Anayurt (n 2) 520.

⁶⁸ Kanadoğlu ve Duygun (n 27) 259.

⁶⁹ Jürg Steiner, *Amicable Agreement versus Majority Rule-Conflict Resolution in Switzerland* (University of North Carolina Press 1974) 43.

⁷⁰ Lijphart (n 49) 28.

Tüm sayılan özellikler değerlendirildiğinde her ne kadar yürütmenin yasama-
dan kaynaklandığı ve hükümetin genel siyasetinin meclis tarafından belirlendiği
bir sistem kurgulanmışsa da yasama organı ile yürütme organının karşılıklı olarak
birbirlerinin görevlerine son verme yetkilerini kullanamamaları sebebiyle İsviçre
Hükümet sistemini meclis hükümeti sisteminin saf hali olarak ifade etmek müm-
kün değildir⁷¹.

Her ne kadar anayasal olarak en üstün organ meclis olsa da uygulamada meclis-
lisin zayıf kalmasının sebebi İsviçre'deki doğrudan demokrasi uygulamasıdır⁷².
İsviçre'de doğrudan demokrasi anlayışı mevcut olduğu ve bu sebeple de pek çok
kanunun yürürlüğe girmesinde yarı doğrudan demokrasi araçları kullanıldığı için
meclisin gücü zayıflamaktadır⁷³. İsviçre'de aynı zamanda oydaşmacı demokra-
si anlayışı uygulanmaktadır. Oydaşmacı demokrasi, çatışmadan çok oydaşmayı
vurgulayan, kapsayıcı, yönetici kadronun kapsamının geniş olmasını hedefleyen
bir demokrasi anlayışıdır. İsviçre de bölünmüş bir toplum olduğu için oydaşmacı
demokrasi anlayışının iyi bir örneğini oluşturmaktadır⁷⁴. İsviçre Federal Anayasa-
sı'nın ortaya çıkardığı devlet yapılanmasının oydaşmacı bir nitelik taşıması "kon-
kordanz" demokrasisi olarak da adlandırılmasına sebep olmaktadır⁷⁵.

Siyasal hayatı etkileyen doğrudan demokrasi kavramı İsviçre'de 13. yüzyıldan
itibaren ortaya çıkmıştır⁷⁶. Egemenliğin doğrudan doğruya halk tarafından kulla-
nılması yani kural koyma, kuralları uygulama, iç ve dış siyaseti belirleme ve uyuş-
mazlık çözme yetkisinin halka ait olması doğrudan demokrasi anlayışını ortaya
çıkarmaktadır. Her ne kadar Antik Yunan'da ve İsviçre'nin küçük kantonlarında
uygulama imkânı bulmuş olsa da günümüz modern devletlerinde doğrudan de-
mokrasi saf halinin uygulama imkânı bulması mümkün değildir. Halk egemen-
liği anlayışını ortaya koyan filozof Rousseau da doğrudan demokrasi imkan-
sızlığına vurgu yapmıştır⁷⁷. İsviçre'de ise halk girişimi, halk vetosu ve referandum
gibi yarı doğrudan demokrasi⁷⁸ araçlarına yer verilmiştir. Bu araçlar seçmenlerin

⁷¹ Anayurt (n 2) 520; Gözler (n 33) 564; Bülent Yücel, *Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği* (Adalet Yayınevi 2009) 43-44.

⁷² Anayurt (n 2) 520; Kanadoğlu ve Duygun (n 27) 260.

⁷³ Kanadoğlu ve Duygun (n 27) 260.

⁷⁴ Lijphart (n 52) 26-27.

⁷⁵ Kanadoğlu ve Duygun (n 27) 260; Şirin (n 58) 50.

⁷⁶ Loewenstein (n 13) 78.

⁷⁷ Anayurt (n 2) 542-543.

⁷⁸ Yarı doğrudan demokrasi anlayışı temsili demokrasi ile doğrudan demokrasi birleşiminden meydana gelmektedir. Egemenliğin halk ile temsilciler arasında paylaşılmasıdır. Ancak doğrudan demokrasi ve temsili demokrasi bir araya gelmesi bir çelişkiyi içinde barındırmaktadır. Temsili demokrasi egemenliğin temsilciler aracılığıyla kullanılmasına imkân verirken doğrudan demokrasi ise egemenliğin temsil edilemeyeceği ancak halk tarafından kullanılabilmesi esasına dayanmaktadır. Doğrudan demokrasi anlayışı da pek çok kurum gibi değişim geçirerek yarı doğrudan demokrasiye dönüşmüştür. Anayurt (n 2) 548.

İsviçre Parlamentosu tarafından alınan kararlar hakkında görüşlerini ifade etmelerine ve Federal Anayasada değişiklik teklifinde bulunmalarına olanak tanır⁷⁹. Yarı doğrudan demokrasi anlayışı halkın iradesinin karar alma süreçlerine dahil olmasını gerektirdiğinden bu anlayışa referandum demokrasisi adı da verilmektedir.⁸⁰ İsviçre siyasal hayatın referandum etrafında döndüğü ülke olarak ifade edilmektedir⁸¹. İsviçre'de federal nitelikte ilk referandum 19. yüzyılda anayasa referandumu şeklinde gerçekleşmiştir⁸².

İsviçre Federal Anayasası'nın 134. maddesinde on sekiz yaşını doldurmuş her vatandaşın Ulusal Konsey seçimlerine, federal halkoylamalarına katılabileceği, halk girişimi başatabileceği ya da imzalayabileceği ve federal konularda referandum taleplerinde bulunabileceği ifade edilmiştir. Bu şekilde ihtiyari referanduma yer verildiği gibi İsviçre Federal Anayasası'nın 140. maddesinde zorunlu referanduma yer verilmiştir. Buna göre; Federal Anayasa değişiklikleri, kolektif güvenlik örgütlerine veya uluslar üstü topluluklara katılım, Anayasanın bir hükmüne dayanmayan ve geçerlilik süresi bir yılı aşan olağanüstü federal kanunların Federal Meclis'te kabul edilmesinin ardından bir yıl içinde referanduma sunulması gerekmektedir.

Kanunun resmi olarak yayımlanmasından sonraki yüz gün içinde oy kullanma hakkına sahip 50.000 kişi veya herhangi bir sekiz Kanton'un talep etmesi halinde ise isteğe bağlı referandum uygulanması mümkün olabilmektedir. İsviçre Federal Anayasası'nın 141. Maddesine göre federal kanunlar, geçerlilik süresi bir yılı aşan olağanüstü federal kanunlar, Anayasanın veya kanunun gerektirdiği ölçüde federal kararname ve Federal Anayasa'da sayılmış olan bazı uluslararası anlaşmalar isteğe bağlı referanduma sunulabilecek normlar arasındadır. Son olarak gereken çoğunluğa bakıldığında Federal Anayasa'nın 142. Maddesine göre; referanduma sunulan teklifler, oy verenlerin çoğunluğunun onaylaması halinde kabul edilir. Halkın ve Kantonların oyununa sunulan teklifler, oy verenlerin çoğunluğu ve Kantonların çoğunluğunun onaylaması durumunda kabul edilir. Bir Kantondaki referandumun sonucu Kantonun oyunu belirler. Obwalden, Nidwalden, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden ve Appenzell Innerrhoden kantonlarının her birinin yarım kanton oyu vardır.

İsviçre Federal Anayasası'nda hem yarı doğrudan demokrasi araçlarına yer verilmiş hem de çok kültürlü olan bu toplumda odayşmacı demokrasi anlayışı be-

⁷⁹ <https://www.eda.admin.ch/aboutswitzerland/en/home/politik-geschichte/politisches-system/direkte-demokratie.html> (Erişim tarihi 22.12.2023)

⁸⁰ Anayurt (n 2) 549.

⁸¹ İlker Gökhan Şen, *Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 173.

⁸² Hamide Bağçeci, *Siyasal Katılım Aracı Olarak Referandum: Avrupa Birliği ve Türkiye Uygulamaları* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 222.

nimsenmiştir⁸³. Tüm bu açıklanan nedenlerle İsviçre hükümet sisteminin meclis hükümeti sisteminden sapmalar içeren kimilerine göre parlamenter sisteme kimilerine göre ise kuvvetlerin sert ayrılığı sistemi olan başkanlık sistemine yaklaşan kendine özgü bir hükümet sistemi olduğunu söylememiz mümkündür.

B. 1920'DE ORTAYA ÇIKAN VE 1921 ANAYASASI İLE ANAYASAL NİTELİK KAZANAN HÜKÜMET SİSTEMİ

1. 1920 TBMM Hükümetine Giden Süreç

30 Ekim 1918'de Mondros Ateşkes Antlaşması'ndan sonra Anadolu'nun dört bir yanı itilaf devletleri tarafından işgal edilmiş ve bu devletlerce sömürgeleşmiş bir köylü devleti arzulanmıştır. Bu dönemde Osmanlı iktidarının gücünü kaybetmesiyle yeni iktidarlar oluşmaya başlamıştır. Böylece de hem devlet hem de iktidar sorunu⁸⁴ baş göstermiştir. Bu gelişmeler üzerine kongre hareketleri ortaya çıkmıştır. 30 Ekim 1918 ile 23 Nisan 1920'de I. Büyük Millet Meclisi'nin⁸⁵ (I. Meclis) açılışı arasındaki döneme "Kongreler Dönemi" adı verilmektedir⁸⁶. Osmanlı Devleti'nde yaşanan siyasi ve anayasal gelişmeler ile Ankara'da toplanan Büyük Millet Meclisi 1921 Anayasası'na giden sürecin temel taşlarını oluşturmaktadır⁸⁷. Ülkeyi işgalden kurtarmak amacıyla önce yerel kongre iktidarıyla bir direniş ortaya çıkmış ancak bölgesel nitelikli direniş hareketleriyle kurtuluşun sağlanamayacağını anlaşılmaya üzerine Mustafa Kemal'in liderliğinde direniş merkezileşmiş böylece de başarıya ulaşılmıştır⁸⁸. Tanör, Mondros Ateşkes Antlaşması sonrasında düzenlenen herhangi bir toplantı ile tüm vatani ya da bölgesel kurtuluşu amaçlayan kongrelerin birbirinden farklı olduğuna dikkat çekmiş; dernekleri aşan, temsil gücüne sahip, bölgesel ya da ülkesel düzeyde kararlar ortaya

⁸³ Bağçeci (n 82) 223.

⁸⁴ Kurtuluş Savaşı Döneminde işgallere karşı mücadele ile birlikte siyasal bir süreç de yaşanmıştır. Ömür Sezgin, *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu* (2. Baskı, İmge Kitabevi 2005) 8. I. Dünya Savaşı'nın bütün olumsuz sonuçlarına rağmen Türkiye'de ülkenin işgalden kurtuluşu ve yeni bir devletin kuruluşu süreci yaşanmıştır. Bülent Tanör, *Kuruluş (Türkiye 1920 Sonraları)* (Cumhuriyet Yayınları 1997) 9.

⁸⁵ Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin I. Dönemi 23 Nisan 1920'de başlamış fiilen 21 Mayıs 1923 tarihine kadar sürse de hukuki olarak 11 Ağustos 1923 tarihine kadar devam etmiştir. Bu dönem "İlk Meclis" ya da "Birinci Meclis" olarak adlandırılmaktadır. I. Meclis Kurtuluş Savaşını yürütüp kazanan meclistir. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *İlk Meclis* (Cumhuriyet Yayınları 1999) 6. Cumhuriyeti ilan eden II. Meclistir.

⁸⁶ Bülent Tanör, *Türkiye'de Yerel Kongre İktidarları (1918-1920)* (AFA Yayınları 1992) 11-17; İhsan Güneş, *Birinci TBMM'nin Düşünce Yapısı (1920-1923)* (2. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2008) 249; Rıdvan Akın, *TBMM Devleti (1920-1923) Birinci Meclis Dönemi'nde Devlet Erkleri ve İdare* (1. Baskı, İletişim Yayınları 2001) 41.

⁸⁷ Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (24. Baskı, Yapı Kredi Yayınları 2014) 225.

⁸⁸ Ahmet Demirel, *İlk Meclis'in Vekilleri Milli Mücadele Döneminde Seçimler* (3. Baskı, İletişim Yayınları 2017) 18.

koyan oluşumları mercek altına almıştır⁸⁹.

I. Büyük Millet Meclisi'nin açılmasına giden sürecin öncesinde ortaya çıkan yerel kongre iktidarlarında, Amasya Genelgesi, Erzurum ve Sivas Kongrelerinde “milli egemenlik” kavramı üzerinden hareketle bağımsızlığın elde edilebileceği vurgulanmıştır. Yerel Kongre İktidarları Sivas Kongresi ile birleştirilmeye başlanmış ve Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti adını alarak ulusal bir boyuta ulaşmıştır⁹⁰. Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti ulusal bir cepheyi oluşturarak I. Büyük Millet Meclisi iktidarının adımları atılmıştır⁹¹. Bu dönemde Mustafa Kemal ulusal boyuta ulaşan harekete meşruiyet kazandırmak amacıyla Anadolu’da bir meclisin toplanmasını istemesine rağmen⁹² Sivas’ta gerçekleştirilen Heyet-i Temsiliye (Temsil Heyeti) toplantısında Meclis-i Mebusan’ın İstanbul’da toplanması yönünde sonuca ulaşılmıştır. Bu dönemde Ali Rıza Paşa liderliğindeki İstanbul hükümeti Sivas Temsil Heyeti ile ılımlı ilişkiler kurmaya çalışmış ve Sivas Heyet-i Temsiliyesi’ni tanımıştır⁹³. Bu dönemde Ali Rıza Paşa hükümetinden Bahriye Nazırı Salih Paşa ile Mustafa Kemal arasında yapılan Amasya Mülakatı sonrasında 7 Ekim 1919 tarihli İntihab-ı Mebusan Kararnamesine göre Aralık ayında genel seçimler yapılmıştır⁹⁴.

12 Ocak 1920 tarihinde son Osmanlı Mebusan Meclisi toplanmıştır. Son Osmanlı Mebusan Meclisinde ağırlıklı olarak Müdafaa-i Hukuk yanlısı milletvekilleri bulunmaktadır. Her ne kadar mecliste Müdafaa-i Hukuk grubunun kurulması amaçlansa da başarılı olunamamıştır ancak bu dönemde Misak-ı Milli kabul edilmiştir. Misak-ı Milli’nin temelleri önceden Mustafa Kemal tarafından belirlenmiştir. Misak-ı Milli’nin kabulü ile İstanbul Hükümetinin Temsil Heyeti ile kurduğu ilişki İtilaf devletlerinin İstanbul’u işgalini hızlandırmıştır⁹⁵. Son Osmanlı Mebusan Meclisi Misak-ı Milli kararı aldıktan sonra 16 Mart 1920’de İstanbul’un işgalinin ardından 18 Mart 1920’de çalışmalarına ara vermiş, 11 Nisan 1920’de ise Damat Ferit Paşa tarafından Meclis feshettirilmiştir⁹⁶.

⁸⁹ Tanör (n 86) 19-20.

⁹⁰ Tanör (n 87) 228- 229.

⁹¹ Tanör (n 87) 228.

⁹² Mustafa Kemal Samsun’a çıkmadan aklında millet egemenliğine dayalı ve bağımsız bir Türk devleti kurma iradesi içinde olduğunu ve Samsun’a ulaştığında bunu uygulamaya koyduğunu Nutuk’ta ifade etmiştir. Mustafa Kemal Atatürk, *Nutuk* (Yay. Haz. Burak Mert Oldaç) (4. Baskı, Fark Yayınları 2020) 14.

⁹³ Demirel (n 88) 37; Tanör (n 87) 229.

⁹⁴ Bu dönemde temel istek ilk aşamada yürürlükte bulunan Kanun-ı Esasi’ye göre milli iradeyi tecelli ettirmektir. Sezgin (n 84) 22; Tanör (n 87) 229-230; Olağanüstü bir dönemde olmasına rağmen seçimler gerçekleştirilmiştir. Yalnızca genel seçimlerin gerçekleştirilmiş olması değil sonuçları da Müdafaa-i Hukuk hareketinin İstanbul hükümeti üzerindeki başarısını göstermektedir. Akın (n 86) 42.

⁹⁵ Demirel (n 88) 70.

⁹⁶ Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (3. Baskı, Ekin Yayınları 2019) 66-67.

Meclis-i Mebusan'ın dağılmasından sonra Temsil Heyeti adına Mustafa Kemal tarafından Ankara'da "olağanüstü yetkilere sahip bir meclis" in toplanmasına karar verilmiştir. İlk başta "kurucu meclis"⁹⁷ ifadesini kullanıp bu meclisin rejimi değiştirme yetkisine sahip olacağını vurgulamak istemesine rağmen, halkın alışık olmaması ve bu ifadenin kullanım amacını açıklayamayacağı gibi sebeplerle "kurucu meclis" yerine "olağanüstü yetkilere sahip bir meclis" ifadesini kullanmayı tercih ettiği Mustafa Kemal Atatürk tarafından Nutuk'ta ifade edilmiştir⁹⁸. Olağanüstü yetkilere sahip olan ve 23 Nisan 1920'de açılan meclisin seçim yöntemi 17 Mart 1920'de yayımlanan İntihabat Tebliği (seçim bildirgesi) ile belirlenmiştir⁹⁹. Söz konusu seçim bildirgesi ile nüfuslarına bakılmaksızın her livadan beş milletvekili seçilecektir. İki dereceli seçime benzeyen bir şekilde Müdafaa-i Hukuk Cemiyetlerinin yerel yönetim kurulu üyeleri seçim yapacaktır. Seçim bildirgesinde dikkat çeken bir husus da İstanbul'daki Meclis-i Mebusan'dan gelecek olan üyelerin de seçilmiş sayılmalarıdır¹⁰⁰.

I. Meclis¹⁰¹, hukuki temsilin yanı sıra sosyolojik temsiliyet düzeyi de oldukça yüksek bir meclistir. Her ne kadar halk kitleleri ile köylüler temsil edilenlerin dışında kalsa da siyasi, toplumsal ya da dinsel açıdan toplumda öne çıkan bürokratlar, çiftçiler, tüccar ve din adamları mecliste temsil edilmişlerdir. Ancak İkinci Meclis döneminde askeri ve sivil bürokratlar ağırlıklı olarak mecliste yer almışlardır¹⁰².

23 Nisan 1920'de açılan meclisin adının ne olacağı tartışma konusu olmuştur.

⁹⁷ Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Yayına Hazırlayan Ahmet Kuyaş, Yapı Kredi Yayınları 2015) 497; Öykü Didem Aydın, "Biz, Halk: "Egemenliğin Sahibi" Halkın-Kurucu- Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı: ABD ve Latin Amerika'nın Genel Çizgilerinden Türkiye İçin Bir Modele Doğru (Yetkin Yayınları 2011) 468; Savaş, devrim, darbe gibi durumlarda ortaya çıkan asli kurucu iktidar hukuken sınırsız bir iktidardır. Kemal Gözler, *Kurucu İktidar* (Ekin Kitabevi 1998) 70.

⁹⁸ Atatürk (n 92) 312. Bu dönemde son Osmanlı Mebusan Meclisi Başkanı ve anayasa hukukçusu Celalettin Arif Bey arasında görüş farklılığı olmuş, Celalettin Arif Bey olağanüstü yetkilere sahip olan meclisin Meclis-i Mebusan'ın devamı olduğunu düşünmüştür, olağanüstü yetkilere sahip meclisin kanuna dayanması gerektiğini ifade etmiştir. Atatürk (n 92) 313-315; Sezgin (n 84) 26.

⁹⁹ Fendoğlu (n 15); Gözler (n 96) 67. Bu tebliğde hilafetin ve saltanatın merkezi olan İstanbul'un işgal edildiğinden bahsedildikten sonra meclisin ve diğer devletin temel organlarının işleyemez hale geldiği belirtildikten sonra, Meclis-i Mebusan'ın dağılmasında da değinilerek saltanat ve hilafetin bağımsızlığını sağlayacak tedbirler alınması için olağanüstü yetkilere sahip bir meclisin Ankara'da toplanacağı ifade edilmiştir. Tarık Zafer Tunaya, "Türkiye Büyük Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri" (1958) 23 (4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 228.

¹⁰⁰ Hasan Tahsin Fendoğlu, *Parlamento Hukuku* (Yetkin Yayınları 2022) 71; Tanör (n 87) 230, 231.

¹⁰¹ Ankara'da toplanan olağanüstü yetkilere sahip meclisin adı ilk açılış törenleri hakkındaki genelgede yer almıştır. 23 Nisan 1920'de Meclisin açılışında da "Büyük Millet Meclisi" ifadesi kullanılmış ardından da Türkiye Büyük Millet Meclisi adını almıştır. Tanör (n 87) 233.

¹⁰² Özbudun (n 10) 2, Sosyolojik temsiliyet oranı yüksek olan bu meclisin açıldığı dönem esas alındığında sadece demokratik bir temsil organı oluşturmaktan ziyade milli mücadelede toplumsal dinamikleri harekete geçirmektir. Osman Can, "1921 Anayasası'nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik Başarısızlık Hikâyesi" (2021) 38 (1), Anayasa Yargısı Dergisi 134.

Meclisin adının ne olacağı konusunda, meclisteki milletvekillerinden “Meclis-i Mebusan”, “Meclis-i Kebir” ve “Kurultay” gibi öneriler gelmiştir¹⁰³. Bu önerilerden sonra meclisin açılış konuşmasında “Büyük Millet Meclisi” ifadesi kullanılmıştır ancak 24 Nisan 1920’de Müfit Efendi verdiği önergeyle meclisin adının belirlenmesini istemiştir¹⁰⁴. Ancak 23 Nisan 1920’de meclisin aldığı ilk karar olan 1 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisinin Sureti Teşekkülü Hakkında Karar’da meclisin adının Türkiye Büyük Millet Meclisi olduğu anlaşılmaktadır¹⁰⁵. Meclisin adı için getirilen öneriler, mecliste birbirinden çok farklı bakış açısına sahip milletvekillerinin olduğunu göstermektedir.

24 Nisan 1920’de Mustafa Kemal’in yaptığı konuşmada meclisin açılmasına kadar geçen dönem özetlenmiştir. Üç bölümden oluşan konuşmanın birinci bölümünde Mondros Ateşkes Antlaşması’ndan Erzurum Kongresine kadar geçen dönem, ikinci bölümde Erzurum Kongresinden İstanbul’un işgal edildiği 16 Mart tarihine kadar geçen dönem ve son olarak üçüncü bölümde ise 16 Mart’tan meclisteki konuşmaya kadarki dönem ele alınmıştır¹⁰⁶. Bu konuşmada millet ve milli egemenlik vurgusu yapılmış, meclisin olağanüstü yetki ile toplandığı belirtildikten sonra hilafet ve saltanatın yabancı baskısından kurtarılmasından bahsedilmiştir¹⁰⁷. Mustafa Kemal ülkenin bağımsızlık mücadelesinin dışında stratejik bir hamleyle toplumun dini ve geleneksel değerlerine bağlılığını düşünerek saltanat ve hilafet makamlarının yabancı baskısından kurtarılmasından bahsederek padişaha da karşı olunmadığı izlenimini yaratmıştır¹⁰⁸.

¹⁰³ Güneş (n 86) 71.

¹⁰⁴ Güneş (n 86) 71.

¹⁰⁵ Tanör (n 87) 233.

¹⁰⁶ Atatürk’ün 24 Nisan 1920’de mecliste yaptığı konuşma, https://www5.tbmm.gov.tr/tarihce/ataturk_konusma/1d1yy1.htm (Erişim tarihi 19.12.2023).

¹⁰⁷ milli egemenliğin her şeyden önce sağlanması amacıyla Büyük Meclisimiz olağanüstü yetki ile toplanmıştır. Seçimlerin tam bir ivedilikle ve sıcak bir ilgi ile yapılması hukuki durumumuzun bütün millette de aynı görüş içinde anlaşıldığını ve kavrandığını göstermektedir. Ayrıca, Büyük Meclisimizin kuruluş şekli ve esasları, milli iradeye içtenlikle ve büyük bir güçle dayandığını göstermektedir. Meclisimizde oluşan ve beliren milli kudretimiz, Hilâfet makamı ve saltanatı yabancı baskısından kurtaracak ve Osmanlı devletini dağılma ve tutsaklıktan kurtarma önlemleri alacaktır. Tam bağımsızlığa sahip, hilâfet makamına vicdani bağlılığı ile övünen, islâm dünyası içinde yaşama anlayışını kendinde gören bir milletin tutsak olamayacağı inancıyla, davranışlarımızı adım adım izleyen bütün medeni dünya ve insanlık sizlere yardımcı olacaktır. (Sıcak alkışlar) İstanbul faciasını izleyen günlerden şu ana kadar Temsil Heyetimiz milletler arasındaki birlik ve dayanışmayı korudu. Osmanlı kanunlarının yürürlüğünü sağladı. Çalışmalarından alıkonulan devlet gücünün yokluğunu hissettirmemeye çalıştı. Bundan dolayı genel güvenliği korumuş ve savunmuş olmakla görevini gereği gibi yaptığından emindir. Bu dakikadan itibaren, yedi yüz yıl boyunca onurlu ve yüce bir yaşam sürdürdükten sonra yok olma uçurumunun kenarında ancak ayakta durabilen Osmanlı Milletinin geleceğinin sorumluluğu, sayın Meclisimizin çalışma gücünü artıran bir neden olacaktır.” Atatürk’ün 24 Nisan 1920’de mecliste yaptığı konuşma, https://www5.tbmm.gov.tr/tarihce/ataturk_konusma/1d1yy1.htm (Erişim tarihi 19.12.2023).

¹⁰⁸ Güneş (n 86) 67.

24 Nisan 1920'deki konuşma bir önergeye ile meclise sunulmuş ve daha sonra meclis kararına dönüşmüştür. Bu kararda meclisin yalnızca bir yasama ve denetleme organı olmadığından, yürütme işlerini görmek üzere kendi içinden seçeceği bir heyetten bahsedilmiştir¹⁰⁹.

Meclis kararına dönüşen önergeye göre bir hükümet kurulması zorunludur ancak geçici olarak bile hükümet başkanının ya da padişah vekilinin seçilmesi mümkün değildir. Mecliste yoğunlaşan milli irade vatanın kaderine el koymuştur ve meclisin üstünde bir güç yoktur. TBMM yasama ve yürütme yetkilerini kendinde toplar. Meclisten seçilecek bir heyet hükümet işlerini yürütür. Meclis başkanı da bu heyetin başkanıdır¹¹⁰. Kabul edilerek meclis kararına dönüşen bu önerge şekli anlamda bir anayasa olmamasına rağmen maddi anlamda anayasal niteliktedir.

Bu dönemde Kanun-ı Esasi'ye değinilmeksizin düzenlemeler yapılmıştır. Mustafa Kemal tarafından bir hükümetin oluşturulmasının savunulduğu bu dönemde meclisteki bazı milletvekilleri yürütme işlerinin meclis encümenleri tarafından yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Çünkü aynı milletvekilleri saltanat ve hilafet kurtarıldıktan sonra eski rejime dönüleceğinden kalıcı kurumlar yaratmaya gerek olmadığını düşünmektedirler¹¹¹.

25 Nisan 1920 tarih ve 5 sayılı kararla "kuvve-i icraiye" yürütme kuvveti oluşturulmasına karar verilmiştir. Bunun için de hazırlık yapılması amacıyla 15 kişilik bir Layiha Encümeni belirlenmiştir. Yürütme işlerini geçici olarak gerçekleştirmek üzere "Muvakakat İcra Encümeni" oluşturulmuştur. Başında Mustafa Kemal'in bulunduğu Encümen ilk hükümet işlevine sahip olmuştur¹¹². Ardından 2 Mayıs 1920'de 3 sayılı Büyük Millet Meclisi İcra Vekilleri Heyetinin Suret-i İntihabına Dair Kanun ile meclis hükümeti sistemi kanuni bir çerçeve içine alınmıştır¹¹³.

2 Mayıs 1920 tarihli kanun "Muvakakat İcra Encümeni" şeklindeki geçici yürütme kurulunun varlığına son vermiş, "İcra Vekilleri Heyeti" kalıcı olarak varlık kazanmıştır ve icra vekillerinin milletvekilleri arasından tek tek mutlak çoğunlukla seçileceğini düzenlemiştir. Böylelikle saltanatın devamı ile yeni bir devlet arasında şekillenen çatışmalar icra vekilleri heyetinin yetkileri üzerine odaklanmıştır¹¹⁴. Meclis başkanının doğal başkanı olduğu İcra Vekilleri Heyeti kanunları yürütme gücüne dahi sahip değildir. Yasama ve yürütme kuvvetlerini elinde toplayan tek güç ise meclistir¹¹⁵. 3 sayılı kanunun görüşülmesi sırasında kabulü aşamasında ilginç bir durum yaşanmıştır. Kanunun bir anayasa değişikliği niteliği taşıdığı ge-

¹⁰⁹ Tanör (n 87) 234.

¹¹⁰ Atatürk (n 92) 324.

¹¹¹ Tanör (n 87) 236.

¹¹² Tanör (n 87) 236.

¹¹³ Can (n 102) 148.

¹¹⁴ Sezgin (n 84) 30.

¹¹⁵ Tanör (n 87) 237.

rekçesiyle özel bir çoğunlukla kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüş nihayetinde de meclisin üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu yerine toplantıya katılanların üçte iki çoğunluğuyla tasarı kabul edilmiştir¹¹⁶.

5 Eylül 1920 tarihinde kabul edilen Nisab-ı Müzakere Kanunu'nun 1. maddesine göre hilafet ve saltanatın, vatanın ve milletin kurtuluşunu sağlama amacı gerçekleşinceye kadar Büyük Millet Meclisi aralıksız olarak toplanacaktır¹¹⁷. Nisab-ı Müzakere Kanunu'nda da saltanat ve hilafet vurgusu yapıldığı ve meclisin istimrarı ilkesine yer verildiği görülmektedir.

23 Nisan 1920'de meclisin açıldığı tarihten 1921 Anayasası'nın kabul sürecine kadar bir değerlendirme yapıldığında, milli mücadele döneminin olağanüstü koşullarında henüz anayasa kabul edilmeden yukarıda yer verilen kanuni düzenlemelerle meclis hükümeti sistemi ortaya çıkmıştır. Bu dönemde güçler mecliste toplanarak hızlı karar alınması sağlanmış, henüz saltanat ve hilafetten vazgeçmemiş meclis çoğunluğuyla ve çeşitli stratejik hamlelerle önce milli mücadelede başarı sağlanmış ardından da “Cumhuriyet” rejimine giden yolda adım adım ilerleme kaydedilmiştir.

1921 Anayasası'nın Türk anayasal tarihinde çok büyük bir önemi ve pek çok istisnai özelliği bulunmaktadır. 1921 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği dönemde halen yürürlükte olan 1876 tarihli Kanun-ı Esasi ilk şekli itibariyle Osmanlı Devleti'ni mutlak monarşiden meşruti monarşiye dönüştürememiş bir anayasadır. Kanun-ı Esasi'deki 1909 değişiklikleri ile her ne kadar meşruti monarşiye geçiş yaşanmış olsa da iktidarın sahibi hanedan ailesi olduğu için egemenliğin kaynağını beşerileşmesinden söz edilmesi mümkün değildir.

Meclis 23 Nisan 1920 ile 20 Ocak 1921'de Anayasa'nın kabulüne kadar geçen sürede kendisini Kanun-ı Esasi ile bağlı saymış ancak olağanüstü yetkilere sahip bir meclis olarak anayasada değişiklik yapma yetkisini de kendisinde görmüştür¹¹⁸. Ancak meclisteki saltanat ve hilafetten yana olan milletvekillerinin tepkisini çekmemek adına sistem henüz Cumhuriyet rejimi¹¹⁹ olarak nitelendirilememiştir.

1921 Anayasası'nın kabulüne giden süreçte, önce İcra Vekilleri heyeti tarafından bir metin hazırlanmış ardından da bu metnin adı her ne kadar “Anayasa Tasarısı” olsa da halkçılık programı olarak anılan bir belge olmuştur. Otuz bir maddeden oluşan ve 13 Eylül 1920'de Meclis Başkanlığı'na sunulan metin uzun

¹¹⁶ Özbudun (n 10) 48.

¹¹⁷ Sezgin (n 84) 61.

¹¹⁸ Tanör (n 87) 246.

¹¹⁹ Cumhuriyetin kuruluşundan iki kuruluş anlaşılmaktadır. Cumhuriyetin birinci kuruluşu, yerel kongre iktidarları, halkçılık programı ve 1921 Anayasası'nın kabul ediliş süreci ve milli egemenlik ilkesinin kabulünden oluşmaktadır. Cumhuriyetin ikinci kuruluşu ise uzun 1923 olarak adlandırılmaktadır, Cumhuriyetin ilanı ve bu dönemde alınan siyasal kararları da içine alan bir dönemi ifade etmektedir. Dinçer Demirkent, *Bir Devlet İki Cumhuriyet* (Birinci Baskı, Ayrıntı Yayınları 2017) 23, 24.

tartışmaların ardından özel bir encümene (Encümen-i Mahsus) gönderilmiştir¹²⁰. Encümen-i Mahsus çalışmalarını tamamladıktan sonra Anayasa tasarısı olarak hazırlanan belge meclise gönderilmiş ve mecliste görüşülüp tartışıldıktan sonra 20 Ocak 1921 tarihinde TBMM’de kabul edilmiştir¹²¹.

1921 Anayasası pek çok özelliği bakımından Türk Anayasal tarihinde özel bir yere sahiptir. Çünkü meclis hükümeti sisteminin bir örneği olan Fransız Konvansiyon Sisteminde terör döneminde barış gerçekleşene kadar anayasanın askıya alındığı bir dönem yaşanmasına rağmen Türkiye’de Millî Mücadele döneminde anayasa yapılmış ve hatta Kurtuluş Savaşında mücadele eden ordular bile “TBMM Hükümeti Orduları” şeklinde nitelendirilmiştir¹²².

23 madde ve bir de ayrı maddeden oluşan 1921 Anayasası Türk anayasal tarihindeki tek yumuşak anayasadır¹²³. Çünkü anayasanın ne şekilde değiştirileceğine ilişkin hüküm içermemektedir. Çerçeve anayasa özelliği gösteren anayasa, yargı erkini ve temel hak ve özgürlükleri düzenlememiştir¹²⁴. İki anayasalı bir dönem yaşanmıştır. Ancak 1921 Anayasası’nın en devrimci ve tarihe damgasını vuran ilkesi ise 1. maddesinde yer alan “Hâkimiyet bilâ kaydü şart milletindir”¹²⁵ ifadesiyle milli egemenlik ilkesidir. 1921 Anayasası’yla birlikte egemenliğin kaynağı padişah, kağan ya da sultan olmaktan çıkmış egemenliğin kaynağı millet olmuştur¹²⁶. Söz konusu ilke egemenliğin kaynağını beşerilerştirmiştir ve kendisinden sonra gelen anayasalarda da ilke korunmuştur.

2. 1921 Anayasası’nda Benimsenen Hükümet Sistemi

1921 Anayasası’nda düzenlenen yasama-yürütme ilişkileri incelendiğinde, bazı özelliklerinin meclis hükümeti sistemine, bazı özelliklerinin de parlamenter sisteme benzediği görülmektedir. Meclisin olağanüstü bir niteliğe sahip olması,

¹²⁰ İhsan Güneş, “Teşkilati Esasiye Kanunu’nun (1921 Anayasası’nın) Yapılış Süreci” (2020) 20 (2) Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 238-240.

¹²¹ Güneş (n 120) 244.

¹²² Sezen Kama Işık, “1921 Anayasası Meclis Hükümeti Sisteminin Özgünlüğü ve Tarihten Günümüze Karşılaştırmalı Bir Analizi” içinde Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (Ed.), *1921 Anayasası’nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu* (TBMM Basımevi 2022) 184.

¹²³ 1921 Anayasası yumuşak bir anayasa olmasına rağmen I. Meclis döneminde herhangi bir değişiklik yapılmamış, geçerliliği ve bağlayıcılığı konusunda tereddüt yaşanmaksızın uygulanmış ve saygı görmüş bir anayasadır. Can (n 102) 141.

¹²⁴ Tanör (n 87) 253.

¹²⁵ <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1921-anayasasi/> (Erişim tarihi 10.11.2023).

¹²⁶ Gülden Çamurcuoğlu, *1921 Anayasası ve Egemenliğin Gelişimi* (Astana Yayınları 2016) 262. Tıpkı Fransız Devriminde milli egemenlik anlayışının kurucusu Sieyès’in egemen iktidar tacını kralın başından alarak, milletin başına koyduğu gibi. Göze (n 11) 246; Halkçılık programı çerçevesinde şekillenen Anayasa egemenliği millete vererek sekülerleşme yolunda da önemli bir adım atmıştır. Murat Sevinç ve Dinçer Demirkent, *Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası 1921 Anayasası ve Tutanakları* (1. Baskı, İletişim 2017) 45.

kuvvetler birliği ilkesinin kabul edilmiş olması, devlet başkanının yokluğu, yürütme organının meclis tarafından belirlenmesi, meclisin sürekliliği ve yürütme organının meclisi etkileme araçlarının bulunmaması gibi özellikleri bakımından sistem meclis hükümeti sistemi özelliği göstermektedir. Aşağıda 23 Nisan 1920'de Meclisin açılmasıyla kabul edilen ve 1921 Anayasası'nın kabulü ile anayasal niteliğe kavuşan hükümet sisteminin çeşitli özellikleri açıklanacaktır.

1921 Anayasası'nın çizdiği modelde olağanüstü yetkilere sahip bir meclis bulunmaktadır. Olağanüstü koşullardan geçerken ülkeler genellikle meclis hükümeti sistemini tercih etmektedir. Ülkenin kurtuluş mücadelesi içinde ortaya çıkan ve siyasal rejimi değiştirme yetkisine sahip olan bir olağanüstü yetkilere sahip bir meclis ortaya çıkmıştır¹²⁷.

TBMM'nin olağanüstü yetkilere sahip olması hem yasama hem de yürütme yetkisini kendisinde toplamasına neden olmuştur. Yasama organının içinde mevcut olan "İcra Vekilleri Heyeti aracılığıyla yürütme yetkisi kullanılmıştır¹²⁸. İcra Vekilleri Heyeti, meclisin içinde meydana gelmiş ve meclise bağımlı biri kuruldu. İcra Vekilleri Heyeti henüz 1921 Anayasası yapılmadan 25 Nisan 1920 tarihli bir kararla doğmuştur. Bu karar doğrultusunda çıkarılan bir kanunla¹²⁹ on bir kişilik İcra Vekilleri Heyeti oluşturulmuştur¹³⁰. Anayasanın 8. ve 9. maddelerine göre İcra Vekilleri Heyeti kendilerine bir başkan seçerler ancak heyetin doğal başkanı Meclis başkanıdır. Meclis, hükümetin bölündüğü daireleri (bakanlıkları) kendi seçtiği vekiller aracılığıyla idare eder. Meclis, vekilleri atama ve azletme yetkisine sahiptir¹³¹.

1921 Anayasası'nın 2. maddesinde yasama organının klasik yetkisinin yanında yürütme yetkisine de sahip olduğu "*İcra kudreti ve teşri salâhiyeti millet'in yegâne ve hakikî mümessili olan Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz eder*" düzenlemesi ile Anayasa'nın 3. maddesindeki "Türkiye Devleti Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur ve hükümeti "Büyük Millet Meclisi Hükümeti" unvanını taşır" ifadesi birlikte değerlendirildiğinde, meclisin klasik yasama yetkisinin yanında yürütme yetkisine de sahip olduğu görülmektedir¹³². Anayasa, kuvvetler bir-

¹²⁷ Ergun Özbudun, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Hukuki Niteliği", Özbudun E, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Hukuki Niteliği" içinde Hamit Emrah Beriş (der), *Türkiye Büyük Millet Meclisinin 100. Yılına Armağan* (TBMM Basımevi 2022) 172.

¹²⁸ Özbudun (n 127) 173-174.

¹²⁹ TBMM İcra Vekilleri Heyeti'nin Sureti İntihabına Dair Kanun'a göre, İcra Vekilleri Heyeti Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ve kendi üyeleri arasından mutlak çoğunlukla seçilmektedir. Ardından yapılan bir kanun değişikliğiyle İcra Vekilleri Heyeti için aday gösterme işinin TBMM başkanı tarafından gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak başka bir kanunla da tekrar ilk yönetime dönülmüştür. Mümtaz Soysal, *Anayasaya Giriş* (3. Baskı, İmge 2011)182.

¹³⁰ Turhan (19) 27; A. Selçuk Özçelik, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Birinci Cilt Umumi Esaslar* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961) 218.

¹³¹ Tanör (n 87) 259.

¹³² Gözler (n 96) 71; Tanör (n 87) 258; Turhan (n 19) 26.

liği sistemi üzerinde şekillenen ve devletin yasama ve yürütme erklerinin yasama organında şekillendiği meclis hükümeti sistemini öngörmektedir¹³³.

1921 Anayasası'nda 29 Ekim 1923 tarihinde gerçekleştirilecek değişikliğe kadar devlet başkanlığı makamı öngörülmemiştir. Mustafa Kemal, devlet başkanlığı makamı olmadan bir hükümet oluşturmak zorunda olduklarını 24 Nisan 1920'de meclis görüşmelerinde ifade etmiştir¹³⁴. 1921 Anayasasının ilk şeklinde devlet başkanlığı makamının oluşturulmamasının temel sebebi, hükümet sisteminin mutlaka meclis hükümeti sisteminin karakteristik özelliklerine sahip olması değildir. Dönemin siyasi koşulları ve kurtuluş mücadelesi birlikte değerlendirildiğinde monarşinin başında bir kimse varken devlet başkanlığı makamının oluşturulmasıyla saltanat yanlısı olan kesimin tepkisinin çekilmemesi gerekiyordu¹³⁵. 1921 Anayasası'nda meclis başkanının özel ve üstün bir konumu bulunmadığı gibi, parlamenter sistemdeki gibi siyasi sorumsuzluğu da mevcut değildir¹³⁶.

Meclis hükümeti sisteminin karakteristik özelliklerinden bir olan meclisin sürekliliği (istimrarı) ilkesi 1921 Anayasası'nın oluşturduğu hükümet sisteminde geçerlidir. Meclisin aynı zamanda yürütme yetkisine sahip olması, meclisin sürekliliği ilkesini yani toplanık halde bulunmasını zorunlu kılmaktadır¹³⁷.

Meclis hükümeti sisteminin diğer bir yansıması ise parlamenter hükümet sisteminin önemli silahlarından biri olan meclisi feshetme yetkisinden İcra Vekilleri Heyeti'nin yoksun olmasıdır¹³⁸.

1921 Anayasası'nda uluslararası antlaşma yapma yetkisi görüşme, imza ve onay aşamalarıyla TBMM'ye tanınmış bir yetkidir. Bu husus Anayasanın 7. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Temsilciler tarafından yapılmış antlaşmalar da meclis adına yapılmış sayılır¹³⁹.

1921 Anayasası'nda meclis hükümeti sisteminin karakteristik özellikleri görüldüğü gibi meclis hükümeti sisteminden uzaklaşan özellikleri de bulunmaktadır.

1921 Anayasasında yargıya ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Kanun-ı Esasi'nin de yürürlükte olduğu iki anayasalı dönemin varlığı kabul edildiği için, yargı konusunda Kanun-ı Esasi'deki hükümlerin uygulanması anlayışı hâkim olmuştur¹⁴⁰. Ancak Anayasada yargıya ilişkin olarak değerlendirilebilecek

¹³³ Ömer Keskinsoy ve Semih Batur Kaya, "Türkiye'nin Hükümet Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme Üzerine Bir Değerlendirme" (2018) 137 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 81-82.

¹³⁴ Özbudun (n 127) 175.

¹³⁵ Tanör (n 87) 260.

¹³⁶ Özbudun (n 10) 53.

¹³⁷ Özbudun (n 127) 178.

¹³⁸ Özbudun (n 127) 178.

¹³⁹ Tanör (n 87) 260, 261.

¹⁴⁰ Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2023) 216.

20. maddede hüküm altına alınmış nahiye şuralarının ve idare heyetlerinin yargısal yetkisinden bahsedilen fakat uygulanmayan düzenlemedir¹⁴¹. 1921 Anayasası döneminde kurulan İstiklal Mahkemeleri de dönemin olağanüstü koşullarında ortaya çıkmıştır ve üyeleri TBMM tarafından seçilmiştir.¹⁴²

İcra vekilleri heyetinin kolektif ve bireysel sorumluluğunun olduğu henüz 1921 Anayasası kabul edilmeden ifade edilmiştir. Ancak Özbudun'un ifade ettiği gibi meclis hükümet sisteminde yürütme organının meclisten ayrı, bağımsız bir politika üretememesi sebebiyle yürütme organı üyeleri arasında eşgüdüm ve kolektif sorumluluğun beklenmemesi gerekirdi. Anayasanın 9. maddesinde de başbakanlık makamının "*İcra Vekilleri Heyeti içlerinden birini kendilerine reis intihap ederler. Ancak Büyük Millet Meclisi Reisi Vekiller Heyetinin de reisi tabiidir*" şeklinde ifade edilmesi icra vekilleri heyetinin kolektif sorumluluğunun bulunduğu göstergesidir¹⁴³. İcra Vekilleri Heyeti'nin kolektif ve bireysel sorumluluğunun bulunması sistemi parlamenter sisteme yaklaştıran bir özelliktir.

Klasik parlamenter sistemde milletvekillerinin yanında bakanlar kurulunun da kanun önerme yetkisi bulunmaktadır. 1921 Anayasası'nda da İcra Vekilleri Heyeti'nin fonksiyonu sadece yürütmeden ibaret değildir. İcra Vekilleri Heyeti tıpkı parlamenter sistemde olduğu gibi kanunlaştırma sürecinde de pay sahibi olmuştur. 23 Nisan 1920'de TBMM'nin açılmasından 28 Şubat 1921'e kadar geçen sürede kanunlaşan önerilerin yaklaşık yüzde sekseni İcra Vekilleri Heyeti'ne aittir¹⁴⁴.

I. Meclis döneminde Mecliste siyasi parti grupları yer almıyordu. Millî mücadele duygusuyla, ülkenin bağımsızlığı ve bütünlüğü konusunda oydaşma bulunmasına rağmen diğer konularda sık sık görüş farklılıkları ortaya çıkmıştır¹⁴⁵.

Millî mücadele dönemi ve yeni bir devletin temellerini atmanın zorlukları arasında kuvvetler birliği sistemi kolay karar alma imkânı tanımış ancak millî mücadelenin sonuna gelindiğinde yukarıda açıklanan özellikleri itibarıyla de meclis hükümeti sisteminden parlamenter hükümet sistemine doğru bir kopuş yaşanmış, tıpkı parlamenter sistemdeki iktidar muhalefet ilişkisi gibi görüş ayrılıkları yaşanmıştır¹⁴⁶. Mecliste oluşan görüş farklılıkları Atatürk tarafından Nutuk'ta da ifade edilmiştir. Mecliste yaşanan muhalefet neticesinde basit bir konuda bile karar alınmadığından yakınılmıştır. Ardından da yaşanan zorluklar Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Grubunun (Birinci Grup) kurulması sonucunu doğurmuştur. I.

¹⁴¹ Tanör (n 87) 261.

¹⁴² Eren (n 140) 216.

¹⁴³ İcra vekilleri heyeti arasında kolektif bir sorumluluğun benimsenmiş olması, icra vekilleri heyetinin ortak bir politikaya sahip olmasını zorunlu kılmaktadır. İlk icra vekilleri heyeti de parlamenter sistemdeki hükümet programı gibi Meclise sunmuş ancak Meclisin bu programa bir müdahalesi olmamıştır. Özbudun (n 127) 185-187; Tanör (n 87) 271.

¹⁴⁴ Özbudun (n 127) 190.

¹⁴⁵ Özbudun (n 127) 190-191

¹⁴⁶ Soysal (n 54) 185-186.

Meclis'in görev süresi boyunca Birinci Grup İcra Vekilleri Heyeti'nin kararlarını almasına yardımcı olmuştur. Belirli bir süre geçtikten sonra da Birinci Grup'tan kopan İkinci Grup kurulmuştur¹⁴⁷.

1921 Anayasasının ilk şekline bakıldığında anayasal olarak devlet başkanlığı makamı kurulmamış olmasına rağmen, fiilen bir devlet başkanlığı uygulaması olmuştur. Çünkü TBMM başkanı devlet başkanı fonksiyonunu yerine getirmiştir. Meclis başkanıyla birlikte İcra Vekilleri Heyetinin başkanı düalist bir yürütme organı tablosu çizmiştir. Ancak burada icracı konumda olan parlamenter sistemdeki gibi başbakan konumunda yer alan İcra Vekilleri Heyetinin başkanı değil karizmatik otorite ile rasyonel hukuki otoritenin birleşimi olan Mustafa Kemal'dir¹⁴⁸.

1921 Anayasası döneminde hükümet sistemini de etkileyen değişiklikler olmuştur. İlk değişiklik 8 Temmuz 1922 tarihinde gerçekleşmiştir. İcra Vekillerinin Suret-i İntihabına Dair Kanun'da yapılan değişiklikle İcra Vekilleri Heyeti'nin ve başkanının, meclis başkanı tarafından aday gösterilmeleri söz konusu olmaksızın Meclis tarafından ayrı ayrı seçilmeleri usulü getirilmiştir. Bu düzenleme değerlendirildiğinde meclis hükümeti sisteminde Meclisin ön plana çıkarılmaya çalışıldığı, Meclis Başkanının geri plana bırakıldığı bir tablo çizmektedir. Ancak İcra Vekilleri Heyeti başkanının Meclis tarafından doğrudan seçilmesi parlamenter sistemdeki başbakan ve bakanlar kurulunun işaretleridir¹⁴⁹.

14 Nisan 1923 tarihinde 384 sayılı Heyet-i Umumiye kararı ile İcra Vekilleri Heyeti başkanı heyet ile Meclis arasında aracı bir statüye kavuşturulmuştur¹⁵⁰. Nihayet tarihler 29 Ekim 1923'ü gösterdiğinde 1921 Anayasası'ndaki en büyük değişiklik yapılmıştır. Ancak Cumhuriyeti ilan eden Meclis, II. Meclis'tir¹⁵¹. 364 sayılı Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nun Bazı Mevaddının Tavzihan Tadiline Dair Kanun ile Cumhuriyet ilan edilmiştir. Değişiklikler yalnızca "Türkiye Devletinin şekli-i Hükümeti Cumhuriyettir" şeklindeki düzenlemeden ibaret değildir. Bu anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanlığı makamı oluşturulmuş ve Cumhurbaşkanının TBMM tarafından kendi üyeleri arasından seçileceği hüküm altına alınmıştır¹⁵². Cumhuriyetin ilanından önce Ankara'da olağanüstü yetkilere sahip meclisin açılması, saltanatın hilafetten ayrılarak kaldırılması birbirini izleyen gelişmeler olmuştur.

¹⁴⁷ Özbudun (n 127) 191; Tanör (n 87) 272.

¹⁴⁸ Tanör (n 87) 272.

¹⁴⁹ Fendoğlu H T, "Karşılaştırmalı 1921 Anayasası", içinde Murat Alper Parlak (haz.), *1921 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu ve Makaleler; 1921 Anayasası'nın Kabul Edilişininin 100. Yılına Armağan* (Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 2022) 150. <https://www.atam.gov.tr/wp-content/uploads/1921-TESKILAT-I-ESASIYE-KANUNU-VE-MAKALELER-1.pdf> (Erişim tarihi 15.11.2023); Tanör (n 87) 274.

¹⁵⁰ Tanör (n 87) 275.

¹⁵¹ I. Meclis'in son kez 15 Nisan 1923'te toplanmıştır. Haziran-Temmuz 1923'te seçimler yapılmıştır. İkinci Meclis çalışmalarına 11 Ağustos 1923 tarihinde başlamıştır. Gözler (n 96) 75.

¹⁵² Gözler (n 96) 75; Ahmet Kerse, *Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanlığı* (Sümer Matbaası 1973) 28.

29 Ekim 1923'te gerçekleştirilen değişiklikler anayasal düzleme kavuşmamış, fiili Cumhuriyetin hukukileşmesini sağlamıştır. Aynı zamanda hükümet sistemi bağlamında değerlendirme yapıldığında devlet başkanlığı makamının oluşturulması sistemi bir taraftan meclis hükümeti sisteminden uzaklaştırırken Cumhurbaşkanı'nın yalnızca meclis üyeleri arasından seçilebiliyor olması meclis hükümeti sisteminin önemini koruduğunu da göstermektedir¹⁵³.

29 Ekim 1923'teki son ve önemli bir değişiklik ise İcra Vekilleri Heyetinin oluşumuna ilişkindir. Artık Cumhurbaşkanı Meclis üyeleri arasından Başvekili belirleyecek, Başvekil de diğer vekilleri belirledikten sonra Cumhurbaşkanı tarafından meclisin onayına sunulacaktır. Bu düzenleme de meclis hükümeti sisteminden parlamenter sisteme doğru yaklaşıldığının göstergesidir¹⁵⁴.

C. 1921 Anayasası'nın Benimsediği Sistem ile İsviçre'deki Meclis Hükümeti Sisteminin Karşılaştırılması

Her iki sistemin de ortaya çıktığı koşullar değerlendirildiğinde 1921 Anayasası'nın benimsediği hükümet sistemi bir savaş sırasında, bir devletin yıkılıp yeni bir devletin kurulması sürecinde yani olağanüstü koşullarda ortaya çıktığı görülmektedir. Oysa İsviçre hükümet sistemi meclis hükümetine benzeyen kendine özgü yapısıyla olağan dönemde ortaya çıkmış bir hükümet modelidir. Bu bağlamda, 1920 TBMM hükümeti ile başlayan ve 1921 Anayasası ile devam eden süreçteki hükümet sistemi ile İsviçre'deki meclis hükümeti sistemi kıyaslandığında, uygulandıkları dönemler açısından her iki sistemin de benzerlik taşımadıkları görülmektedir.

İsviçre Federal Meclis yapısı ile 1921 Anayasası dönemindeki meclisin yapısını ele aldığımızda, İsviçre'nin federal bir devlet olması sebebiyle zorunlu olarak çift kanatlı bir meclise sahip olduğu görülmektedir. Oysa 1921 Anayasası döneminde TBMM tek kanatlı bir meclisten oluşmaktadır.

İsviçre hükümet sisteminde meclisin üstünlüğü ilkesi çerçevesinde meclis hem pek çok makama atama yetkisine sahiptir hem de yürütme yetkisine sahip olan Federal Konsey üyelerini belirlemektedir. Federal Konsey'de dört partinin belirleyiciliği bulunmaktadır. İsviçre'de yasama-yürütme ilişkilerinde hem siyasal katılım hem de odayşmacı demokrasinin izlerine rastlanmaktadır. İsviçre'de her ne kadar meclisin üstünlüğü ilkesi mevcut olsa da doğrudan demokrasi anlayışı uygulaması ve yarı doğrudan demokrasi araçları meclisin üstünlüğü ilkesini zayıflatmaktadır¹⁵⁵. 1921 Anayasası'nda da çoğulcu bir meclis yapısıyla İsviçre'de olduğu gibi devlet iktidarını sınırlandırma düşüncesi bulunmaktadır¹⁵⁶. 1920 TBMM hükümeti ile meclisin üstünlüğü ilkesi benimsenmiştir.

¹⁵³ Aldıkaçtı (n 3) 208.

¹⁵⁴ Aldıkaçtı (n 3) 208.

¹⁵⁵ Kanadoğlu ve Duygun (n 27) 260.

¹⁵⁶ Can (n 102) 152.

İsviçre’de meclisin üstünlüğü ilkesi mevcuttur ancak bunun yanında güçlü bir Federal Konsey bulunmaktadır. Federal Konsey ile Federal Meclis arasında gensoru, güven oylaması ve siyasi sorumluluk gibi parlamenter hükümet sisteminde mevcut olan mekanizmaların hayata geçirilmesi söz konusu değildir. Oysa 1921 Anayasası’nın öngördüğü sistemde İcra Vekilleri Heyeti’nin kolektif ve bireysel sorumluluğu bulunmaktadır¹⁵⁷. İsviçre hükümet sisteminde Federal Konsey’in kolektif ve bireysel sorumluluğunun bulunmaması sistemi parlamenter hükümet sisteminden uzaklaştırmaktadır. Ancak 1921 Anayasası’nda mevcut olan kolektif ve bireysel sorumluluk ve vekillerin hükümet içinde uyumu sağlamak amacıyla gerektiğinde İcra Vekilleri heyetinden istifaları parlamenter sistem özellikleri arasındadır¹⁵⁸.

İsviçre hükümet sisteminde Federal Konsey başkanı sembolik anayasal yetkilere sahip devlet başkanlığı makamını oluşturmaktadır. Federal Konsey başkanı bir yıllığına seçilmektedir. Meclis hükümeti sisteminin temel özelliklerine uygun olarak 1920 TBMM hükümetinde de bir devlet başkanlığı makamı bulunmamasına rağmen, 29 Ekim 1923’te gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile devlet başkanlığı makamı da oluşturulmuştur¹⁵⁹. 1921 Anayasası’nın 9. maddesine göre meclis başkanı hem devleti temsil etme hem de İcra Vekilleri Heyeti kararlarını onaylama yetkilerine sahipti. Devlet başkanlığı makamı henüz oluşturulmadan fiilen devlet başkanlığı uygulaması da sistemi parlamenter hükümet sistemine yaklaştırmakta¹⁶⁰ ve İsviçre hükümet sisteminden de farklılaştırmaktadır.

Hem İsviçre hükümet sisteminde hem de 1921 Anayasası’nda benimsenen sistemde meclisin sürekliliği ilkesi mevcuttur, bu bakımdan her iki sistem de benzerlik göstermektedir.

Hem İsviçre hükümet sistemi hem de 1921 Anayasası’nın öngördüğü sistem yürütmenin meclis tarafından seçilmesi ve yürütmenin yasamayı feshedememesi bakımından benzerlik göstermektedir. Ancak İsviçre’de Federal Konsey’in siyasi sorumluluğu bulunmamasına rağmen 1921 Anayasası’nda 1920 TBMM hükümetinden beri İcra Vekilleri Heyeti’nin siyasi sorumluluğu bulunmaktadır¹⁶¹.

SONUÇ

1921 Anayasası Türk anayasal tarihinde pek çok özelliği itibarıyla özel bir yere sahip olan, özgün bir anayasadır. 1921 Anayasasının özel ve özgün özelliklerini, Türk anayasal tarihindeki ilk ve tek yumuşak anayasa olması, kısa olması ve millî egemenlik ilkesini kabul etmesi şeklinde sayabiliriz. Ancak bu çalışmada 23 Nisan

¹⁵⁷ Özbudun (n 122) 185-187.

¹⁵⁸ Özbudun (n 122) 188-189.

¹⁵⁹ Özbudun (n 122) 175.

¹⁶⁰ Tanör (n 87) 271-272.

¹⁶¹ Tanör (n 87) 271.

1920'de TBMM hükümeti ile uygulanan ve 1921 Anayasası ile anayasal bir boyut kazanan meclis hükümeti sistemi ele alınmıştır.

Yasama-yürütme ilişkileri ele alındığında, kuvvetlerin yasama organında birleşmesinin bir örneği olan meclis hükümeti sistemine genellikle olağanüstü dönemlerde başvurulmaktadır. Nitekim tıpkı Fransa'da Konvansiyon döneminde olduğu gibi Türkiye'de de Millî Mücadele Dönemi'nin olağanüstü koşullarında hızlı kararlar alarak ülkeyi işgalden kurtarıp, yeni bir devletin temellerini atmak amacıyla başvurulmuştur ve başarıya da ulaşılmıştır.

Çalışmada meclis hükümeti sisteminin genel özelliklerine yer verildikten sonra 1921 Anayasası'nda benimsenen hükümet sistemine ve dünyada meclis hükümeti sisteminin bir örneği olarak gösterilen İsviçre hükümet sistemine ayrı ayrı yer verilmiştir. Her iki hükümet sistemine ve özelliklerine bakıldığında İsviçre hükümet sistemi meclis hükümet sistemine yaklaşan ancak saf bir meclis hükümeti sistemini öngörmeyen bir yapıdadır. İsviçre'nin federal bir devlet olması, doğrudan demokrasi uygulaması nedeniyle yarı doğrudan demokrasi araçlarına yer verilmesi ve çok kültürlü yapısında oydaşmacı demokrasi anlayışına sahip olması ülkenin hükümet sistemini kendine özgü bir hale getirmektedir. 1921 Anayasası'nda benimsenen hükümet sistemi ise 1920 TBMM hükümeti ile oluşturulmuş olup 1921 Anayasası ile anayasal bir boyut kazanmıştır. Dönemin olağanüstü koşullarında ülkeyi işgalden kurtarmak ve Cumhuriyet gibi zor hedeflere ulaşmak hem kuvvetler birliği ilkesiyle devlet sisteminin kontrol altında tutulmasını hem de stratejik adımlar atılmasını gerektirmiştir. Cumhuriyeti ilan eden Anayasa değişikliği saltanatın kaldırılmasının ardından II. Meclis tarafından gerçekleştirilmiştir.

KAYNAKÇA

Akın R, *TBMM Devleti (1920-1923)- Birinci Meclis Döneminde Devlet Erkları ve İdare* (1. Baskı, İletişim Yayıncılık 2001).

Aldıkaçtı O, *Modern Demokrasilerde ve Türkiye'de Devlet Başkanlığı* (1960).

Anayurt Ö, *Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)* (Seçkin 2023).

Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku* (16. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2023).

Atatürk M K, *Nutuk* (Yay. Haz. Burak Mert Oldaç) (4. Baskı, Fark Yayınları 2020).

Aydın Ö D, *"Biz, Halk: "Egemenliğin Sahibi" Halkın-Kurucu- Meclisi (Anayasa Konvansiyonu) ve Anayasa Yapımı: ABD ve Latin Amerika'nın Genel Çizgilerinin Türkiye İçin Bir Modele Doğru* (Yetkin Yayınları 2011).

Berkes N, *Türkiye'de Çağdaşlaşma* (Yayına Hazırlayan Ahmet Kuyaş, Yapı Kredi Yayınları 2015).

Başgil, *Demokrasi Yolunda* (Yağmur Yayınevi 2006).

Bağçeci H, *Siyasal Katılım Aracı Olarak Referandum: Avrupa Birliği ve Türkiye Uygulamaları* (On İki Levha Yayıncılık 2020).

Blondel J, “The Government of France” in Michael Curtis (ed.), *Introduction to Comparative Government* (Pearson-Longman 2003).

Can O, “1921 Anayasası’nın 100. Yılı: Bir İstisnai Başarı ve Dramatik Başarısızlık Hikâyesi” (2021) 38 (1), *Anayasa Yargısı Dergisi*, 127-170.

Çamurcuoğlu G, *1921 Anayasası ve Egemenliğin Gelişimi* (Astana Yayınları 2016).

Çelebi Ö, “1921 Anayasası’nda Meclis Hükümeti Sisteminden Sapmalar ve Siyasal Rejimin Başkalaşımı” içinde İbrahim Ö. Kaboğlu, Didem Yılmaz, Sinem Şirin (ed.), *100. Yılında Teşkilat-ı Esasiye Kanunu ve Anayasal Mirası 1921-2021* (Platon Yayıncılık 2021).

Demirel A, *İlk Meclis’in Vekilleri Millî Mücadele Döneminde Seçimler*, (3. Baskı, İletişim Yayınları 2017).

Demirkent D, *Bir Devlet İki Cumhuriyet* (Birinci Baskı, Ayrıntı Yayınları 2017).

Eren A, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku* (5. Baskı, Seçkin 2023).

Fendoğlu H T, *Anayasa Hukuku* (10. Baskı, Yetkin Yayınları 2022).

Fendoğlu H T, “Karşılaştırmalı 1921 Anayasası”, içinde Murat Alper Parlak (haz.), *1921 Teşkilat-ı Esâsiye Kanunu ve Makaleler, 1921 Anayasası’nın Kabul Edilişinin 100. Yılına Armağan* (Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 2022). <https://www.atam.gov.tr/wp-content/uploads/1921-TESKILAT-I-ESASIYE-KANUNU-VE-MAKALELER-1.pdf> (Erişim tarihi 15.11.2023)

Fendoğlu H T, *Parlamento Hukuku* (Yetkin Yayınları 2022).

Fleiner-Gerster T, The Concept of Constitution in Thomas Fleiner-Gerster, Silvan Hutter (ed.) *Federalism and Decentralization in Federal and Centralized States* (Routledge 2018).

Gören Z, *Anayasa Hukukuna Giriş* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1999).

Göze A, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler* (17. Baskı, Beta Yayınevi 2017).

Gözler K, *Kurucu İktidar* (Ekin Kitabevi 1998).

Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi Cilt I* (Ekin Yayınevi 2011).

Gözler K, *Türk Anayasa Hukuku* (3. Baskı, Ekin Yayınları 2019).

Gözler K, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (Ekin Yayınları 2022).

Güneş İ, *Birinci TBMM'nin Düşünce Yapısı (1920-1923)* (2.Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2008).

Güneş İ, “Teşkilati Esasiye Kanunu'nun (1921 Anayasası'nın) Yapılış Süreci” (2020) 20 (2) *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 233-256.

İşık H M, “İsviçre Konfederasyonu Hükümet Sisteminin Meclis Hükümeti Sistemi Bakımından Değerlendirilmesi” (2022) 27 (47) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 533-561.

İşık S K, “1921 Anayasası Meclis Hükümeti Sisteminin Özgünlüğü ve Tarihten Günümüze Karşılaştırmalı Bir Analizi” içinde Ömer Anayurt ve Yusuf Tekin (Ed.), *1921 Anayasası'nın Kabul Edilişinin 100. Yılı Ulusal Sempozyumu* (TBMM Basımevi 2022).

Kanadoğlu O K ve Ali Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları* (On İki Levha Yayınları 2020).

Kaboğlu İ, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)* (17. Baskı, Legal Yayıncılık 2023).

Kerse A, *Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanı* (Sümer Matbaası 1973).

Keskinsoy Ö ve Kaya S B, “Türkiye'nin Hükümet Sistemleri Üzerine Bir Değerlendirme Üzerine Bir Değerlendirme” (2018) 137 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 67-96.

Ladner A, “Society, Government, and the Political System” in Andreas Ladner, Nils Soguel, Yves Emery Sophie Weerts, Stéphane Nahrath (ed.) *Swiss Public Administration Making the State Work Successfully* (Palgrave Macmillan 2019).

Linder W, *Das Politische System der Schweiz* in Wolfgang Ismayr (Ed.), *Die Politischen Systeme Westeuropas* (Springer 2004).

Linder W and Mueller S, *Swiss Democracy Possible Solutions to Conflict in Multi-cultural Societies* (Fourth Edition, Palgrave Macmillan 2021).

Loewenstein K, *Political Power and the Governmental Process* (Second Edition, The University Of Chicago Press 1965).

Lijphart A, *Çağdaş Demokrasiler- Yirmibir Ülkede Çoğunlukçu ve Oydaşmacı Yönetim Örüntüleri* (Çev. Ergun Özbudun ve Ersin Onulduran, Yetkin Yayınları Tarihsiz).

Matyja M, “The Swiss Model of Direct Democracy” (2019) 1 *Technium Social Sciences Journal* 41-60.

Özbudun E, *1921 Anayasası* (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları 1992).

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (Yetkin 2019).

Özbudun E, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Hukuki Niteliği”, içinde Hamit Emrah Beriş (der.), *Türkiye Büyük Millet Meclisinin 100. Yılına Armağan* (TBMM Basımevi 2022).

Özçelik A S, *Esas Teşkilat Hukuku Dersleri Birinci Cilt Umumi Esaslar* (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1961).

Özdemir A M, Saygılı A, Zabunoğlu H G, Ketizmen M, Demirli A, Aykut E, Türkoğlu Karacaova E N, Uğurlu G ve Şahin O G, *Genel Kamu Hukuku Kuramsal Yaklaşım* (2. Baskı, İmge 2020).

Rousseau J J, *Toplum Sözleşmesi* (Çev. Vedat GÜNYOL, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları 2021).

Sartori G, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme* (Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları 1997).

Sevinç M ve Demirkent D, *Kuruluşun İhmal Edilmiş İstisnası 1921 Anayasası ve Tutanakları* (1. Baskı, İletişim 2017).

Sezgin Ö, *Türk Kurtuluş Savaşı ve Siyasal Rejim Sorunu* (2. Baskı, İmge Kitabevi 2005).

Shugart M S and Carey J M, *Constitutional Design and Electoral Dynamics* (First Edition, Cambridge University Press 1992).

Soysal M, *Anayasaya Giriş* (3. Baskı, İmge 2011).

Steiner J, *Amicable Agreement versus Majority Rule-Conflict Resolution in Switzerland* (University of North Carolina Press 1974).

Şirin T, *Meclis Hükümeti-Rousseau’dan Marx’a, Lenin’den Atatürk’e Bir Ortak Kesen* (On İki Levha 2023).

Şen İ G, *Doğrudan Demokrasi: Kurumlar, Hukuki ve Siyasi Sorunlar* (On İki Levha 2013).

Tanör B, *Türkiye’de Yerel Kongre İktidarları* (1918-1920) (AFA Yayınları 1992).

Tanör B, *Kuruluş (Türkiye 1920 Sonraları)* (Cumhuriyet Yayınları 1997).

Tanör B, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri* (24. Baskı, Yapı Kredi Yayınları 2014).

Teziç E, *Anayasa Hukuku* (23. Baskı, Beta Yayınevi 2019).

Tunaya T Z, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri” (1958) 23 (4), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 227-247.

Turhan M, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1989).



Turhan M, “Meclis Hükümeti (Konvansiyon Kuramı)”, (1991) 46 (1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 453-463.

Velidedeoğlu H F, *İlk Meclis* (Cumhuriyet Yayınları 1999).

Yücel B, *Parlamentar Hükümet Sisteminin Rasyonelleştirilmesi ve Türkiye Örneği* (Adalet Yayınevi 2009).

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/onceki-anayasalar/1921-anayasasi/> (Erişim tarihi 10.11.2023).

<https://www.britannica.com/place/Switzerland/Daily-life-and-social-customs> (Erişim tarihi 12.11.2023).

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en#art_148 (Erişim tarihi 11.11.2023).

Atatürk'ün 24 Nisan 1920'de mecliste yaptığı konuşma, https://www5.tbmm.gov.tr/tarihce/ataturk_konusma/1d1yy1.htm (Erişim tarihi 19.12.2023).

<https://www.eda.admin.ch/aboutswitzerland/en/home/politik-geschichte/politisches-system/direkte-demokratie.html> (Erişim tarihi 22.12.2023)

<https://www.eda.admin.ch/aboutswitzerland/en/home/politik-geschichte/politisches-system/bundesversammlung.html#:~:text=Switzerland%20has%20a%20bicameral%20parliament,four%20years%20by%20the%20people.> (Erişim tarihi 30.12.2023).

KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NDA VARLIK BARIŞI VE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Repatriation of Capital in the Corporate Tax Law and Evaluations on the Relevant Constitutional Court Decision

Fatih SARAÇOĞLU*
Abdullah ÖMERCİOĞLU**

Özet

Kurumlar Vergisi Kanunu'na 7417 sayılı Kanun ile eklenen geçici madde 15 hükmü yeni bir varlık barışı uygulaması getirmiştir. Bu yolla tanınan vergi avantajı sayesinde yurt dışındaki ve yurt içindeki varlıkların kayıt altına alınarak daha düşük oranlarla vergilendirilmesi yoluna gidilmiştir. Söz konusu varlık barışı uygulaması, kademeli vergilendirme öngörmesi ve vergi incelemesi yapılamayacağını hüküm altına alması bakımından daha önceki uygulamalardan ayrılmıştır. Bu düzenlemenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulmuştur. İptal talebinde; varlık barışı uygulaması ile kayıt altına alma imkânının mali güç ilkesi ile vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkelerine aykırı olduğu, mülkiyet hakkını ihlal ettiği, hukuk devleti ve eşitlik ilkeleriyle de bağdaşmadığı ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi talebi yerinde görmeyerek reddetmiştir.

Çalışmada Kurumlar Vergisi Kanunu'nda geçici madde ile düzenlenen varlık barışı uygulaması ve bu maddeye ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı konu edilmiştir. Bu bakımdan öncelikle ilgili varlık barışı uygulaması açıklanmış, özellikleri ortaya konmuştur. Daha sonra da maddenin denetimini yapan Anayasa Mahkemesi kararı, iptal talebinde ileri sürülen gerekçeler ve Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmeleri çerçevesinde incelenmiştir. Sonuç olarak; kararda yapılan değerlendirmeler, daha önce verilen kararlar ve teorik açıklamalar neticesinde kararın çelişki barındırdığı belirlenmiştir.

Anahtar kelimeler: Varlık Barışı, Anayasa, Anayasa Mahkemesi Kararı, Mali Güç, Vergi İlkeleri.

Abstract

The provisional article 15, which was added to the Corporate Tax Law by Law No. 7417, introduced a new repatriation of capital practice. With the tax advantage provided in this way, both foreign and domestic assets were recorded and taxed at lower rates. This repatriation of capital practice differs from previous practices in that it envisages gradual taxation and stipulates that no tax audit can be conducted. An application was made to the Constitutional Court requesting the annulment of this regulation. In the annulment request; It has been claimed that the possibility of registration through the repatriation of capital practice is contrary to the principle of financial power and the principles of fair

> Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

> Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 25.12.2023

> Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Prof. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, fatih.saracoglu@hbv.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5778-0488>.

** Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, a.omercioğlu@kku.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-7577-4356>.

and balanced distribution of the tax burden, violates the right to property, and is incompatible with the principles of the rule of law and equality. So the Constitutional Court found the request inappropriate and rejected it.

The subject of the study is the asset reconciliation practice regulated by the temporary article in the Corporate Tax Law and the decision of the Constitutional Court regarding this article. In this regard, first of all, the repatriation of capital application is explained and its features are revealed. Then, the decision of the Constitutional Court, which supervised the article, was examined within the framework of the reasons put forward in the request for annulment and the evaluations of the Constitutional Court. In conclusion; As a result of the evaluations made in the decision, previous decisions and theoretical explanations, it was determined that the decision contained contradictions.

Keywords: Repatriation of Capital, Constitution, Constitutional Court Decision, Financial Power, Tax Principles.

GİRİŞ

Varlık barışı uygulamaları kısmi bir vergi affı mahiyetindedir¹. Nitekim genel olarak varlık barışı uygulamaları ile kayıt dışı kalmış bulunan birtakım değerlerin kanuni defterlere kayıtlarının gerçekleştirilerek iktisadi ve mali sisteme tekrar dâhil edilmesi ve bunlar üzerinden vergi geliri elde edilmesi amaçlanmaktadır². Zaman zaman kayıt dışılığın azaltılması ve bir şekilde sistemin dışında kalan mükellefleri yeniden hukuka uygun davranmaya yönlendirebilmek için bu tür düzenlemelere ihtiyaç duyulabilmektedir.

Vergi affı uygulamaları içinde özellikle vergi barışı veya varlık barışı olarak kabul edilen düzenlemeler ilk olarak 2003 yılında 4811 sayılı “Vergi Barışı Kanunu” ile tanınmıştır³. Son olarak da 7417 sayılı Kanun ile Kurumlar Vergisi Kanunu’na (KVK) eklenen geçici 15. madde ile 05 Temmuz 2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmek üzere yeni bir varlık barışı uygulaması getirilmiştir. Bu Kanun ile getirilen düzenlemenin daha önce uygulanan varlık barışı örneklerinden farkı ise kademeli vergilendirme ve vergi inceleme uygulamaları açısından ortaya çıkmaktadır.

Özellikle söz konusu farklar çerçevesinde ilgili maddenin 1-12. fıkralarının Anayasa’ya aykırılığı iddia edilmiş ve Anayasa Mahkemesi’ne iptal talebiyle başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise 22 Haziran 2023 tarihinde, belirtilen hükümlerin Anayasa’ya aykırılık içermediklerine ve iptal taleplerinin reddine oybirliğiyle karar vermiştir⁴. Bu durum varlık barışı uygulamasının Anayasa’da yer alan vergileme ilkeleri açısından değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesi’nin dayandığı gerekçelerin incelenmesi ihtiyacını doğurmuştur.

¹ Selami Er, “Varlık Barışı Kanunu ve Kod Listesi Uygulamasının Vergi Adaleti ve Uyumuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme” (*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 2010, 11-2) 263; Neslihan Çetinkaya Bilgin, “Vergi Affı Uygulamalarının Finansal Tabloların Gerçeğe Uygun Sunulabilmesi Üzerindeki Etkilerinin Araştırılması” (*Muhasebe ve Denetim Bakış* 2021, 62) 211.

² Güneş Çetin, “Vergi Aflarının Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi” (*Yönetim ve Ekonomi Dergisi* 2007, 14-2) 173.

³ Gamze Yıldız Şeren and Emin Dedebeek, “Yeni Varlık Barışı” (*IAAOJ Social Science* 2013, 1-1) 13.

⁴ AYM, 22.06.2023, E. 2022/110, K. 2023/115.

Bu çalışmada öncelikle 5520 sayılı KVK'nin geçici 15. maddesi ile kabul edilmiş olan varlık barışı hükümleri incelenecektir. Bu çerçevede varlık barışı uygulaması açıklanarak kapsamına, şartlarına ve neticelerine değinilecektir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi kararı; iptal talebinin gerekçeleri, mahkemenin değerlendirmeleri ve hüküm kapsamında ele alınacaktır. Sonuç olarak ise Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği kararlarındaki görüşleri ile ilişkilendirilerek değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. KVK'NİN GEÇİCİ 15. MADDESİNİN İNCELENMESİ: VARLIK BARIŞI

KVK'nin geçici 15. maddesiyle belirlenen koşulların sağlanması durumunda hem yurt dışında bulunan hem de Türkiye'de kayıt dışı kalmış olan birtakım varlıklara ilişkin vergisel avantajlar tanınmıştır. Bu vergi avantajı uygulamada varlık barışı olarak adlandırılmaktadır.

Maddeye göre gerçek veya tüzel kişilerce, “yurt dışında bulunan; para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının banka veya aracı kurumlara bildirilmesi” gerekmektedir. Bu varlıklar, yurt dışında bulunan banka veya finans kuruluşlarından alınan ve 05.07.2022 tarihinden itibaren kanuni defterlere kaydedilmiş bulunan kredilerin kapatılmasında da kullanılabilir.

Ayrıca gelir ya da kurumlar vergisi mükelleflerinin sahibi oldukları ve Türkiye'de mevcut olan fakat kanuni defterlere kaydedilmemiş bulunan “para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazların” da vergi dairelerine bildirilmesi gerekmektedir.

Bildirilen veya beyan edilen varlıklar, bildirim ya da beyan tarihi itibarıyla kanuni defterlere kaydedilecektir. Bu varlıkların, bildirim ya da beyan tarihinden itibaren iki yıl geçmiş olması şartıyla vergiye tabi kazancın ve kurumlar için dağıtılabilir kazancın tespitinde dikkate alınmadan işletmeden çekilebilmesi de mümkün kılınmıştır.

Vergi sorumlusu sıfatı yüklenen banka ve aracı kurumlar, kendilerine bildirilmiş olan varlıklara ilişkin bildirim tarihine göre değişen oranlarla tahsil ettikleri vergileri bağlı oldukları vergi dairesine verecekleri bir beyanname ile ödemekle yükümlü tutulmuşlardır. Bildirim sahibinin bu usulle bildirdiği varlıklarını, Türkiye'ye getirmesinden itibaren en az bir yıl süreyle tutması ve ilgili vergi dairesine başvurması üzerine ise ödediği vergi kendisine iade edilecektir.

Bununla birlikte bildirim sahibi, Türkiye'ye getirdiği ya da kanuni defterlere kaydettiği varlıklarını elden çıkarması sebebiyle uğradığı zararları, gelir ya da kurumlar vergisi açısından gider veya indirim olarak gösteremeyecektir. Dolayısıyla mükellefler bu yönde ortaya çıkan zararlardan herhangi bir avantaj sağlayamayacaktır.

KVK'nin geçici 15. maddesiyle varlıklarını yurt dışından getireceklere ve yurt içinde kayıt altına alacak mükelleflere yönelik vergi incelemesi ve tarhiyatı

yapılmayacağı da taahhüt altına alınmıştır. Bu hüküm, söz konusu düzenlemeyi, esas itibariyle daha önce kabul edilen vergi barışı uygulamalarından farklılaştırmaktadır. Bildirimde bulunulmasına rağmen varlıkların üç ay içinde Türkiye'ye getirilmemesi, tarh edilen vergilerin zamanında ödenmemesi ve belirlenen diğer koşullara aykırı hareket edilmesi durumlarında ise vergi incelemesi ve tarhiyatı yapılmayacağına ilişkin olanaktan yararlanılamayacaktır.

A. VARLIK BARIŞI UYGULAMASININ KAPSAMI

Varlık barışının kapsamı KVK'nin geçici 15. maddesinin 1. fıkrasında belirlenmiştir. Buna göre;

- gerçek veya tüzel kişilerce, yurt dışında bulunan; para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile
 - gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerince sahip olunan ve Türkiye'de bulunan ancak kanuni defter kayıtlarında yer almayan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazlar
- varlık barışına konu edilebilmektedir.

B. VARLIKLARIN BİLDİRİMİ VE AKTİFTE VAR OLMA ZAMANI

Gerçek ya da tüzel kişiler, yurt dışında bulunan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarını 31 Mart 2023 tarihine kadar banka veya aracı kurumlara bildirilmekle yükümlü tutulmuşlardır. Ayrıca bunlar yurt dışında bulunan banka ya da finansal kurumlardan alınan ve 05 Temmuz 2022 tarihinden itibaren kanuni defterlere kaydedilmiş olan kredilerin en geç 31 Mart 2023'e kadar kapatılmasında kullanılabilecektir. Bu durumda, defter kayıtlarından düşülmesi şartıyla, borç ödemesinde kullanılan varlıklar için Türkiye'ye getirme şartı aranmadan KVK'nin geçici 15. maddesi hükümlerinden yararlanılacaktır (KVK geç. m. 15/1-2).

05 Temmuz 2022 tarihi itibariyle kanuni defterlerde kayıtlı bulunan sermaye avansları, yurt dışında bulunan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları belirtilen tarihten önce Türkiye'ye getirilerek karşılanmış olması durumunda, ilgili avansların en geç 31 Mart 2023'e kadar defter kayıtlarından düşülmesi şartıyla KVK'nin geçici 15. maddesi hükümlerinden yararlanılacaktır (KVK geç. m. 15/3).

Gelir ya da kurumlar vergisi mükelleflerinin sahip oldukları kanuni defter kayıtlarında bulunmayan Türkiye'deki para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile taşınmazlar 31 Mart 2023'e kadar vergi dairelerine beyan edilecektir (KVK geç. m. 15/4).

KVK'nin geçici 15. maddesinin yukarıda açıklanan 1. ve 4. fıkraları kapsamındaki varlıklar Vergi Usul Kanunu'na (VUK) göre defter tutmakla yükümlü mükelleflerce bildirim ya da beyan tarihi itibariyle kanuni defterlere kaydedilecektir.

Bilanço esasına göre defter tutan mükellefler, kanuni defterlerine kaydedecekleri kıymetler için pasifte özel fon hesabı açmak zorundadır. Bu fon hesabının çekilebilmesi, sermayeye ilave dışında başka bir amaç için kullanılabilmesi için bildirim ya da beyan tarihinden itibaren iki yıl geçmesi gerekmektedir. Bu fon hesabı işletmenin tasfiye edilmesi halinde ise vergilendirilmemektedir.

İşletme hesabı esasına göre defter tutanlar ile serbest meslek kazanç defteri tutanlar, bu kıymetleri defterlerinde ayrıca göstermek zorunda tutulmuştur. İlgili varlıklar dönem kazancının tespitine dahil edilmemekte ve ancak bildirim ya da beyan tarihinden itibaren iki yıl geçtikten sonra vergiye tabi kazancın ve kurumlar için dağıtılabılır kazancın belirlenmesinde dikkate alınmadan işletmeden çekilebilmektedir.

Gelir ve kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunmayanlar, KVK'nin geçici 15. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenen diğer şartlar aranmaksızın madde hükümlerinden yararlanabilirler. Ancak bunların beyanname verme yükümlülükleri devam etmektedir. Taşınmazlar haricindeki varlıkların en geç beyan tarihi itibarıyla banka ya da aracı kurumlara yatırılmak suretiyle belgelendirilmesi gerekmektedir.

KVK'nin geçici 15. maddesinin 4. fıkrası kapsamında beyan edilmek suretiyle işletme kayıtlarına geçirilecek taşınmazların işletmeye devrine ilişkin tapuda yapılacak işlemlerden, Harçlar Kanunu'na göre harç alınmamaktadır. Nitekim bu tür taşınmazların işletmeye devredilmesi Gelir Vergisi Kanunu mükerrer 80. madde kapsamındaki elden çıkarmadan sayılmamaktadır (KVK geç. m. 15/5).

C. VARLIK BARIŞINDA VERGİ UYGULAMASI

Varlık barışı uygulamasında yurt içi varlıklar için tek oran uygulanması söz konusu iken; yurt dışından getirilen varlıklar için, getirilme süresi dikkate alınarak farklı oranlara yer verilmiştir. Buna göre banka ve aracı kurumlar, yurt dışından getirilen varlıkların bildiriminde varlığın değeri üzerinden;

- 30 Eylül 2022 tarihine kadar yapılanlar için % 1,
- 1 Ekim ile 31 Aralık (dâhil) 2022 tarihleri arasında yapılanlar için % 2 ve
- 31 Mart 2023 tarihine kadar yapılanlar için % 3

oranında vergiyi peşin olarak tahsil edeceklerdir. Daha sonra bu vergileri, varlık sahibinin bildirimini takip eden ayın 15. günü akşamına kadar bağlı buldukları vergi dairesine bir beyanname ile beyan edecek ve aynı sürede ödeyeceklerdir. Bu halde banka ve aracı kurumlar vergi sorumlusu sıfatına sahip olmaktadır.

Ancak bildirilen varlıkların Türkiye'deki banka veya aracı kurumlarda açılacak hesaplara transfer edilmesi ya da yurt dışından getirilerek bu hesaplara yatırılması durumunda, yatırma tarihinden itibaren en az bir yıl hesapta tutulması şartıyla vergi oranı % 0 olarak uygulanacaktır. Bu halde, banka ve aracı kurumlar tarafından yukarıda belirtilen oranlara göre tahsil edilen ve vergi dairesine ödenen vergiler, bildirim sahibinin başvurusu üzerine iade edilecektir (KVK geç. m. 15/6).

Başvurunun ilgili vergi dairesine yapılması gerekmektedir.

- Yurt içinde olup da kanuni defterlere kayıtlı olmayan varlıklar açısından ise vergi dairelerine beyan edilen varlıkların değeri üzerinden % 3 oranında vergi tarh edilecektir. Bu verginin ödemesi tarhiyatın yapıldığı ayı izleyen ayın sonuna kadar olarak belirlenmiştir (KVK geç. m. 15/7).

KVK'nin geçici 15. maddesinin 6. ve 7. fıkrasına göre ödenen bu vergiler, hiçbir durumda gider olarak kabul edilmemekte ve başka bir vergiden de mahsup edilememektedir.

D. VARLIK BARIŞINDA AMORTİSMAN UYGULAMASI VE GİDER KABUL EDİLMEME

VUK'un amortismanlara ilişkin hükümleri varlık barışı kapsamında bildirilen ve beyan edilen varlıklarla ilgili olarak uygulanmamaktadır. Bu kapsamda varlıkların elden çıkarılması sebebiyle ortaya çıkan zararlar, gelir vergisi ve kurumlar vergisi açısından gider ya da indirim olarak kabul edilmemektedir (KVK geç. m. 15/8).

E. VARLIK BARIŞI UYGULAMASINDA VERGİ İNCELEMESİ VE TARHİYAT

Varlık barışına konu edilerek bildirilen ya da beyan edilen varlıklara denk gelen tutarlar herhangi bir tarhiyata konu edilmemekte ve hakkında vergi incelemesi de yapılmamaktadır. Bu husus öğretilerde “nereden buldunsa buldun” dönemi olduğu yönünde eleştirilmektedir⁵. Ek olarak, farklı bir sebeple daha önce başlamış olan bir vergi incelemesi ve takdir komisyonu kararları sonucuna göre tespit edilen matrah farkının varlık barışına konu edilen değerler sebebiyle meydana çıktığı tespit edilirse, varlık tutarının matrah farkına eşit veya ondan daha fazla olduğu durumlarda ek tarhiyat yapılamamaktadır.

Tespit edilen matrah farkının, bildirilen ya da beyan edilen varlıklar sebebiyle oluştuğunun belirlenmesine karşın ilgili varlık tutarlarından büyük olması durumunda ise sadece aradaki tutar farkı üzerinden vergi tarhiyatı yapılmaktadır. Vergi incelemesi ya da takdir komisyonu kararlarına göre bildirim ya da beyana konu edilen varlıklar haricindeki başka bir sebeple matrah farkı bulunması halinde, bu maddeye göre bildirilen ya da beyan edilen tutarlar üzerinden, herhangi bir mahsup işlemi yapılmaksızın doğrudan tarhiyat yapılmaktadır (KVK geç. m. 15/9).

F. VARLIK BARIŞI UYGULAMASINDAN YARARLANILAMAMASI

Varlık barışı kapsamında KVK'nin geçici 15. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bildirilmesine rağmen ilgili varlıklar,

- bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde Türkiye'ye getirilmezse,
- Türkiye'deki banka veya aracı kurumlardan açılan bir hesaba aktarılmazsa,

⁵ Fatih Saraçoğlu, “Nereden Buldundan Nereden Buldunsa Bulduna... ve Vergi Kaskosu” (*Vergi Sorunları Dergisi* 2023, 416) 18.

- bildirilen ya da beyan edilen tutarlara ilişkin tarh edilecek vergiler zamanında ödenmezse ve
- KVK'nin geçici 15. maddesinde yer alan diğer şartların ihlal edilirse hallerinde KVK'nin geçici 15. maddesinin 9. fıkrasındaki yukarıda açıklanan vergi incelemesi yapılmayacağına dair hükümden yararlanılamamaktadır.

Ayrıca vergi incelemesine başlandıktan ya da takdir komisyonuna sevk edildikten sonra yapılan bildirim ve beyanlar sebebiyle ilgili inceleme ya da takdir komisyonu kararlarına göre yapılacak tarhiyatlar için de belirtilen 9. fıkra hükmü uygulanmamaktadır. Tahakkuk eden vergi vadesinde ödenmediği durumda vergi aslı ve gecikme zammı 6183 sayılı Kanun'a göre takip ve tahsil edilecektir. Tahsil işlemi yapılmış vergiler red ve iade edilmemektedir (KVK geç. m. 15/10).

G. VARLIK BARIŞI UYGULAMASINDA DÜZELTME İLE USUL VE ESASLARI BELİRLEME

Varlık barışı uygulamasında düzeltme yapılabilmesi için bildirim ve beyan süresinin sona ermemiş olması gerekmektedir (KVK geç. m. 15/11).

Uygulamanın konusunu oluşturan varlıkların Türkiye'ye getirilmesi ve bildiri mi üzerine işletmeye dâhil edilmelerine ilişkin hususları, bu bildirim ve beyanların tabi olacakları esas ve şekilleri, varlık barışının uygulanmasında kullanılacak bilgi ve belgeleri ile iade işlemlerini ve uygulamaları belirlemeye Hazine ve Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır (KVK geç. m. 15/12).

7417 sayılı Kanun ile KVK'nin 10. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendinde yapılan değişiklik hükmü, 05 Temmuz 2022 tarihinden önce sermaye artırımını yapan ya da ilk defa kurulan şirketler açısından 2022 yılı hesap dönemi dâhil olmak üzere 5 hesap dönemi için uygulanmaktadır (KVK geç. m. 15/13).

II. KVK GEÇİCİ 15. MADDESİNİN İPTALİ TALEBİYLE AÇILAN DAVAYA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

KVK'nin geçici 15. maddesinin iptali istemiyle yeter sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri tarafından Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmuştur. Bu kısımda iptal talebinin gerekçesi, Anayasa'ya aykırılık sorunu ve Anayasa Mahkemesi kararı üzerinde durulacaktır.

A. İPTAL TALEBİNİN GEREKÇESİ

7417 sayılı Kanun'un 50. maddesiyle KVK'ye eklenen 15. maddenin 1-12. fıkralarının iptali talebiyle açılan dava, söz konusu maddenin Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 73. maddelerine aykırı olduğu iddialarına dayanmaktadır. Bu açıdan dava dilekçesinde değinilen talepler aşağıdaki gibidir.

- *Yurt içi ve yurt dışında kayıt dışı menkul varlığı olan gerçek ve tüzel kişilerin bu varlıklarını belirli bir tarihe kadar beyan ederek kayıt altına alma imkânının sağlandığı,*

- ancak varlıklarını süresinde beyan eden mükellefler tarafından daha yüksek oranda vergi ödenirken kuralların öngördüğü imkandan yararlanmak suretiyle varlıklarını beyan eden mükelleflerin bu varlıklarını cüzi miktarda vergi ödemek suretiyle kayıt altına alılabilmelerinin mümkün kılındığı,
- bu durumun verginin mali güce göre belirlenmesi ile
- vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkelerine aykırılık oluşturduğu,
- mülkiyet hakkının ihlali sonucunu doğurduğu,
- hukuk devleti ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmadığı.

Anayasa Mahkemesi, dava konusu kuralları belirtilen Anayasal hükümlerin yanı sıra Anayasa'nın yasama yetkisini düzenleyen 7. maddesi yönünden de incelemiştir.

B. ANAYASA'YA AYKIRILIK SORUNU

Anayasa Mahkemesi, 7417 sayılı Kanun ile KVK'ye eklenen geçici 15. maddesi Anayasa'nın 2., 7., 10., 13., 35. ve 73. maddeleri çerçevesinde vergilemenin amaçları, mali güce göre vergilendirme ve vergilemede genellik, eşitlik ve kanunilik ilkeleri bakımından incelemiş; Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 73. maddelerine aykırılık görmemiş; 13. ve 35. maddeleriyle de ilgisi olmadığına hükmetmiştir.

Bu kısımda Anayasa Mahkemesi kararı katıldığımız ve katılmadığımız yönleriyle ele alınacaktır.

1. Mali Güce Göre Vergilendirme Bakımından

7417 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde; “ülkemizdeki ekonomik gelişmelere uyum, ekonomik program hedeflerinin gerçekleştirilmesi, vergide adalet, vergi rekabeti, basitlik, etkinlik ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde bazı güncellemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmakta olduğu, bu çerçevede hazırlanan Teklifte, mükelleflerin gönüllü uyumunu gözeten, vergi güvenliğini güçlendiren, kayıt dışılıkla mücadeleye katkı sağlayan, idarenin etkin ve hızlı karar almasını sağlayan değişikliklerin öngörüldüğü” vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararında da öncelikle 7417 sayılı Kanun'un yukarıda belirtilen genel gerekçesine atıfta bulunulmuş; ardından KVK'nin geçici 15. maddesine eklenen kuralların bahsedilen hedefleri gerçekleştirmek maksadıyla tedbir mahiyetiyle ihdas edildiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda getirilen düzenlemelerle yurt dışında bulunan altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçlarının Türkiye'ye getirilerek milli ekonomiye kazandırılması amaçlanmış ve bu yolla ekonomi canlandırılmaya çalışılmıştır. Ek olarak, gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin sahip oldukları ve Türkiye'de bulunan fakat işletme kayıtlarına alınmamış olan kıymetlerin ve taşınmazların kanuni defterlere işlenerek kayıt altına alınması ve bu yolla işletme bünyelerinin güçlendirilmesi de amaçlanmıştır.

Ardından hem yurt dışında mevcut olan hem de yurt içinde olup kayıt dışı bırakılan varlıkların, gerçek sahipleri araştırılmadan doğrudan bildirenler adına kayda geçirileceği vurgulanmıştır. Ayrıca varlık barışı uygulaması ile bildirilen varlıkların dönem kazancının tespiti için dikkate alınmayacak olmasının ve işletmeden çekilme kolaylığı tanınmasının vergi bağışıklığı sağlayacağı yönünde tespitlerde bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin bu değerlendirmesi karşısında, kayıt dışı varlıkların gerçek sahiplerinin araştırılmamasının önemsiz görülmesine katılmamaktayız. Nitekim mali güç açısından önemli olan, varlıkların gerçek sahiplerinin diğer mükelleflerin ödediği oranlarda vergi ödemesinin sağlanmasıdır⁶. Vergi oranlarının mali güç ilkesi gözetilerek ve mükelleflerin mali güçleri ile bağlantılı olarak belirlenmesi; bir kısım mükellefin eylemli olarak vergi dışında kalmasına yol açacak uygulamalardan sakınılması gerekmektedir⁷. Diğer mükellefler yüksek oranda vergi öderken, bu kişilerin çok az miktarlarda vergi ödeyerek varlıklarını kayıt altına aldıklarının mümkün olması temel vergileme ilkeleriyle de uyumlu görülmemektedir. Bu durum verginin mali güce göre alınması ilkesiyle çelişmektedir. Nitekim vergilerin mükelleflerin iktisadi ve şahsi durumlarına göre alınması, mali güce göre vergilendirmenin gereğidir⁸.

İncelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararında da daha önce verilmiş bir karara⁹ atıfta bulunularak “*Anayasa'nın 73. maddesine göre herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu; verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesinin amaçlandığı; vergilendirmede, kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile mali güçlerinin göz önünde bulundurulması gerektiği*” belirtilmiştir.

Dolayısıyla varlık barışı kapsamında bildirilen varlıkların cüzi miktarda vergi ödenerek kayıt altına aldırılabilmesi, verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkelerine aykırıdır. Bu nedenle vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi imkânını ortadan kaldırmaktadır. Nitekim vergi affı ve varlık barışı beklentisi mükelleflerin vergiye uyumunu erteleyebilmekte ve dürüst mükelleflerin uyumunu da adaletsizlik duygusu ile azaltabilmektedir¹⁰.

2. Vergilemenin Amaçları ve Vergilemede Genellik İlkesi Bakımından

Anayasa Mahkemesi kararında 7417 sayılı Kanun ile KVK'ye eklenen geçici 15. maddenin vergilemenin mali amacı açısından da ele alındığı görülmektedir. Bu

⁶ Doğan Şenyüz, Mehmet Yüce and Adnan Gerçek, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)* (11th edn, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020) 24.

⁷ Selim Kaneti, *Vergi Hukuku* (Filiz Kitabevi 1989) 31.

⁸ Tamer Budak, *Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2010) 2.

¹⁰ Fatih Savaşan, “Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları (“Vergi Barışı” Uygulama Sonuçları)” (*Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi* 2006, VIII -1) 61.

açıdan Anayasa Mahkemesi kararında şu hususlara dikkat çekilmektedir; “Ekonomik süreçte meydana gelen kimi değişiklikler yeni bir verginin konulmasını veya mevcut vergilerin kaldırılmasını ya da oranlarının azaltılıp artırılmasını gerektirebileceği gibi verginin mali amacından taviz verilmesine de neden olunabilir.”

“Kurallarla söz konusu varlıkların Türkiye’ye getirilmesi veya kayıt altına alınmasını teşvik etmek amacıyla bu varlıklar hakkında hiçbir surette vergi incelemesinin ve vergi tarhiyatının yapılmayacağını öngörülmesi suretiyle bildirilen varlıkların mali gücü göstermelerine karşın verginin mali amacından taviz verilerek anılan amaçların gerçekleştirilmesinin aracı olarak kullanılması söz konusudur. Özellikle son yıllarda küresel alanda yaşanan ekonomik daralmanın oluşturduğu olumsuzlukların giderilmesi ve ekonomik program hedeflerinin gerçekleştirilmesi bakımından önemi de gözetildiğinde bu varlıkların milli ekonomiye kazandırılması ve kayıtlı hale getirilmelerinde kamu yararının bulunmadığı söylenemez.”

Buradan anlaşılan Anayasa Mahkemesi, bildirilen varlıkların vergi incelemesine tabi tutulmamasını verginin mali amacından bir taviz olarak görmekle birlikte, bunların kayıt altına alınabilmesi ve varlıkların milli ekonomiye kazandırılması amacının gerçekleşmesini ekonomik program hedefleri doğrultusunda kamu yararına uygun bulmaktadır. Dolayısıyla verginin mali amacından taviz verilmesine karşın gelir elde edilmesinin vergisel düzenin bozulmasına tercih edildiği görülmektedir. Oysaki verginin mali amacı gereğince kayıt dışılığın giderilmesi, mali gücün tam olarak ortaya konması ve ihlallerin tespit edilmesi ile hem daha fazla vergi geliri elde edilebilmekte hem de vergisel düzen sağlanmış olmaktadır. Burada adeta kayıt dışı varlıkların denetim yetersizliği gibi birtakım sebeplerle ortaya çıkartılamamış olması yüzünden elde edilemeyen gelirin bir vergi avantajı sağlanarak yasal hale getirilmesine imkân tanınması kamu yararı olarak sunulmaktadır. Hâlbuki kamu yararı genel, nesnel, makul ve adil olmalı, toplumun faydasına yönelmelidir¹¹.

Kararda vergide genellik ilkesi, mali gücü olan herkesin hiçbir ayrıma tabi tutulmadan vergi yüküne katılması ve vergi ödemesi olarak ifade edilmiştir. Bu ilkenin amacının sosyal sınıfı önem taşımaksızın herkesin elde ettikleri gelir, servet veya harcamalar üzerinden vergi vermesinin sağlanması olduğu da belirtilmektedir. Dahası Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce verilmiş bir karara¹² atıfta bulunularak vergilendirmede eşitlik ilkesi uyarınca belirli kişi ya da grupların dil, din, ırk, cinsiyet gibi sebeplerle vergi dışı bırakılmayacağı ifade edilmektedir. Bununla birlikte bazı kişiler ya da gelirlerin vergi dışında bırakılmasının ancak mali politikalar, sosyal, iktisadi ve vergi tekniğinin gerektirdiği nedenlere dayandırılabileceği belirtilmiştir. Bu durum vergilerin kamu hizmetlerinin karşılığı olarak

¹¹ Fatih Saraçoğlu, *Anayasa Mahkemesinin Vergiye İlişkin Kararlarında Kamu Yararı* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2014) 36-40.

¹² AYM, 28.02.2018, E. 2017/117, K. 2018/28.

toplanmasına yönelik mali amacının yanında sosyal ve ekonomik amaçlarla toplanmasının da mümkün olmasından kaynaklanmaktadır¹³. Bu açıdan vergiler bir maliye politikası aracıdır¹⁴. Özellikle ülke ekonomisini olumsuz yönde etkileyen ve ekonomik daralmaya sebep olan hususların ortaya çıktığı dönemlerde bu sorunların telafisi ve istihdam düzeyinin korunması için vergi indirim, istisna ve muafiyetlerinden yararlanılmakta olduğuna dikkat çekilmektedir.

Kararda isabetle üzerinde durulduğu üzere gerçekten de verginin mali amacı yanında mali olmayan amaçları da bulunmaktadır¹⁵. Maliye politikasının gerekleri doğrultusunda mali olmayan amaçları gerçekleştirebilmek bakımından vergi indirim, istisna ve muafiyetlerinden yararlanılabilir¹⁶. Bu gibi uygulamalar genellikle ilkesine aykırı gibi düşünülebilecek olmakla birlikte mali gücün tam ve doğru biçimde kavranabilmesi bakımından zorunluluk arz edebilmektedir. Ancak 7417 sayılı Kanun ile KVK'ye eklenen hükümler doğrudan genellik ilkesine aykırılık oluşturmakta; mali gücün tam ve doğru biçimde kavranmasına da engel olmaktadır. Nitekim söz konusu hükümlerden faydalanan mükellefler korunma ya da teşvik edilme ihtiyacı duyulanlar arasında kabul edilemeyecek bulunan kayıt dışı varlık sahiplerinden oluşmaktadır.

3. Vergi İncelemesi ve Tarhiyat Yapılmaması ile Vergilemede Eşitlik İlkesi Bakımından

7417 sayılı Kanun ile KVK'ye eklenen düzenlemeler kapsamında ilgili varlıklar için vergi incelemesi ve vergi tarhiyatı yapılmayacağı hükme bağlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararında da bu husus belirtildikten sonra, vergi kanunları dışındaki mevzuat hükümlerinin bu varlıklar açısından uygulanabilir olmaya devam edeceği belirtilmektedir. Bu çerçevede bildirilen varlıklar gerekli incelemelere tabi tutulabilecek ve gerektiğinde yaptırım uygulanabilecektir. Dolayısıyla kuraların suç gelirlerinin aklanmasında kullanılamayacağı vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararında ayrıca 7417 sayılı Kanun ile KVK'ye eklenen kurallarla “*bildirilen varlıkların vergiden bağımsız tutulmasıyla uyumlu olarak bu varlıkların elden çıkarılmasından doğan zararların gider veya indirim olarak gözetilemeyeceği hüküm altına alınmak suretiyle bildirilen varlıkların mükelleflerin vergilendirilmeleriyle bağlantısının kesilmiş, lehe ve aleyhe etki etmesinin önlenmiş olduğu; böylece söz konusu varlıkların satılması halinde ortaya çıkabilecek zararların vergilendirmede göz önünde bulundurulup bulundurulamayacağına ilişkin tereddütlerin giderilmesinin amaçlandığının anlaşılakta olduğu*” belirtilmektedir.

¹³ Yücel Uyanık and others, *Gelir Dağılımında Gelişmeler ve Vergi Politikası* (1st edn, Gazi Kitabevi 2015) 53.

¹⁴ Abuzer Pınar, *Maliye Politikası* (Naturel Yayınları 2006) 39.

¹⁵ Yakup Karabacak, “Sosyal Politika Aracı Olarak Vergilemenin İşlevleri: Türkiye Örneği” (İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası 2012, 62-2) 224.

¹⁶ Fatih Saraçoğlu, *Vergi Teorisi Politikası ve Türkiye Uygulamaları* (1st edn, Gazi Kitabevi 2022) 20.

Ardından Anayasa'nın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesine yer verilmiştir¹⁷. Buradan hareketle yine başka bir Anayasa Mahkemesi kararına atıfta bulunularak¹⁸ Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen kanun önünde eşitlik ilkesinin hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğu, bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörüldüğü belirtilmektedir. Devamında “eşitlik ilkesinin amacı; aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez” ifadelerine yer verilmiştir.

Kararda eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetimi ve ölçülülük ilkesi konusunda da başka bir Anayasa Mahkemesi kararına atıfta bulunularak¹⁹ aşağıdaki açıklamalara yer verilmektedir. “Eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde aynı ya da benzer durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılıp yapılmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Yapılacak bu belirlemenin ardından ise farklı muamelelerin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülü olup olmadığı hususları irdelenmelidir. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Diğer bir ifadeyle bu ilke, farklı muamelelerin öngörülen objektif amaç ile orantılı olmasını gerektirmektedir”.

Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, 7417 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerle yurt dışındaki varlıkların ya da yurt içinde olup da kayıt dışı bırakılmış olan varlıkların gerçek sahiplerinin belirlenmesi konusunda herhangi bir araştırma yapılmaması ve herkesin bu hükümlerden faydalanabilmesi mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla yurt dışında veya yurt içinde bulunan ilgili varlıklara sahip olmak açısından aynı durumda olan herkes eşit şekilde bu imkândan faydalanma

¹⁷ Anayasanın “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. maddesi aşağıdaki gibidir.

¹⁸ AYM, 24.03.2022, E. 2021/129, K. 2022/33.

¹⁹ AYM, 29.04.2021, E. 2021/1, K. 2021/32.

hakkına sahip olduğu düşünülebilir. Ayrıca yurt dışında ve yurt içinde kayıt dışı menkul varlığı olan ve bu varlıklarını söz konusu maddeden faydalanarak beyan ile kayıt altına aldırarak kişilerle madde yürürlüğe girmeden önce varlıklarını beyan eden ve bunlara ilişkin vergi yükümlülüklerini tamamlamış olan kişilerin farklı hukuki konumlarda olacakları da düşünülebilir. Bu sebeplerle de kuralların eşitlik ilkesine aykırı olmadığı ifade edilebilir.

Ancak eşitlik ilkesi yönünden yapılacak bir denetim, varlık barışından yararlanarak bildirimde bulunan mükellefler ile varlıkları zaten kayıt altında olan mükellefler arasında bu varlıkların değeri anlamında bir benzerlik olduğunu gösterecektir. Öte yandan bu kişilerin vergi incelemelerine tabi tutulabilmeleri açısından da bir farklılık olmamalıdır. Dolayısıyla varlık barışı kapsamında bildirimde bulunan mükelleflere düşük vergi oranları uygulanarak benzer durumdaki diğer mükelleflerle aralarında farklılık gözetildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca yine varlık barışından faydalananlarla faydalanmayan diğer mükellefler arasında vergi incelemesi açısından da bir farklılık oluşturulduğu açıktır. Burada önemli olan; farklı işlemlerin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığıdır²⁰.

Varlık barışından yararlanılarak bildirilen varlıklar açısından farklı vergi oranı uygulanması ve vergi incelemesi yapılmaması, bu varlıkların;

- Türkiye'ye getirilmesi,
- kayıt altına alınmasının teşvik edilmesi,
- milli ekonomiye kazandırılması ve
- kayıtlı hale getirilmesi temellerine dayandırılmaktadır.

Bu gerekçelerin nesnel ve makul bir temel oluşturmadığı görülmektedir. Zira nesnel ya da objektif olmak; öznel olmanın karşıtıdır²¹. Nesnel olmak, gerçeğe varmak amacıyla, taraf tutmadan inceleme yapılması ve hüküm verilmesidir. Bireyin kişisel görüşünden bağımsız olmayı gerektirmektedir. Makul olmak ise, aklın benimseyebileceği, aklın kabul edebileceği, akla uygun nitelikte olmalıdır. Aşırı olmayan, uygun ve elverişli olmalıdır. Makul olmak akıllıca iş görmek ve davranmaktır.

Ölçülülük ilkesi de amaç ile araç arasında hakkaniyete uygun bir denge olmasını, farklı işlemlerin ulaşılmak istenen objektif amaç ile orantılı olmasını gerektirmektedir²². Ancak varlık barışından yararlanılarak bildirilen varlıklar açısından çok düşük (% 1, 2 veya 3) farklı vergi oranı uygulanması ve vergi incelemesi yapılması, öngörülen objektif amaç ile muamelenin orantılı olmadığını göstermektedir.

²⁰ Mustafa Erkan Üyümez, *Yüksek Mahkemelerin Kararları Işığında Vergilendirmede Eşitlik İlkesi* (1st edn, Anadolu Üniversitesi Yayınları 2010) 40-41.

²¹ Salih Turhan, *Vergi Teorisi ve Politikası* (Der Yayınları 1987) 217.

²² Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku* (25th edn, Turhan Kitabevi 2016) 57-58.

Ayrıca yurt dışında ve yurt içinde kayıt dışı menkul varlığı olan ve bunları varlık barışı hükümlerinden yararlanarak beyan edip kayıt altına aldıkları ile madde yürürlüğe girmeden önce varlıklarını beyan edip bunlara ilişkin vergi ödevlerini tamamlamış olanların aynı hukuki durumda olmadığı düşünülebilir. Ancak bu düşünce biçimi, ilk gruptakilerin vergi yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmalarına rağmen, pozitif ayrımcılığa tabi tutulduğuna, ikinci gruptakilerin vergi yükümlülüklerini yerine getirmiş olmalarına rağmen cezalandırıldığına işaret etmektedir. Dolayısıyla kuralların eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna açık bir biçimde ulaşılmaktadır.

4. Hazine ve Maliye Bakanlığı'na Tanınan Yetki ve Vergilemede Kanunilik İlkesi Bakımından

7417 sayılı Kanun ile KVK'ye eklenen geçici 15. maddenin 12. fıkrasıyla Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen yetkiler de Anayasa Mahkemesi'nde açılan davanın konusu kapsamında ele alınmıştır.

Anayasa'nın 73. maddesinin 3. fıkrasında “*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır*” hükmü ile vergilerin kanuniliği ilkesi düzenlenmiştir. Bu madde, mali yükümlülüklerin sadece kanun ile konulabileceğini, kanunun hiçbir suretle bu konuda yürütme organını ve idareyi yetkili kılamayacağını ifade etmektedir²³. Bu çerçevede vergilendirmede, vergiyi doğuran olay, vergilerin matrah ve oranları, yukarı ve aşağı sınırları, tarh, tahakkuk ve tahsil usulleri, yaptırımları ve zamanaşımı gibi birtakım ana unsurlarının kanunlarla belli edilmiş olması gerekmektedir²⁴.

Ancak her konunun tüm yönleriyle ve detaylarıyla kanunlarda düzenlenmesi pratik açıdan mümkün değildir. Bu sebeple kanunda konunun çerçevesinin çizilmesi ve belirlenen sınırları aşmamak kaydıyla uygulamaya dair konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı mahiyette idari işlemde bulunma yetkisi verilebilir²⁵. Bu yetki devri ile daha hızlı düzenleme yapma imkânı tanınmakta ve günün ihtiyaçları çerçevesinde kanuni sınırlar dâhilinde hareket edilmesi mümkün olmaktadır.

Söz konusu maddede, yurt dışındaki varlıkların Türkiye'ye getirilmesi ve yurt içindeki varlıkların da kayıt altına alınması yoluyla faydalanılacak vergi bağışıklığının şartları ve süresi belirlenmiştir. Dava konusu 12. fıkrayla Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen yetki; varlık barışı kapsamındaki varlıkların Türkiye'ye getirilmesi ve bildirim ile işletmeye dâhil edilmelerine dair esasları, bildirim değerinin tespiti, bildirim şekli, içerik ve ekleri ile nereye yapılacağını, uygulamada kullanılacak bilgi ve belgeler ile diğer usul ve esasları belirlemeyi kapsamaktadır. Dolayısıyla 12. fıkra ile öngörülen yetkinin, vergi bağışıklığının temel unsurlarını

²³ Ersan Öz, *Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi* (Gazi Kitabevi 2004) 84.

²⁴ Akif Erginay, *Vergi Hukuku* (5th edn, Sevinç Matbaası 1976) 30.

²⁵ Gülsen Güneş, *Vergilerin Yasallığı İlkesi* (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2011) 134.

ilgilendirmeyen teknik ve teferruata ilişkin yetkiler olduğu görülmektedir. Bu bakımdan vergi bağışıklığının temel unsurlarının kanunla düzenlenmesinin ve Hazine ve Maliye Bakanlığı'na tanınan yetkinin sınırlarının açıklanan şekilde çizilmiş olmasının verginin kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturmadığı sonucuna varılmıştır.

Ancak asıl olan 7417 sayılı Kanun ile KVK'ye eklenen geçici 15. maddenin ilk 11 fıkrasıdır. Yukarıda açıklandığı üzere belirtilen hükümlerin vergilemenin amaçları, mali güce göre vergilendirme ve vergilemede genellik ve eşitlik ilkeleri bakımından Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu 11 fıkranın iptali halinde 12. fıkradan söz etmeye gerek de kalmamaktadır.

Son olarak 7417 sayılı Kanun ile KVK'ye eklenen geçici 15. madde davaya konu edilirken Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırılık iddiasında da bulunulmuştur. Ancak Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddesi ile "temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı" hükmüne bağlanmıştır. "Mülkiyet Hakkı" başlıklı 35. maddesinde ise; mülkiyet ve miras haklarının herkese tanındığı, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır²⁶. Devamında ise mülkiyet hakkının kullanılmasının toplumun menfaatine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin kararında da belirtildiği üzere, 7417 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemelerin Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

SONUÇ

KVK'ye 7417 sayılı Kanun ile eklenen geçici 15. madde, kayıt dışı kalmış olan varlıkların beyan üzerine düşük oranda vergilendirmeye tabi tutularak kayıt altına alınmasına olanak tanımıştır. Bu hüküm 05.07.2022 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş ve 31.3.2023 tarihine kadar uygulanmıştır.

Varlık barışı olarak da adlandırılan bu uygulama ile hem yurt dışında bulunan hem de yurt içinde mevcut olan fakat kayıt işlemi yapılmamış olan para, altın, döviz, menkul kıymet ve diğer sermaye piyasası araçları ile yurt içi taşınmazların kaydedilmesi sağlanmıştır. Bu uygulamanın daha önce de benzerleri kabul edilmiş olmakla birlikte kademeli vergilendirme öngörmesi ve vergi incelemesine tabi tutulmaması açısından farklılaşmıştır.

Bu varlık barışı uygulamasına karşı Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açılmıştır. İptal talebi genel itibarıyla; verginin mali güce göre belirlenmesi ile vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkelerine aykırılık oluşturduğu, mülkiyet

²⁶ Saraçoğlu, (n 11) 38.

hakkını ihlal ettiği, hukuk devleti ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmadığı iddialarına dayanmıştır. Bu vesileyle de Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi 22.6.2023 tarihli kararında, iddiaları yerinde görmeyerek iptal talebini oybirliği ile reddetmiştir. Kararda iddialarla bağlantılı olarak yapılan değerlendirmelerde mali güç ilkesine, verginin amaçları ve vergilemede genellik ilkesine vergi incelemesi ve tarhiyat yapılmaması ile vergilemede eşitlik ilkesine, Hazine ve Maliye Bakanlığı'na verilen yetki ile vergilemede kanunilik ilkesine değinilmiştir.

Kararda genel olarak değinilen ilke ve uygulamalar kısaca açıklanmış ancak varılan netice ve hüküm ile ilişkilendirmelerinde tutarlılık görülmemiştir. Bu bakımdan sağlanan vergi avantajı ile bildirilen varlıkların çok düşük oranlarla vergilendirilerek kayıt altına alınmasının, verginin mali güce göre alınması ve vergilerin genelliği ilkelerine aykırılık oluşturduğu değerlendirilmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararında kayıt dışı varlıkların gerçek sahiplerinin araştırılmasına ihtiyaç olmadığı yönünde yapılan değerlendirme, mali güç ilkesinin özünü oluşturan ve kişiden kişiye değişen iktisadi ve şahsi durumlarının göz önünde bulundurulmasıyla vergilendirme yapılması esasını işlevsiz hale getirmiştir. Mali güç ilkesinin göz ardı edilmesi aynı zamanda vergilendirmede eşitlik ve adaletin sağlanmasına da olumsuz etki gösterecektir. Benzer şekilde bildirilen varlıkların vergi incelemesine tabi tutulmamasının da hem vergisel düzeni bozarak ve bu sebeple kamu düzenini ihlal ettiği hem de açıkça eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği üzere verginin mali olmayan amaçlarının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Verginin mali olmayan amaçları, iktisadi ve sosyal gelişme sağlanması amacıyla birtakım vergisel avantajlar tanıyarak esasında mali gücün tam ve doğru bir biçimde ortaya konmasına hizmet etmektedir. Bu bakımdan vergi yükümlülüklerini zamanında yerine getirmemiş olan mükelleflere verginin mali olmayan amaçlarını gerçekleştirebilmek amacıyla tanınan indirim, istisna ve muafiyet gibi araçlarının uygulanması hem genellik ilkesine aykırıdır hem de bu amaçların hedeflerinden sapma oluşturmaktadır. Ek olarak varlık barışından faydalanılarak bildirilen varlıklar açısından çok düşük vergi oranları uygulanmasının da orantılılık ilkesi ile bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Nihayetinde varlık barışı olarak sunulan mali af uygulamaları özü itibarıyla vergiye uyum gösteren mükelleflerin aleyhine sonuçlar meydana getirmekte ve vergisel düzeni temelden sarsmaktadır. Kısa vadede kamu gelirlerinde artışa ve zaten kayıt dışı kalmış olan bazı varlıkların tekrar kayıt altına alınmasına imkân verse de bu tür uygulamalarının artmasıyla mükelleflerin vergi sistemine ve vergilemeye bakış açılarını olumsuz etkileyerek kayıt dışına çıkışı artırma potansiyeli taşımaktadır. Bu bakımdan varlık barışı uygulamalarının ancak istisnai ve olağanüstü dönemlerle sınırlı tutulması, mükellefler açısından bir beklenti haline getirilmemesi büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

Budak T, *Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç* (1st edn, On İki Levha Yayıncılık 2010)

Çetin G, “Vergi Aflarının Vergi Mükelleflerinin Tutum ve Davranışları Üzerindeki Etkisi” (*Yönetim ve Ekonomi Dergisi* 2007, 14-2) 171-187

Çetinkaya Bilgin N, “Vergi Affı Uygulamalarının Finansal Tabloların Gerçeğe Uygun Sunulabilmesi Üzerindeki Etkilerinin Araştırılması” (*Muhasebe ve Denetim Bakış* 2021, 62) 207-222

Er S, “Varlık Barışı Kanunu ve Kod Listesi Uygulamasının Vergi Adaleti ve Uyumuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme” (*Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 2010, 11-2) 261-278

Erginay A, *Vergi Hukuku* (5th edn, Sevinç Matbaası 1976)

Güneş G, *Verginin Yasallığı İlkesi* (3rd edn, On İki Levha Yayıncılık 2011)

Kaneti S, *Vergi Hukuku* (Filiz Kitabevi 1989)

Karabacak Y, “Sosyal Politika Aracı Olarak Vergilemenin İşlevleri: Türkiye Örneği” (*İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası* 2012, 62-2) 223-252

Öncel M, Kumrulu A and Çağan N, *Vergi Hukuku* (25th edn, Turhan Kitabevi 2016)

Öz E, *Vergilendirmede Kanunilik ve Türk Vergi Sistemi* (Gazi Kitabevi 2004)

Pınar A, *Maliye Politikası* (Naturel Yayınları 2006)

Saraçoğlu F, “Nereden Buldundan Nereden Buldunsa Bulduna... ve Vergi Kaskosu” (*Vergi Sorunları Dergisi* 2023, 416) 13-21

Saraçoğlu F, *Anayasa Mahkemesinin Vergiye İlişkin Kararlarında Kamu Yararı* (1st edn, Seçkin Yayıncılık 2014)

Saraçoğlu F, *Vergi Teorisi Politikası ve Türkiye Uygulamaları* (1st edn, Gazi Kitabevi 2022)

Savaşan F, “Vergi Afları: Teori ve Türkiye Uygulamaları (“Vergi Barışı” Uygulama Sonuçları)” (*Afyon Kocatepe Üniversitesi İİBF Dergisi* 2006, VIII -1) 41-65

Şenyüz D, Yüce M and Gerçek A, *Vergi Hukuku (Genel Hükümler)* (11th edn, Ekin Basım Yayın Dağıtım 2020)

Şeren G Y and Dedebeek E, “Yeni Varlık Barışı” (*IAAOJ Social Science* 2013, 1-1) 3-23

Turhan S, *Vergi Teorisi ve Politikası* (Der Yayınları 1987)

Uyanık Y, Pürsünlerli Çakar E, Atan M and Saraçoğlu F, *Gelir Dağılımında Gelişmeler ve Vergi Politikası* (1st edn, Gazi Kitabevi 2015)

Üyümez ME, *Yüksek Mahkemelerin Kararları Işığında Vergilendirmede Eşitlik İlkesi* (1st edn, Anadolu Üniversitesi Yayınları 2010)

Anayasa Mahkemesi Kararları

AYM, 28.02.2018, E. 2017/117, K. 2018/28.

AYM, 29.04.2021, E. 2021/1, K. 2021/32.

AYM, 24.03.2022, E. 2021/129, K. 2022/33.

AYM, 22.06.2023, E. 2022/110, K. 2023/115.

BELEDİYE GELİRLERİ KANUNU 97'NCİ MADDESİ UYARINCA ALINAN ÜCRETLERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME*

*The Court in Charge of Disputes Arising from Fees Received in accordance with
Article 97 of the Municipal Revenues Law*

Yunus Emre ORUÇ**
Mustafa UYANIK***

Özet

Belediyelerin yerel hizmet sunumundaki önemli rolü göz önüne alındığında, görevlerini etkili bir biçimde sürdürebilmeleri için sağlam bir mali altyapıları olması kaçınılmaz bir ihtiyaçtır. Bu bağlamda belediyelere, görevlerine uygun yeterli gelir kalemlerinin temin edilmesi gerekmektedir. Bu gelir türlerinden biri ve belki de en önemlisi ise ücretlerdir. Ücretlerin bu denli önemli bir yere sahip olması yanında, ücretlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların nerede çözümleneceğine ilişkin sorunlar da önemli bir yer tutmaktadır. Görevli yargı yerinin belirlenmesi konusunda açık ve anlaşılır kriterlerin olmaması ve yargı yerleri arasında farklı yaklaşımların olması, bireylerin hangi yargı merciine başvuracağı konusunda belirsizlik yaşamasına neden olmaktadır. Çalışmamızda, ücret gelirinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesine giden süreçte yaşananlar ele alınarak son durumda hangi yargı mercinin görevli olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Öncelikle belediye gelirleri kavramı ve tarihçesi ele alınmış, ardından ücret kavramına ilişkin açıklama yapılmıştır. Son olarak, ücretten kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli yargı mercine ilişkin Danıştay ve Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı ayrı ayrı ele alınmış ve bu kararlar ışığında halihazırda görevli olan yargı yeri tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ücret, Benzeri Mali Yükümlülük, Belediye Gelirleri, Görev, İdari Yargı

Abstract

Considering the important role of municipalities in local service provision, it is inevitable that they have a solid financial infrastructure in order to carry out their duties effectively. In this

➤ *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

➤ *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 27.12.2023*

➤ *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024*

* Bu makale, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı kapsamında hazırlanan “Vergi Yargılamasında Görev” isimli yüksek lisans tezinden türetilmiştir.

** İdari Hâkim Adayı, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi, Erciyes Üniversitesi Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, ab273901@adalet.gov.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8478-3919>.

*** Dr. Öğr. Üyesi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, muyanik@erciyes.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5304-8767>. Yazar, bu çalışmaya doğrudan katkı sunmamış; Erciyes Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin 41'inci maddesi uyarınca makalede ortak yazar olarak yer almıştır.



context, municipalities must be provided with sufficient revenue items appropriate to their duties. One of these types of income, and perhaps the most important, is wages. In addition to the fact that wages have such an important place, problems regarding where disputes arising from wages will be resolved also have an important place. The lack of clear and understandable criteria for determining the competent jurisdiction and the existence of different approaches among jurisdictions cause individuals to experience uncertainty about which jurisdiction to apply to. In our study, we tried to explain which judicial authority is responsible in the final case by discussing what happened in the process leading to the determination of the competent court in disputes arising from wage income. First of all, the concept and history of municipal revenues were discussed, and then an explanation was made about the fee item. Finally, the approach of the Council of State and the Constitutional Court regarding the jurisdiction in disputes arising from wages was discussed separately, and in the light of these decisions, the jurisdiction currently in jurisdiction was determined.

Keywords: Wage, Similar Financial Obligations, Municipal Revenues, Duty, Administrative Jurisdiction

GİRİŞ

Türkiye'nin tarihsel geçmişi ile günümüzdeki anayasal düzeni göz önüne alındığında, üç farklı yerel yönetim birimi bulunduğu görülmektedir. Bu birimler, belediyeler, il özel idareleri ve köylere dir.¹ Ülkemizde özellikle 1950'li yıllardan itibaren artan kentleşme eğilimi, kentlerdeki nüfus artışı ile paralel olarak yerel hizmetlerin hem nitelik hem de nicelik olarak genişlemesine sebep olmuştur. Bunun sonucunda, belediyelerin önemi artarak sorumluluk alanları da genişlemiştir.²

Belediye, bir beldede yaşayanların ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulan ve karar organları seçmenler tarafından seçilen, mali ve idari özerkliğe haiz bir kamu tüzel kişiliğidir. Belediyeler, 2005 yılında yürürlüğe giren 5393 sayılı Belediye Kanunu³'na göre yönetilmektedir. 2004 tarihli 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu⁴ ise, büyükşehir belediyeleri ile büyükşehir belediyesinin sınırlarında kalan ilçe belediyeleri açısından uygulama alanı bulmaktadır.⁵

Gerçekleştirilen reformlar sonucunda, belediye sınırları içindeki nüfus artışının yanı sıra belediyelerin sorumlulukları ile görevleri de genişletilmiş; ancak, büyükşehir belediyeleri dışındaki belediyeler arasında nüfusları bakımından herhangi bir hizmet ayırımına gidilmemiştir. Bu değişikliklere rağmen, belediyelerin git gide ar-

¹ A. Kadir Topal, 'Belediyelerin Özgelirlerinin Artırılmasında Vergilendirme Yetkisi: Ülkeler Arası Bir Karşılaştırma' (2004) 18 (3-4), Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 119 (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/29963>, Erişim Tarihi 29.11.2023).

² Ülkü Arıkboğa, 'Türkiye'de Belediyelerin Gelir Yapısı: Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2016) 13 (33), Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 277 (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/183470>, Erişim Tarihi 25.11.2023).

³ Belediye Kanunu, Kanun Numarası: 5393, Kabul Tarihi: 03.07.2005, RG 13.07.2005/25874.

⁴ Büyükşehir Belediyesi Kanunu, Kanun Numarası: 5216, Kabul Tarihi: 10.07.2004, RG 23.07.2004/25531.

⁵ Elif Ayşe Şahin İpek, 'Türkiye'de Belediye Gelirlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 20 (2), Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 2 (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/610985>, Erişim Tarihi 25.11.2023).

tan hizmetlerini finanse etmesi amacıyla öz gelirlerini artıracak ve çeşitlendirecek düzenlemeler yapılmamıştır.

Nüfusun çoğunu doğrudan etkileyen belediyelerin, yaptıkları hizmetleri etkili bir şekilde yerine getirebilmeleri için iki kritik konu önem kazanmaktadır. İlk olarak, belediyelerin hizmetlerini karşılamaya yetecek gelir kaynaklarına sahip olmaları, ikinci husus ise belediyelerin gelirlerinin içeriğiyle ilgilidir.

Bu bağlamda, belediyelerin gelirleri içerisinde büyük bir yer teşkil eden ücretler de bu bakımdan önem arz etmektedir. Teknolojik ve finansal gelişmeler çerçevesinde alınan ücret kalemleri de her geçen gün artarak değişiklik göstermektedir.

Bu artışla birlikte ücretlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak yargı faaliyetinin de önemi artmıştır. Bu söz konusu ücretlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, idari yargı içerisinde çözüme kavuşturulmaktadır. İdari yargıyı, idarenin eylem ve işlemlerinden doğan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturan bir yargı süreci olarak ifade edebiliriz. Bununla birlikte, mevzuat düzenlemelerinin yeterli olmaması ve uyuşmazlık taraflarının bu düzenlemelere ilişkin gereken bilgiyi edinmemeleri gibi nedenlerle yargılama esnasında bazı sorunlarla karşılaşmaktadır. Göreve ilişkin yaşanan sorunlar bunların başında gelmektedir.

Bu kapsamda, çalışmamız 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu⁶ 97'nci maddede uyarınca alınan ücretlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli yargı yerinin tespitine ilişkindir. Bu amaçla çalışmamızın ilk kısmında belediye gelirleri ile tarihçesi irdelenmiş, ikinci kısmında ise ücrete ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Çalışmamızın son kısmında ise ücret uyuşmazlıklarından kaynaklanan davalarda görevli mahkemenin neresi olduğu, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında tespit edilmiştir.

I. GENEL OLARAK BELEDİYE GELİRLERİ VE TARİHÇESİ

A. Belediye Kavramı

Anayasa'nın 127'nci maddesi uyarınca mahalli idareler, yerel düzeydeki ortak ihtiyaçların karşılanması amacıyla kuruluş esasları kanunla belirlenen, seçmenlerin seçimi sonucu oluşturulan kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlardır. Mahalli idareler Anayasa'da, belediyeler, il özel idareleri ile köyler olarak üç başlık altında ele alınmıştır.

Mahalli idareler arasında en önemli olanı ise kuşkusuz belediyelerdir. Belediyeler, belli bir yerleşim yerinde bulunanların güncel hayatını bir şekilde etkileyen temizlik, sağlık, dinlenme, eğlenme, çevresel koruma ve kültürel faaliyet gibi alanlara yönelik ihtiyaçlarını karşılamakla görevlidir.⁷

⁶ Belediye Gelirleri Kanunu, Kanun Numarası: 2464, Kabul Tarihi: 26.05.1981, RG 29.05.1981/17354.

⁷ Halil Nadaroğlu, *Mahalli İdareler* (5. Bası, Beta Yayıncılık, 1994) 195.

Belediye, Türk Dil Kurumu'nca "*İl, ilçe, kasaba, belde vb. yerleşim merkezlerinde temizlik, aydınlatma, su, toplu taşıma ve esnafın denetimi gibi kamu hizmetlerine bakan, başkanı ve üyeleri halk tarafından seçilen, tüzel kişiliği olan örgüt*" ve "*uray, şehremaneti*" gibi ifadelerle tanımlanmıştır.⁸

5393 sayılı Belediye Kanunu'nda ise belediyenin tanımı, "*Belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idarî ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi*" şeklinde yapılmıştır.

Bir başka tanımında ise, "*Belediye, beldenin ve belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tesviye ile mükellef hükmi bir şahsiyettir.*"⁹ şeklinde tanımlanmıştır.

Belediye sözcüğü, beled kökünden gelmektedir.¹⁰ Beled, "*şehir, memleket, diyar, belde*" olarak ifade edilirken; beledi ise "*köylü olmayan, şehirli*" ve "*şehirle/belediyeye ilgili*" şeklinde ifade edilmektedir.¹¹

B. Belediyelerde Gelir İhtiyacı

Belediyeler, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve diğer ilgili kanunlar çerçevesinde görevlerini yapabilmek için gerekli gelir kalemlerine ihtiyaç duymaktadır. Belediye Kanunu'nun 14'üncü maddesi, belediyelerin vazifelerini mecburi ve ihtiyari olmak üzere iki kategoriye ayırmaktadır. Belediyelerin zorunlu ve ihtiyari kamu hizmetlerini yerine getirebilmeleri için yeterli gelir kaynaklarını bulmaları gerekmektedir. Mahalli müşterek ihtiyaçları¹² karşılamakla görevli belediyeler, gelir ihtiyaçlarını vergi, harç, pay, ücret, borçlanma ve benzeri kaynaklardan temin etmek durumundadır. Belediyelerin gelir toplayamaması halinde, harcama yapmaları mümkün değildir.¹³ Anayasa'nın 127'nci maddesinin 6'ncı fıkrası, be-

⁸ 'Belediye', Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 25.11.2023.

⁹ 03.04.1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 1'inci maddesinde yer alan tanımdır. Bkz.: Fethi Aytaç, Açıklamalı Belediye Kanunu (4. Bası, Gaye Matbaacılık, 1988) 17.

¹⁰ Mehmet Sait Doğan, 'Belediye ve Ahilik Hizmetlerinin Karşılaştırılması' (2002) 2, Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi, 78 (https://isamveri.org/pdfdrng/D01239/2002_9/2002_09_DOGANMS.pdf, Erişim Tarihi 25.11.2023).

¹¹ 'Beled', Kubbealtı Lügati, <http://lugatim.com/s/BELED>, Erişim Tarihi 25.11.2023.

¹² Anayasa Mahkemesi mahalli müşterek ihtiyaç kavramını, "*...herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklenti...*" olarak tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, E. 2013/19, K. 2013/100, T. 12.09.2013 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2013-100-nrm.pdf>, Erişim Tarihi 16.12.2023).

¹³ Eric Henry Monkkenon, *The Local State: Public Money and American Cities* (1st edn, Stanford University Press, 1995), 1 (https://www.google.com.tr/books/edition/The_Local_State/T5Inu-LoaFkC?hl=tr&gbpv=1&dq=h.+eric+monkkenon,+the+local+state&printsec=frontcover, Erişim

lediyelere görevleriyle orantılı olacak şekilde gelir kaynaklarının sağlanmasını öngörmektedir.¹⁴

Belediyelerin gelir kaynaklarından en önemli olanı kuşkusuz vergilerdir. Mahalli idarelerin üstlendiği görevler, iktisadi bir boyut taşımaktadır. Mahalli idarelerin gelir ihtiyaçlarını genellikle harç, ücret ve bedellerle karşılaması nedeniyle, mahalli kamu hizmetlerinden doğan yüklerin bu ödemelerden faydalanan bireyler arasında adaletli bir şekilde dağıtılması gerekmektedir. Ancak, kamu menfaati ve teknik sebepler nedeniyle, mahalli hizmetlerin sadece harç, ücret ve bedellerle karşılanması mümkün olmamaktadır.¹⁵

C. Belediye Gelirleri

1. Belediye Öz Gelirleri

Öz gelirler, belediyelerin kontrolünde olan gelir kaynaklarıdır. Bu gelirler, kanunlar tarafından belirlenen sınırlar çerçevesinde kullanılabilir. Söz konusu bu yetki öz gelirin çeşidine, ülkelerin ekonomik, idari, siyasi gelenek ve yapılarına bağlı olarak çeşitlilik gösterebilir. Örnek olarak, bazı ülke belediyeleri vergi tarife ve oranlarını belli sınırlar içinde belirleme yetkisine sahiptir. Merkezîyetçi ülkelerde ise, özellikle belediyelere bu konularda çok sınırlı bir yetki tanınması veya hiçbir yetkinin tanınması söz konusu olabilmektedir. Bununla birlikte, belediyeler vergi ve harçlara ilişkin oran, tarife, muafiyet ve istisnaları belirleme konusunda sınırlı bir yetkiye sahipken; fiyat, taşınmaz mal geliri ve teşebbüs şeklindeki gelir türlerine ilişkin toplanacak miktarın tespitinde daha fazla serbestiye sahip olabilir. Bu durum, belediyelerin mali politikalarını şekillendirme ve yerel ihtiyaçlara uygun çözümler bulma konusunda farklılık göstermektedir.¹⁶

Belediyelerin kontrol yetkileri kapsamında matrah, kapsam ve oran belirleme gibi konularda farklılıklar gösterse de bir gelir kaleminin öz gelir olarak tanımlanabilmesi için, tarh, tahakkuk ve tahsile ilişkin işlemlerin belediye birimlerince bizzat gerçekleştirilmesi ve gelirin kullanımının tamamen belediyeye ait olması şarttır.¹⁷

Ülkemizde belediye öz gelirleri, vergiler, harçlar, harcamalara katılma payı ve ücretler kalemlerinden oluşmaktadır. Bunlara ilişkin açıklamalar aşağıdaki tabloda yer almaktadır.

Tarihi 25.11.2023).

¹⁴ Adil Nas, *Belediye Gelirleri* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2011), 22.

¹⁵ İsmail Hakkı Ülkmen, *Mahalli İdareler Maliyesi Dersleri* (Ankara, 1960) 78 (alıntılandığı gibi, Nas (n 13) 2).

¹⁶ Şahin İpek (n 5) 3.

¹⁷ Arıkboğa (n 2) 278.

Tablo 1: Belediye Gelirleri Kanunu Uyarınca Elde Edilen Gelirler¹⁸

Vergiler (12-22, 29-44 arası maddeler ile mükerrer 44'üncü madde)	Ücrete Tabi İşler (97'nci madde)
<ol style="list-style-type: none">1. Eğlence Vergisi2. İlan ve Reklam Vergisi3. Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisi4. Haberleşme Vergisi5. Çevre Temizlik Vergisi6. Yangın Sigortası Vergisi	Belediyeler, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nda harç veya katılma payı olarak belirtilmeyen ve ilgililerin talebi sonucunda sunacakları tüm hizmetler için belediye meclislerince düzenlenecek tarifeler uyarınca ücret alabilmektedir.
Harçlar (52-84 arası maddeler)	Katılma Payları 86ve mükerrer 97'nci madde)
<ol style="list-style-type: none">1. Tatil Günlerinde Çalışma Ruhsatı Harcı2. İşgal Harcı3. Tellallık Harcı4. Kaynak Suları Harcı5. Ölçü ve Tartı Aletleri Muayene Harcı6. Bina İnşaat Harcı7. Hayvan Kesimi, Muayene ve Denetleme Harcı8. Diğer Harçlar<ol style="list-style-type: none">a. Altyapı Kazı İzni Harcıb. Kayıt ve Suret Harcıc. İşyeri Açma İzni Harcıd. İmarla İlgili Harçlare. Muayene, Ruhsat ve Rapor Harcıf. Sağlık Belgesi Harcı	<ol style="list-style-type: none">1. Kanalizasyon Harcamalarına Katılma Payı2. Su Tesisi Harcamalarına Katılma Payı3. Yol Harcamalarına Katılma Payı4. Diğer Paylar<ol style="list-style-type: none">a. Müze Giriş Ücretlerib. Madenlerden Belediyelere Verilen Pay

1.1. Vergiler

Belediye vergileri, belediye yönetimleri tarafından tarh, tahakkuk ve tahsil edilip kendi bütçelerine dahil edilen gelir kaynaklarıdır. Belediyeler bu vergiler açısından, kanunlarla belirlenmiş bir çerçevede vergi oranı, matrahı, muafiyeti ve istisnaları gibi konularda değişiklik yapma yetkisine sahiptir. Ancak ülkemiz

¹⁸ Ayşe Gül Cengiz Kırkıl, 'Belediye Gelirleri Kanunu Çerçevesinde Belediyelerin Vergi Gelirlerinin Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2019), 27.

uygulamasında, belediye vergilerinin bu özelliklerin yalnızca birkaçını taşıdığı görülmektedir.¹⁹

Belediyelerin tahsil edebilecekleri vergi gelirleri, Belediye Gelirleri Kanunu ile 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu²⁰nda hüküm altına alınmıştır. İl ve ilçe belediyeleri ile büyükşehir belediyelerinin tahsil edebileceği vergi türleri Tablo 2’de belirtilmiştir. Tabloya göre büyükşehir belediyeleri, Kanun’da belirtilen vergilerden yalnızca ilan ve reklam vergisi, eğlence vergisi ile yangın sigorta vergisini tahsil edebilmektedir. Çevre temizlik vergisini ilçe belediyeleri tahsil etmekle birlikte, %20’si büyükşehir belediyelerine pay olarak ayrılmaktadır. Yangın sigorta vergisinde ise, itfaiye hizmetinin büyükşehir belediyelerince yerine getirilmesi nedeniyle tahsil yetkisi doğrudan büyükşehir belediyelerine verilmiştir, ilçe belediyelerinin tahsil yetkisi bulunmamaktadır. Belediyelerin uygulayacakları vergi tarifeleri, 2464 sayılı Kanun’da düzenlenmiş olup, belediyelere bu tarifelerin belirlenmesi açısından herhangi bir yetki verilmemiştir. Bu tarifeler ya Kanun tarafından belirli bir oran şeklinde ya da Kanun’un belirlediği alt ve üst sınırlara uygun olarak Cumhurbaşkanınca tespit edilmektedir.²¹

Tablo 2: Belediyelerin Tahsile Yetkili Olduğu Vergiler²²

Vergi Türü	İl ve İlçe Belediyeleri	Büyükşehir Belediyeleri	Büyükşehirdeki İlçe Belediyeleri
Çevre Temizlik Vergisi	X	%20 oranında pay	X
İlan ve Reklam Vergisi	X	X	X
Eğlence Vergisi	X	X	X
Yangın Sigorta Vergisi	X	X	
Emlak Vergisi	X		X
Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisi	X		X
Haberleşme Vergisi	X		X

1.2. Harçlar

Harçlar, temelde idarenin kamu otoritesini kullanarak gerçekleştirdiği idari işlemlerin sonucunda tahsil edilen ve vergiye benzer bir yükümlülüğü ifade eden

¹⁹ Şahin İpek (n 5) 3.

²⁰ Emlak Vergisi Kanunu, Kanun Numarası: 1319, Kabul Tarihi: 29.07.1970, RG 11.08.1970/13756.

²¹ Bu durum 2464 sayılı Kanun’un 96’ncı maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:
“Cumhurbaşkanı, bu Kanunda en az ve en çok miktarları gösterilen vergi ve harçların tarifelerini belediye grupları itibarıyla tayin ve tespit eder.”

²² Arıkboğa (n 2) 281.

özel bir mali yükümlülüktür.²³ Harçlar, mali sistemimizde geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bununla birlikte, sadece merkezi idarece değil, aynı zamanda mahalli idarelerce de harç tahsili yapılmaktadır.²⁴

Belediye harçları; belirli belediye hizmetlerinden yararlananların, bu hizmetlerin maliyetine katkı vermeleri veya ilgili kişilerden belli işlemlerin gerçekleştirilmesi sırasında zorunlu bir mali yükümlülük olarak alınan tutarlardır.²⁵ Bu harçlar, yalnızca ilgili hizmetten faydalananlar tarafından ödenmektedir.²⁶

Bu tanım uyarınca, bir hizmetin harç kapsamına girebilmesi için, bireylerin bir kamu kurum veya kuruluşunun hizmetinden faydalanması, yani kamu tarafından kendilerine bir fayda temin etmesi gerekmektedir.²⁷

Belediye Gelirleri Kanunu'nun ikinci kısmında harçlara yer verilmiştir. Bu kapsamda belediyeler tarafından alınabilecek harçlar; tatil günlerinde çalışma ruhsatı harcı, işgal harcı, tellallık harcı, kaynak suları harcı, ölçü ve tartı aletleri harcı, bina inşaat harcı, hayvan kesimi, muayene ve denetleme harcı, altyapı kazı izni harcı, kayıt ve suret harcı, iş yeri açma izni harcı, imarla ilgili harçlar, muayene, ruhsat ve rapor harcı ve sağlık belgesi harcıdır. Kanun'da belirtildiği üzere harçların bir kısmı sabit bir oranla yani maktu şekilde tahsil edilirken, bunların dışındaki ise matraha göre yani nispi şekilde tahsil edilmektedir.²⁸

1.3. Harcamalara Katılma Payları ile Diğer Paylar

Belediyelerin öz gelirleri içinde büyük bir ağırlığa sahip olmasa da belediyeye doğrudan gelir sağlaması ve belediye faaliyetlerini denetleme aracı olarak harcamalara katılma payı önemli bir rol oynamaktadır.²⁹ Harcamalara katılma payları üç ana başlık altında incelenebilir. Bunlar, Belediye Gelirleri Kanunu'nun üçüncü bölümünde belirtilen kanalizasyon harcamalarına, su tesisi harcamalarına ve yol harcamalarına katılma payları şeklindedir. Harcamalara katılma payı, belediye hizmet programı içinde ya da vatandaş talepleri üzerine gerçekleştirilen hizmetler-

²³ Hasan Hüseyin Can ve İlker Gündüzöz, *Türk Mahalli İdarelerinin Mali Yapısı Gelir ve Giderlere Analitik Yaklaşım Borçlanma Sistemlerinin AB Ülkeleri ile Mukayesesi* (1. Bası, Türkiye Belediyeler Birliği 2011) 25.

²⁴ İsmail Türk, *Kamu Maliyesi* (4. Bası, Turhan Kitabevi 2002) 103.

²⁵ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku* (3. Bası, Savaş Yayınları 1995) 471.

²⁶ Cengiz Kırkıl (n 17) 28.

²⁷ Mustafa Dönmez ve Mehmet Cemal Özyardımcı, *Açıklamalı ve İçtihatlı Belediye ve Büyükşehir Belediye Kanunu* (1. Bası, Mahalli İdareler Derneği Yayınları 2006) 476.

²⁸ Nispi olarak sadece tellallık harcı alınmaktadır. Kanun kapsamında alınan diğer harçlar maktu olarak tahsil edilmektedir. Cengiz Kırkıl (n 17) 29.

²⁹ Nebi Yılmaz, 'Bir Otokontrol Sistemi Olarak Belediyelerde Harcamalara Katılma Payı' (2008) 71, *Sayıştay Dergisi*, 75-76 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1713696>, Erişim Tarihi 25.11.2023).

de, bu hizmetlerin neden olduğu harcamaların tümünü kapsamaktadır.³⁰ Kanun'da belirlenen harcamalara katılma payları aşağıda ifade edilmiştir:

Kanalizasyon harcamalarına katılma payı: Kanun'un 87'nci maddesinde düzenlenen bu katılma payı, belediyeler ile belediyelere bağlı işletmelerce kanalizasyon tesislerinin yapılması halinde, yapılan bu tesislerden faydalanan taşınmaz maliklerinden alınmaktadır.

Su tesisleri harcamalarına katılma payı: Kanun'un 88'inci maddesinde düzenlenen bu katılma payı, belediyeler ile belediyelere bağlı işletmelerce belediye sınırları içerisinde yeni içme suyu şebeke tesisi inşa etmesi ya da mevcut şebeke tesislerini yenilemesi hallerinde, şebeke suyu dağıtım yapılan alanda yer alan taşınmaz sahiplerinden alınmaktadır.

Yol harcamalarına katılma payı: Kanun'un 86'ncı maddesinde düzenlenen bu katılma payı, belediyelerin yapmış olduğu yeni bir yol yapımı, mevcut bir yolun genişletilmesi veya yolun tamirinden sonra, yolun her iki tarafında yer alan ya da bir başka yola çıkışı olmadığından ilgili yoldan faydalanan taşınmaz maliklerinden alınmaktadır.

Yol, kaldırım, kanalizasyon inşaatı ve içme suyu şebeke inşası ile mevcut alanların iyileştirilmesi, harcamalara katılma payı tahsil edilmesine sebep teşkil etmektedir. Ayrıca, 2464 sayılı Kanun'da harcamalara katılma payı tutarının bina ve arsa vergi değerinin %2'sini geçmeyeceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu hükümlerle, taşınmaz sahiplerinin ödeyeceği paya bir üst sınır getirmiştir. Katılma payları, ödemekle yükümlü olan kişilere tebliği takip eden yıldan başlamak üzere iki yıl ve dört taksit olacak şekilde tahsil edilmektedir. Peşin ödeme yapmak isteyen kişilerin, payın tahakkuk etmesinden itibaren bir ay içinde ödeme yapması gerekmektedir.³¹

Diğer Paylar: Harcamalara katılma payı dışında, müze giriş ücretleri payı ve maden payı da bulunmaktadır.

Müze giriş ücretleri payı: Cumhurbaşkanlığına bağlı Milli Saraylar dışında, belediye sınırları içerisinde faaliyet gösteren tüm müzelerin giriş ücretlerinden elde ettiği gelirin %5'lik kısmı belediye payı şeklinde ayrılmaktadır. Belediye payı alınan yerlerin kapsamı, tarihi eserlerin korunduğu ve Kültür ve Turizm Bakanlığı kararıyla giriş ücreti alınan müzeleri içermektedir. Ayrılan belediye payının, tahsil edilen aydan sonraki ayın on beşinci günü sonuna kadar, müzenin bulunduğu yerdeki belediyeye ödenmesi gerekmektedir.³²

Maden payı: 2464 sayılı Kanun'un mükerrer 97'nci maddesinde ifade edildiği şekliyle, belediye sınırları içinde faaliyet gösteren maden işletmeleri, 3213 sayılı

³⁰ Can ve Gündüzöz (n 21) 154.

³¹ Yılmaz (n 27) 155.

³² Nas (n 13) 185.

Maden Kanunu³³'nin 14'üncü maddesinde yer alan paylara ek olarak, yıllık satış miktarından %0,2'lik kısmı belediyeye pay olarak ayırmaktadır. Bu pay, madenlerden tahsil edilen devlet hakkının ödenmesi sırasında, maden işletmesi ruhsat sahibi tarafından ilgili yer belediyesine ödenmektedir.³⁴

1.4. Ücretler

Belediyelerin bir diğer gelir kalemi de yaptıkları bazı işler ve hizmetler sonucunda aldıkları ücretlerdir. Ücretleri bir sonraki bölümde detaylı olarak ele alacağımızdan şimdilik sadece adından bahsetmekle yetiniyoruz.

1.5. Emlak Vergisi Kanunu Kapsamındaki Gelirler

Emlak vergisi, tüzel veya gerçek kişilere ait konut, arsa ve araziler üzerinden alınan, tahsili ve yönetimi mahalli idarelere bırakılmış olan, olağan, daimî, objektif ve özel nitelikli bir servet vergisidir.³⁵

Emlak Vergisi Kanunu'na göre vergiyi doğuran olay, bir gayrimenkule sahip olma veya bir gayrimenkulün kullanım hakkına sahip olmaktır. Türkiye sınırlarında bulunan binalar, araziler ve belediye sınırları içinde ve belediyece parsellenmiş arsalar, ayrıca belediye sınırları içerisine girmemekle birlikte sorumluluğu belediyeye ait olan alanlarda bulunan araziler emlak vergisinin konusunu oluşturmaktadır. Nispi vergi niteliği taşıyan emlak vergisine ilişkin oranlar Kanun'da tespit edilmiştir. Kanun'daki vergi oranları; binaların konut olarak kullanılmasına, arazi veya arsa özelliğine göre değişmektedir. Ayrıca, büyükşehir belediye sınırları ya da mücavir alan içerisinde bulunup bulunmamasına göre de bir ayırım yapılmıştır.³⁶

2. Transferlerden Elde Edilen Gelirler

Belediyelerin transfer gelirleri, koşullu ve koşulsuz olmak üzere iki ana kategoride sınıflandırılmaktadır. Ülkemizde en çok görülen koşulsuz transfer türü, genel bütçeye ait vergi gelirlerinden belediyelere yapılan pay aktarımlarıdır. Bu paylar belediyelerin ana finansman kaynağı olarak büyük önem taşımaktadır. Belediyelere yönelik koşula bağlı transferler, genelde Bakanlıklar ve diğer kuruluşlar tarafından belirli kullanım alanlarına yönelik projelerin finansmanı veya özel hizmetlerin yürütülmesi amacıyla yapılan transferleri kapsamaktadır. Örneğin, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından kültürel, sanatsal, turistik gelişim ve tanıtıma ilişkin projelere yapılan yardımlar ile belediyelerce alınan emlak vergisinin %10'u olarak belirlenen taşınmaz kültür varlıklarının korunması katkı payından gerçekleştirilen yardımlar, koşullu transfer örneği olarak gösterilebilir.³⁷

³³ Maden Kanunu, Kanun Numarası: 3213, Kabul Tarihi: 04.06.1985, RG 15.06.1985/18785.

³⁴ Nas (n 13) 186.

³⁵ Canatay Hacıköylü, 'Emlak Vergisinde Değerleme Sorunu ve Değer Tespitine İlişkin Öneriler' (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi 2009), 16.

³⁶ Cengiz Kırkıl (n 17) 42.

³⁷ Arıkboğa (n 2) 284.

3. Borçlanma Gelirleri

Borçlanma, belediyelerin olağan gelirlerinin, yapmaları gereken hizmetlere yetmediği durumlarda başvurdukları olağanüstü bir gelir kalemidir.³⁸

Belediyelerin borçlanmaya başvurmalarının temel nedenleri, gelirlerini giderleriyle denkleştirememeleri, gelir-gider ilişkisinde verimlilik sağlayamamaları ve öz gelirlerinin gereken seviyede olmamasıdır. Belediyeler, iç ve dış kaynaklardan alınan borçlarla finansmanlarını güçlendirmektedir. Borçlanma konusunda belediyelere serbesti tanınmıştır. Ancak bu serbesti, Belediye Kanunu'nun getirdiği bazı kısıtlamalara tabidir. Bu kısıtlamalar arasında, iç ve dış borç toplamının 213 sayılı Vergi Usul Kanunu³⁹ uyarınca tespit edilen yeniden değerlendirme oranında artırılan son kesinleşmiş bütçe geliri tutarını aşmaması, Hazine ve Maliye Bakanlığının dış borçlara ilişkin garantörlüğünün alınması, belli düzeydeki borçlanmalarda belediye meclisinin onayı ve bu düzeyi aşan durumlarda Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının⁴⁰ onayının alınması şeklinde kısıtlamalara tabidir. Belediyeler, bu kısıtlamalarla merkezi idarenin sıkı denetimi altında borçlanma işlemlerini gerçekleştirmektedirler. Bu durumun temel nedenleri arasında, belediyelerin her geçen gün artan borç tutarları ve ödeme güçlükleri önemli yer tutmaktadır.⁴¹

D. Belediye Gelirlerinin Tarihsel Süreci

1. Osmanlı Döneminde Belediye Gelirleri

Türk idare tarihi açısından, modern anlamda mahalli idarelerin resmî kurumlar olarak ortaya çıkışı yakın tarihlere aittir. Mahalli idarelerden önce, yerel hizmetlerin gerçekleştirilmesinde etkin bir şekilde görev alan, yerel yönetimlerin oluşumuna zemin hazırlayan, idare ile halk arasında köprü olan ayanlar ve loncalarla birlikte devlet tarafından resmi olarak atanan şehir kethüdarları da bulunmaktaydı. Ancak Osmanlı döneminde şehirlerdeki büyüme etkisi ve yabancı devletlerin azınlıkların siyasi hayata katılımı yönündeki baskıları sonucunda yerel yönetimler 19. yüzyılda resmi kurum haline gelmiştir. Bu dönemde yöneticilerin yerel yönetimleri kurumsallaştırmadaki temel amacı, yerel ölçekte demokrasinin gelişimini sağlamak değil, yereli ilgilendiren hizmetlerin etkin bir biçimde yürütülmesini, vergilerin düzenli şekilde toplanmasını, ekonomi ve kamu düzeninin iyileştirilmesini sağlamaktı. Bu kapsamda, Osmanlı Devleti'nde 19. yüzyıla kadar bazı hizmetler dini cemaat ve vakıflar ile mahalli gruplara bırakılmıştır. Tanzimat dönemiyle birlikte gelen birtakım idari reform sayesinde mahalli idarelerin ortaya çıkması

³⁸ Ruşen Keleş, *Yerinden Yönetim ve Siyaset* (3. Bası, Cem Yayınevi 1998) 341.

³⁹ Vergi Usul Kanunu, Kanun Numarası: 213, Kabul Tarihi: 04.01.1961, RG 10.01.1961/10703.

⁴⁰ Bu yetki daha önce İçişleri Bakanlığı'nda iken, 29.11.2018 tarihli ve 7153 sayılı Kanun'un 28'inci maddesiyle Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına verilmiştir.

⁴¹ Özhan Çetinkaya ve Tolga Demirbaş, 'Belediye Gelirlerinin Analizi ve Mali Özerklik Açısından Değerlendirilmesi' (2010) 53, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 9-10 (<https://dergipark.org.tr/pub/iuamamk/issue/742/8012>, Erişim Tarihi 26.11.2023).



için gereken ortam hazırlanmıştır. Tanzimat dönemi devlet adamları ise mahalli demokrasi ve siyasal katılım gibi bir amaç benimsememekle birlikte Metternich Avusturya'sını bir örnek olarak ele alarak reformları gerçekleştirmişlerdir. Bu dönemde, maliyeyi düzenlemek amacıyla vilayetlerdeki sancak merkezlerine gönderilen valilerin yetkileri, validen bağımsız yüksek rütbeli maliye memurları yani, muhassıllar tarafından sürdürülmüştür. Ayrıca, muhassılların başında bulunduğu meclisler de oluşturulmuştur. Bu meclislerde bölgenin müftüsü, kadısı, askeri komutanı, ruhani liderleri ve bölgenin ileri gelenlerinden de altı kişi yer almıştır. Böylece Tanzimat dönemi idari reformları Osmanlı Devleti'nde yerel yönetimlerin temellerini atmıştır.⁴²

Liman kentlerinin ticari olarak hareketlenmesiyle, yerli ve yabancı tüccarların konaklama, ulaşım ve güvenlik ihtiyaçlarını artırmıştır. Bu husus, yerel hizmetlerin düzenli olarak sunulması gerekliliğini daha açık bir şekilde ortaya koymuştur. Bu bağlamda, liman kentlerinde ticaretin canlanması, yerel hizmetlerin daha etkin bir şekilde örgütlenmesine ve yerel yönetimlerin kurulmasına öncülük etmiştir.⁴³ Bu sürecin sonucu olarak, batı tarzındaki yerel yönetimler Tanzimat Fermanı'yla birlikte görülmeye başlamıştır. İlk kurulan yerel yönetim birimi de 1855 yılında kurulan İstanbul Şehremaneti (Belediyesi)'dir. Ancak hukuki anlamda belediyelerin kuruluşu 1930'lu yıllarda olabilmıştır.⁴⁴ İstanbul'da ilk örneğini gördüğümüz belediye teşkilatının taşraya taşınması 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ile gerçekleşmiştir. 1867 yılında Osmanlı taşralarının tamamında yürürlüğe konan Nizamname, 1871 yılında değişikliğe uğrayarak kaza ve liva merkezlerinde belediye dairesi kurulmasını düzenlemiştir.⁴⁵ 1876 yılında kabul edilen Kanuni Esasi'nin 112'nci maddesinde, belediye yönetimi ya da bir başka ifadeyle "umuru belediye"nin belediye meclislerine bırakılacağı ifade edilmiştir.⁴⁶ Vergi toplama yetkisi ise, ilk olarak İstanbul belediye dairelerine tanınmıştır. Öncelikle ilk kurulan

⁴² İlber Ortaylı, 'Osmanlı İmparatorluğunda İdari Modernleşme ve Mahalli İdare Alanındaki Gelişmeler' (1982) 3 (1-3), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 142 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13780>, Erişim Tarihi 25.11.2023).

⁴³ Nurhan Toprak, "Mahalli İdarelerin Türk İdare Tarihi Açısından Gelişim Süreci ve Hizmet Sunum Yöntemleri" (2020) 19 (37 Covid-19 Özel Sayısı), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 4 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1166190>, Erişim Tarihi 26.11.2023).

⁴⁴ Erdoğan Öner, *İstanbul Şehremaneti (Belediyesi)'nin Kuruluşu ve 1917 Yılı Bütçesi* (1. Bası, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları 2008) 1-7 (<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/%C4%B0stanbul-%C5%9Eehre m%C3%A2neti-Belediyesinin-Kurulu%C5%9Fu-Ve-1917-Y%C4%B1%C4%B1-B%C3%BCt%C3%A7esi.pdf>, Erişim Tarihi 26.11.2023).

⁴⁵ Şeyhmus Bingöl, 'Osmanlı Taşra Belediyelerinde Bütçe Krizi: "Rüsûm-ı Erbaa Örneği"' (2019) 46, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 57 (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2160447>, Erişim Tarihi 26.11.2023).

⁴⁶ Yıldızhan Yayla, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezaif* (1. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1984) 42-43 (<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6CLJ8T5/A2D376661DEC4F15868112A8797ABA41>, Erişim Tarihi 26.11.2023).

Altıncı Daireye tanınan alelade ve fevkalade vergi toplama yetkisi, daha sonra İstanbul'da kurulan diğer dairelere de verilmiştir.⁴⁷

1877 yılında çıkarılan Vilayet Belediye Kanunu'nda belediyelerin görev tanımına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre belediyeler, kaldırım, yol, inşaat, lağım, su kanalı onarım ve yapım işi ile çarşı-pazar denetimi ve satılan malların fiyat kontrolleri gibi çok sayıda yetkiyle yetkilendirilmiştir. Kanun'un 19'uncu maddesinde ise, belediyelerin bu işleri yapabilmesi için ihtiyaç duyacakları finansmanın kaynağı düzenlenmiştir. Madde kapsamında belediyelerin gelirleri, irade-i seniyye ile devredilecek vergiler, devlet tarafından tahsis edilecek vergiler, köprü, geçit ve yol gibi inşai faaliyetlere ayrılan bütçeden geri kalan tutar, cezalar, hayvan alım satımından alınan ücret ile belediyeye yapılacak bağışlar olarak belirlenmiştir.⁴⁸

Belediye gelirlerine ilişkin olarak 1913 tarihinde de bir Kanun çıkarılarak zebhiye⁴⁹ rüsumunun miktarı artırılmış ve toplanan tutarın belediyelere aktarılmasına karar verilmiştir. 1914 tarihli Rüsum-u Belediye Kanunu'na göre ise belediyelerce mezbahalar kuruluna kadar kesilecek hayvanlardan belirlenen tutarların tahsil edilerek yarısının belediyelere, kalanının ise vilayetlere aktarılmasına karar verilmiştir.⁵⁰

2. Cumhuriyet Döneminde Belediye Gelirleri

Cumhuriyet döneminde uygulama alanı bulan ilk kanun, Osmanlı döneminde çıkarılan 1914 tarihli Rüsum-u Belediye Kanunu'dur. 1924 yılında, 423 sayılı Belediye Vergi ve Resimleri Kanunu⁵¹ kabul edilmiştir. Bu Kanun'la birlikte belediyelere belli başlı vergi ve resimleri tahsil etme ile birlikte belli vergi ve resim miktarlarını tespit etme yetkisi tanınmıştır. 1930 tarihli 1580 sayılı Belediye Kanunu⁵²nda da belediyelerce tahsil edilecek vergi kalemlerine yer verilmiştir. 1936 yılında ise, arazi, bina ve yol vergileri ile buhran vergisini tahsil etme yetkisi mahalli

⁴⁷ Alelade vergiler, genel olarak hane ve dükkânlardan kandil aydınlatmaları için tahsil edilen vergileri, sokakların bakım ve idaresi için belediye meclisi tarafından icra edilecek her türlü iyileştirme ve inşaa faaliyeti için alınan yıllık vergileri, çeşitli ölçü ve mizan resim gelirlerini, bina inşası için verilen ruhsat harcını ve belirlenen tarifeye göre alınan patent resmini içermektedir. Fevkalade vergiler ise yeni yol ve lağımın açılması ve inşası için hane ve dükkânlardan alınan vergiler ile Altıncı Daire sınırları içerisinde yer alan emlak vergilerinin %2'si oranında alınan ek belediye resmini kapsamaktaydı. Erdoğan Öner, *Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mali İdare* (2. Bası, Maliye Bakanlığı Yayınları 2005) 404.

⁴⁸ Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Devleti'nde Belediye Teşkilatı ve Kanunları* (1. Bası, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları 2005) 582-587.

⁴⁹ Zebh kelimesi hayvan, kurban anlamına gelmektedir. 'Zebh', İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/zebh>, Erişim Tarihi 26.11.2023.

⁵⁰ Bingöl (n 42) 76-77.

⁵¹ Belediye Vergi ve Resimleri Kanunu, Kanun Numarası: 423, Kabul Tarihi: 26.02.1924, RG 06.03.1924/63.

⁵² Belediye Kanunu, Kanun Numarası: 1580, Kabul Tarihi: 03.04.1930, RG 14.04.1930/1471.



idarelere bırakılmıştır. 1948 yılında, 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu⁵³ kabul edilerek 423 sayılı Belediye Vergi ve Resimleri Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.⁵⁴ Günümüzde de uygulama alanı bulan 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu ise 1981 yılında kabul edilerek yürürlüğe konulmuştur. 1984 yılında, 3030 sayılı Kanun⁵⁵ kabul edilerek o dönem yeni kurulan büyükşehir belediyeleri için yeni gelir kalemleri getirilmiştir. 1986 yılında ise emlak vergisini tahsil etme yetkisi belediyelere devredilmiştir. 1993 yılında ihdas edilen çevre temizlik vergisini tahsil etme yetkisi de belediyelere verilmiştir⁵⁶.

Tarihsel süreç incelendiğinde, 1981 yılı öncesi dönemde belediye gelirlerinin dağımık ve son derece verimsiz bir yapıya sahip olduğu gözlemlenmektedir. Ancak, 1981 yılında yapılan değişikliklerle birlikte önemli bir ilerleme kaydedilmiştir. Günümüzde belediye gelirlerine ilişkin yasal dayanaklar, öncelikle 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu olmakla birlikte, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5393 sayılı Belediye Kanunu, 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun⁵⁷, 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu, ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun⁵⁸ gibi mevzuatlardır.

II. BELEDİYE GELİRLERİ KANUNU UYARINCA ALINAN ÜCRETLER

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, belediyelerin gelir kaynaklarını vergi, harç ve harcamalara katılma paylarıyla birlikte, yapılacak çeşitli iş ve hizmetler karşılığında alınacak ücretleri de bu kalemler arasında saymaktadır. Kanun'un 97'nci maddesi belediyelere, harç ve katılma payları düzenlemesine tabi olmayan, talep edenlerin isteği üzerine gerçekleştirdikleri tüm hizmetler için belediye meclisleri tarafından belirlenecek tarifeler uyarınca ücret alma yetkisi tanımaktadır.

⁵³ Belediye Gelirleri Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 01.07.1948, RG 09.07.1948/6953.

⁵⁴ Nuri Semih Öz, 'Anayasa Mahkemesinin Belediye Meclislerinin Vergilendirme Yetkisiyle İlgili Kararına İlişkin Bir Değerlendirme' (2012) 67 (4), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 69-70 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/35811>, Erişim Tarihi 25.11.2023).

⁵⁵ Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 3030, Kabul Tarihi: 27.06.1984, RG 09.07.1984/18453.

⁵⁶ Şahin İpek (n 5) 3.

⁵⁷ İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5779, Kabul Tarihi: 02.07.2008, RG 15.07.2008/26937.

⁵⁸ On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6360, Kabul Tarihi: 12.11.2012, RG 06.12.2012/28489.

Ancak, zaman zaman belediyelerin belirli bir iş veya hizmet için kişilerden talep ettiği ücretler, yasal dayanağı itibariyle anlaşmazlıklara yol açabilmektedir. Bu tür ihtilafların temelinde, belediyelerin hizmet karşılığında talep ettikleri ücretin, harç miktarının düşük olması nedeniyle, hizmetin piyasa değerini elde etme amacı gütmeleri ya da kişilerin birtakım hizmetlerin belediyece bedelsiz sunulması gerektiği beklentisi yer almaktadır.⁵⁹

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, harç ve katılma payı konusu dışında kalan ve ilgili kişilerin talebi kapsamında verilecek tüm hizmetler için belediyeler ücret almaya yetkilidir. Ücret kapsamındaki hizmetlere ilişkin detaylı açıklamalar, Belediye Gelirleri Kanunu 31 Seri No'lu Genel Tebliği⁶⁰'nde belirtilmiştir. İlgili tebliğ hükmünde yer alan düzenlemelerden bahsetmemiz gerekirse;

- Belediyeler, harç veya katılma payı konusunda düzenlenmemiş ve ilgili kişilerin taleplerine bağlı olarak gerçekleştirecekleri hizmetler için belediye meclisleri tarafından belirlenen tarifeler uyarınca ücret alabilirler. Ancak, belirlenen bu ücretlerin adil, eşitlik ilkesine uygun ve genel prensipler doğrultusunda, hizmetin maliyetini dikkate alarak belirlenmesi gerekmektedir.⁶¹
- Zemin açma ve toprak hafriyatı gibi hizmetler sebebiyle belediyeden izin talep edildiğinde, ilgili kanunda belirlenen tarifelere göre harç alınması gerekmektedir. Ancak, hafriyat işlemlerinden kaynaklanan malzemenin belediye tara-

⁵⁹ Ahmet Arslan, 'Belediyeler Hangi Hallerde Yaptıkları İş Karşılığında Ücret Alabilirler?' (dunya.com, 27 Eylül 2013) <<https://www.dunya.com/gundem/belediyeler-hangi-hallerde-yaptiklari-iskarsiliginda-ucret-haberi-222765>> Erişim Tarihi 26 Kasım 2023.

⁶⁰ Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca çıkarılmış çok sayıda Genel Tebliğ bulunmaktadır. Bu Genel Tebliğ ise, 2464 sayılı Kanun'un 97'nci maddesi uyarınca alınan ücretlere ilişkin özel olarak çıkarılan Genel Tebliğ'dir. Belediye Gelirleri Kanunu Genel Tebliği, Tebliğ Seri Numarası: 31, Tarihi: 16.05.2005, RG 16.05.2005/25817.

⁶¹ Danıştay 9. Dairesi liman giriş ücreti adı altında alınan ücrete ilişkin açılan bir davada, "...davacının davalı idareden bir hizmet talebinde bulunmadığı ve liman giriş-çıkış ücretinin hangi hizmet karşılığında istenildiğinin belirtilmediği görülmüş olup, bu haliyle sunulan bir hizmet olmaksızın, salt limana giriş veya limandan çıkış yapılması nedeniyle ücret adı altında bedel istenilmesinin 2464 sayılı Kanun'un 97. maddesinde düzenlenen ücret tanımına uymadığı anlaşılmıştır..." şeklinde ifade ederek ücretin hizmet sunulmaksızın alınamayacağını belirtmiştir. Danıştay 9 D. E. 2015/2981, K. 2018/5409, T. 18.09.2018 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 26.11.2023). Bir başka kararda ise Daire, harcin konusuna giren bir hizmetin ücrete konu edilemeyeceğini şu şekilde belirtmiştir: "...istenilen ücret, 2464 sayılı Kanunun 82. maddesinde harç konusu olduğundan ve ruhsatsız faaliyet muayene ücreti adı altında bir ücret istenilmesinin yasal dayanağı da bulunmadığından, bu ücret ödeme emri ile de istenemez. Bu durumda belediyelerin asli ve kamusal görevlerinden olan ve Kanunda harç konusu yapılan bir hususta ayrıca ücret istenilmesinde isabet bulunmamaktadır." Danıştay 9 D. E. 1998/307, K. 1999/321, T. 02.02.1999 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 26.11.2023). Anayasa Mahkemesi de Belediye Gelirleri Kanunu 97'nci maddesine eklenen, "...ve belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde yer altı sularından kamu ve özel kişiler tarafından elde edilen kullanma ve sanayi suları..." ibaresini herhangi bir hizmet sunulmadan ücret istenemeyeceği gerekçesiyle, Anayasa'nın 73'üncü maddesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, E. 1986/20, K. 1987/9, T. 31.03.1987 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1987-9-nrm.pdf>, Erişim Tarihi 27.11.2023).

findan kaldırılması ve taşınması talep edildiğinde, bu hizmet için ayrıca ücret alınması mümkündür.

- Belediyeler, ilan asma, bakım ve tahsis ücreti taleplerini, mükelleflerin hizmet binaları dışındaki alanlara ilan ve reklamlarını asma amacıyla yaptıkları başvurular üzerine değerlendirir. Ancak, bu ücretler sadece hizmet binaları dışındaki meydanlar, bulvarlar, caddeler ve ana yollar ile cephesi bulunan binalar için söz konusudur. Hizmet binalarında ve diğer yerlerde bulunan ilan ve reklamlar için herhangi bir ücret talep edilememekte, sadece ilan ve reklam vergisi ödenmektedir.⁶²

2464 sayılı Kanun'un 97'nci maddesinde ücretin hangi durumlarda alınabileceği belirtildikten sonra, 98'inci maddesinde de Kanun kapsamında tahsil edilecek vergi, harç ve katılma payları yönünden Vergi Usul Kanunu ile 6183 sayılı Kanun⁶³ hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Ücrete ilişkin ise herhangi bir atıfta bulunulmamıştır. 6183 sayılı Kanun hükümlerine açısından, ücret bir kamu alacağı sayılmadığından, ücretler kamu alacaklarının sahip olduğu ayrıcalıklara sahip değildir.⁶⁴ Bir diğer husus ise ücretler açısından 213 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanamaması nedeniyle, düzeltme-şikâyet yoluna gidilemeyecek olmasıdır.⁶⁵

⁶² Danıştay 9. Dairesi asma tahsis ücretinin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada, bu ücretin istenebilmesi için ilan ve reklam konulan yerin ana arterde olması veya yerin belediyeye ait olması veya ilan ve reklamın asma ve bakım hizmetinin belediye tarafından yapılmış olmasını aramaktadır. Danıştay 9 D, E. 2011/1055, K. 2014/7091, T. 04.11.2014 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 26.11.2023).

⁶³ Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 6183, Kabul Tarihi: 21.07.1953, RG 28.07.1953/8469.

⁶⁴ Bu durum Danıştay kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "...davacı Banka'nın ATM cihazına astığı reklamlar 3030 sayılı Kanunun 18/e maddesinde sayılan yerlerden olmadığından, bu yerler için ücret istenmesinin, 6183 sayılı Kanunun 1. maddesinde belirtilen amme hizmeti tatbikatından mütevellit olan diğer alacaklar kapsamında düşünülemeyeceği, bu nedenle olaya 6183 sayılı Kanunun uygulanamayacağı da açık bulunmaktadır. Bu durum karşısında, 6183 sayılı Kanun kapsamında bulunmayan ücretler nedeniyle anılan Kanunun 51. maddesi uyarınca gecikme zammı hesaplanması söz konusu olamayacaktır." Danıştay 9 D, E. 2004/4236, K. 2006/4409, T. 15.11.2006 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 26.11.2023).

⁶⁵ Danıştay bir kararında bu durumu şu şekilde açıklamıştır: "213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun yukarıda ifade edilen 1. maddesi ile 117 ve devamı maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden; düzeltme-şikâyete konu olabilecek hususların sadece "vergi, resim ve harç" olarak düzenlendiği, "ve benzeri mali yükümlülüklerin" bu kapsama alınmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, davalı idare tarafından, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. maddesi uyarınca yapılan tahsilatın "vergi ve benzeri mali yükümlülük" olması nedeniyle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca düzeltme-şikâyet kapsamında değerlendirilemeyecektir..." Danıştay 9 D, E. 2017/2222, K. 2020/847, T. 17.02.2020 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

Ancak Dairenin önceki tarihlerde bu kararın aksi yönünde vermiş olduğu kararlar da bulunmaktadır: "...davacının "minibüs hat devir ücreti" adı altında tahsil edilen 8.000,00TL'nin yasal faizi ile birlikte iadesi istemiyle yaptığı düzeltme şikâyet başvurusunun reddi üzerine açılan davada; olayın Vergi Usul Kanununda düzenlenen vergi hatası kapsamında olmadığı ve düzeltme-şikâyet yoluyla yargı önüne getirilmeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği

Belediyeler tarafından alınan ücretler, belediyeye göre çeşitlilik göstermesi ve gün geçtikçe yeni ücret kalemlerinin ortaya çıkması nedeniyle tek tek sayılması mümkün değildir. Ancak bu ücretlere ilişkin birkaç örnek olarak; teknik eleman ücreti, proje tescil ücreti, tetkik ücreti, asansör ücreti, imar durum ücreti, plaka ücreti, proje inceleme ücreti, plan tadilat ücretini gösterebiliriz⁶⁶.

III. ÜCRETLERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

2576 sayılı Kanun⁶⁷’da idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine giren uyuşmazlıklar sayılmıştır. Kanun’un 6’ncı madde hükmünde, vergi mahkemelerinin görevli olduğu davalar, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ile bu konularda 6183 sayılı Kanun’un uygulanmasına ilişkin davalar olarak ifade edilmiştir. Bu madde hükmünde tanımı tam olarak yapılamayan bir kavram olan “benzeri mali yüküm” ifadesi karşımıza çıkmaktadır. Genel kabul gören bir tanıma göre benzeri mali yükümlülük; Devletin kamu gücü kullanarak, belli bir hizmetin karşılığı olarak veya herhangi bir karşılık olmadan bireylerden zorla aldığı para olarak tanımlanmaktadır.⁶⁸

Ücretlere ilişkin görevli mahkemenin neresi olacağına ilişkin tartışma, ücretin “benzeri mali yüküm” niteliğinde olup olmadığının tam olarak tespit edilememesinden kaynaklanmaktadır. Benzeri mali yüküm ifadesinin tam karşılığı

anlaşılmaktadır. Harçlar Kanunu, Belediye Kanunu ve Belediye Gelirleri Kanunu gereği toplu taşımacılık faaliyeti yapanlardan ruhsat harcı ve toplu taşıma imtiyazının devri karşılığı bir bedel alma belediyelerin yetkisi dahilinde olmakla birlikte, sözü geçen devir temlik ücretinin, 2464 sayılı Yasada açıkça yer almamasına ve ilgililerin talebi üzerine belediyece herhangi bir hizmet sunumunda bulunulmamasına rağmen davacıdan “devir temlik ücreti” adı altında tahsilat yapılması, herhangi bir hukuki yorum gerektirmeyen maddi hata niteliğindedir. Bu durumda 213 sayılı Kanununun 118. maddesine göre söz konusu uyuşmazlık, hukuki ihtilaf değil, mükellefiyette hata olarak değerlendirilmesi ve işin esasına geçilerek karar verilmesi gerekirken Vergi mahkemesince aksi yönde verilen kararda yasal isabet görülmemiştir.” Danıştay 9 D, E. 2013/8734, K. 2014/5603, T. 22.09.2014 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023). Benzer bir karar için bkz.: Danıştay 9 D, E. 2013/8858, K. 2016/765, T. 25.02.2016 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

⁶⁶ Bazı örnek kararlar için bkz.: İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2019/1770, K. 2019/1368, T. 28.11.2019; Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2022/260, K. 2022/354, T. 27.01.2022; İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2022/1049, K. 2022/1063, T. 02.08.2022 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

⁶⁷ Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 2576, Kabul Tarihi: 06.01.1982, RG 20.01.1982/17580.

⁶⁸ Selim Kaneti, *Vergi Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi, 1989), 4-9; İbrahim Organ ve Fatih Akçay, ‘Mali ve Hukuki Yöntüyle Benzeri Mali Yükümlülükler’ (2013) 5 (9), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 184; Güneş Yılmaz ve Özgür Biyan, ‘Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: “Benzeri Mali Yükümlülük” Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi’ (2016) 38 (2), Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 348.



bulunamamışken bir de hangi kalemlerin benzeri mali yüküm olarak kabul edilmesi gerektiğini söylemek bir hayli zor olmaktadır. Bu durum hem bölge idare mahkemelerinin görevli yargı yerini belirleyen daireleri arasında hem de Danıştay daireleri arasında kendini göstermektedir.

Bölge idare mahkemeleri, 2464 sayılı Kanun'un 97'nci maddesi kapsamında alınan ücretlerin hukuki niteliğine ilişkin farklı değerlendirmeler yaparak birtakım ücretleri⁶⁹ "benzeri mali yüküm" kapsamında değerlendirirken birtakım ücretleri⁷⁰ ise bu kapsamda değerlendirmemiştir⁷¹.

Belediye Gelirleri Kanunu'ndan kaynaklanan uyuşmazlıkların temyizen incelendiği Danıştay 9. Dairesi, 02.12.2021 tarihine kadarki içtihadında, Kanun'un 97'nci maddesi uyarınca alınan ücretleri benzeri mali yüküm kapsamında ele

⁶⁹ Örneğin cins değişikliği ücreti ile ilgili bir uyuşmazlıkta bölge idare mahkemesi, bu ücreti "benzeri mali yüküm" kapsamında değerlendirerek uyuşmazlıkta vergi mahkemesinin görevli olduğu karar vermiştir. Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2019/1170, K. 2019/1119, T. 26.12.2019 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

Dolmuş devir ücretine ilişkin uyuşmazlıkta da benzer bir karar verilmiştir. Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2022/260, K. 2022/354, T. 27.01.2022 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

Otopark ücretine ilişkin uyuşmazlıkta da benzer bir karar verilmiştir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2021/473, K. 2021/488, T. 09.03.2021 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

Teknik inceleme ücreti için bkz.: İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2019/1770, K. 2019/1368, T. 28.11.2019 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

⁷⁰ Örneğin asansör tescil ücreti ile ilgili bir uyuşmazlıkta bölge idare mahkemesi, bu ücretin benzeri mali yüküm kapsamında olmadığını ifade ederek uyuşmazlıkta idare mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2023/1312, K. 2023/2600, T. 25.10.2023 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

İfraz ve tevhit ücretine ilişkin uyuşmazlıkta da benzer bir karar verilmiştir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2023/1148, K. 2023/1170, T. 04.07.2023 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

İlan ve reklam izin ücretine ilişkin uyuşmazlıkta da benzer bir karar verilmiştir. Konya Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2022/1445, K. 2022/1882, T. 03.06.2022 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

Proje tescil ücretine ilişkin uyuşmazlıkta da benzer bir karar verilmiştir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 1. İdari Dava Dairesi, E. 2022/1049, K. 2022/1063, T. 02.08.2022 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

⁷¹ Bir görüşe göre, kanuni idare kapsamında görev ve sorumlulukları kanunla belirlenen belediyelerin, kanunların verdiği görev ve yetki çerçevesinde hareket etme zorunluluğundan bahisle hizmet karşılığı yaptıkları işler nedeniyle aldıkları ücretlerin de benzeri mali yükümlülük olduğu ifade edilmektedir. Bkz.: Osman Sarıaslan, Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme Konuları (1. Bası, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2014) 119.

Bir diğer görüşe göre ise, ilgili hizmetlerin kişinin isteği üzerine yapılması, bu hizmetleri belediye dışında üçüncü kişilerden de alma imkanının olması nedeniyle zorunluluktan bahsedilemeyeceği, bu nedenle ücretin benzeri mali yüküm kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz.: Mustafa Balcı, 'Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. Maddesi Kapsamında Belediye Meclisleri Tarafından Belirlenen Ücretler ve Yargı Uygulamasında Yaşanan Hukuki Sorunlar', (vergialgi.com, 7 Haziran 2021) <<https://vergialgi.com/belediye-gelirleri-kanunu-97-maddesi-kapsaminda-belediye-meclisleri-tarafından-belirlenen-ucretleri>> Erişim Tarihi 26 Kasım 2023.

olarak incelemiştir.⁷² Kanun'un 97'nci maddesi kapsamında alınan ücretlerden kaynaklanan uyuşmazlıklardan olan plan tadilatı tasdik ücreti⁷³, planlama ücreti⁷⁴, hafriyat döküm yeri temizlik ücreti⁷⁵, temel üstü kontrol ücreti⁷⁶, ifraz kontrollük ücreti⁷⁷ gibi örneklerde de görüldüğü üzere Danıştay ücret kapsamındaki uyuşmazlıklarda göreve ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmamış ve uyuşmazlığın esasına ilişkin kararlar vermiştir.

Danıştay 9. Dairesinin içtihadı 02.12.2021 tarihine kadar ücretin benzeri mali yüküm olduğu şeklinde olmakla birlikte, bu süre içerisinde Anayasa Mahkemesi tarafından ücretin benzeri mali yüküm olmadığına ilişkin kararlar da bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından bahsetmemiz gerekirse; ilk olarak, 2464 sayılı Kanun'un 97'nci maddesinin iptali istemiyle açılan davayı ele alalım. İlgili madde hükmü, Ankara 2. Vergi Mahkemesi tarafından somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne taşınmıştır. Mahkeme, "*Anayasa'nın 73. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğu belirtilmiş ve diğer fıkralarında da bu yükümlülüğün ilkeleri gösterilmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, 'Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.' denilerek verginin kanuniliği ilkesi benimsenmiştir. Verginin kanuniliği ilkesi, takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların yasa da yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının yasa ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Buna göre vergide, yükümlü, matrah, oran, tarh, tahakkuk, tahsil, uygulanacak yaptırımlar ve zamanaşımı gibi konuların yasayla düzenlenmesi zorunludur. İtiraz konu kurala, belediye meclislerine verilen, 'ücret' adı altında vergi, resim, harç veya benzeri mali yüküm tarifesi belirleme yetkisi değil, ilgililerin isteğine bağlı olarak ifa edecekleri hizmetlerin karşılığı olarak ücret tarifesi belirleme yetkisidir. Belediyelere tekel olarak verilmemiş, kişilerin isteği üzerine sunulan hizmetler için bir tarifeye dayalı olarak istenilen 'ücret'in vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olarak*

⁷² Danıştay bir kararında, "...yapılan ücret tahakkuku "vergi ve benzeri mali yükümlülük" olması nedeniyle..." şeklinde ifade ederek, 2464 sayılı Kanun'un 97'nci maddesi uyarınca alınan ücretlerin "vergi ve benzeri mali yükümlülük" kapsamında değerlendirmiştir. Danıştay 9 D, E. 2019/7325, K. 2020/5264, T. 19.11.2020 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

⁷³ Danıştay 9 D, E. 2016/15772, K. 2019/4442, T. 08.10.2019 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

⁷⁴ Danıştay 9 D, E. 2015/2218, K. 2019/3978, T. 24.09.2019 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

⁷⁵ Danıştay 9 D, E. 2015/7414, K. 2019/3810, T. 19.09.2019 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

⁷⁶ Danıştay 9 D, E. 2015/9587, K. 2019/3809, T. 19.09.2019 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).

⁷⁷ Danıştay 9 D, E. 2015/9411, K. 2019/3799, T. 19.09.2019 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).



*nitelendirilmesi mümkün değildir.*⁷⁸ şeklinde bir gerekçeyle, ücretin benzeri mali yüküm olmadığını ifade etmiş ve bu nedenle verginin kanuniliği ilkesine aykırı bir durumun olmadığını belirtmiştir. Burada dikkati çeken husus, Mahkemenin ücreti benzeri mali yüküm olarak kabul etmeyip önüne vergi uyuşmazlığından kaynaklı ve vergi mahkemesi tarafından getirilen dosyayı, vergi mahkemesinin yetkisizliği nedeniyle reddetmemesidir. Kararın bu yönüyle bir soru işareti barındırdığı söylenebilir.⁷⁹

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru üzerine vermiş olduğu bir kararında ise, belediye meclislerinin ücret adı altında vergi, resim, harç veya benzeri mali yüküm tarifelerini belirlemeye yetkili olmadığı, ilgili kişilerin talebi üzerine yapılacak hizmetlere karşılık ücret tarifesi belirlemeye yetkili olduğu, belediyelerin tekeline bırakılmamış, ilgililerin talebi üzerine yapılan hizmetlere yönelik bir tarife kapsamında talep edilen ücretin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm şeklinde ifade edilmesinin mümkün olmadığı, ücret tarifesini belirleme yetkisinin Belediye Kanunu'nun 18/f maddesi kapsamında belediye meclislerinde olduğu, 2464 sayılı Kanun'da harç ve harcamalara katılma payı dışında ilgili kişilerin talebiyle ücret karşılığında belediyelerce yapılacak işlerin sayma yoluyla sayılmadığı, ücret karşılığı belediyeler tarafından yapılacak işlerin tespiti hususunda belediye meclislerine Anayasa ve kanunların çizdiği sınırlar içinde kalmak kaydıyla geniş takdir yetkisi tanındığı vurgulanmıştır.⁸⁰ Anayasa Mahkemesi bu kararında benzeri mali yüküm kavramının daha dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiş ve kavramın "benzeri" şeklinde olmasının ucu açık bir durumu ifade etmediğini, kanunla çizilen sınırlar dışında kalan kalemlerin benzeri mali yüküm olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da Anayasa Mahkemesinin bu kararı perspektifinde bir karar vererek ücreti benzeri mali yüküm kapsamında değerlendirmemiştir. İmar planı tadilatı ücretinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, idare mahkemesi kendisini görevli görerek işin esası hakkında karar vermiş⁸¹, temyiz incelemesi yapan Danıştay 6. Dairesi ise, ücretten kaynaklanan uyuşmazlıkta vergi mahkemesinin görevli olduğunu ifade ederek bozma kararı vermiştir.⁸² İdare mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin kararına atıf yaparak ücretin benzeri mali yüküm kapsamında olmadığını, bu nedenle uyuşmazlıkta idare mahkemesinin görevli

⁷⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 2009/42, K. 2011/26, T. 26.01.2011 (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2011-26-nrm.pdf>, Erişim Tarihi 28.11.2023).

⁷⁹ Balcı (n 66).

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi, Başvuru Numarası: 2015/10008, T. 04.04.2019 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/10008>, Erişim Tarihi 28.11.2023).

⁸¹ Manisa 1. İdare Mahkemesi, E. 2012/1394, K. 2013/697, T. 04.07.2013 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 28.11.2023).

⁸² Danıştay 6 D, E. 2013/7907, K. 2018/731, T. 30.01.2018 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 28.11.2023).

olduğunu, belediye meclisi kararına istinaden alınan uyuşmazlık konusu ücrette hukuka aykırılık olmadığı gerekçesiyle ısrar kararı vermiştir.⁸³ İsrar kararını inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu idare mahkemesi kararını onayarak ücretin benzeri mali yüküm kapsamında olmadığı yönünde bir karar vermiştir.⁸⁴

Anayasa Mahkemesi ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararlarından yaklaşık iki yıl sonra Danıştay 9. Dairesi de içtihat değişikliğine gitmiştir. Daire, 02.12.2021 tarihinde tüm üyelerinin katılımıyla yaptığı toplantı sonucunda, ücretin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm kapsamında olmadığına ve ücretten kaynaklanan uyuşmazlıklarda genel görevli yargı yeri olan idare mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir. Daire bu kararında, 2464 sayılı Kanun'un 97'nci maddesinin iptali istemiyle 2011 yılında Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru üzerine verilen karardan bahsederek, Anayasa Mahkemesinin ücreti benzeri mali yüküm olarak kabul etmediğini ifade etmiş, yine Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru neticesinde Mahkemenin 2019 yılında vermiş olduğu karara da atf yaparak ücretin benzeri mali yüküm olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bu kapsamda, önceki içtihadından vazgeçerek ücrete ilişkin uyuşmazlıklarda genel görevli yargı merci olan idare mahkemelerinin görevli olduğuna karar vermiştir.⁸⁵

IV. DEĞERLENDİRME

İdari yargıda görev ayrımı, vergi mahkemeleri ile Danıştayın görev alanının özel olarak sayılması suretiyle belirlenmiş durumdadır. 2576 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde bu durum ifade edilmiştir. Buna göre, Danıştay ve vergi mahkemelerinin görev alanı dışında kalan tüm iptal ve tam yargı davalarının idare mahkemesinin görev alanı içerisinde olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 6'ncı maddesinde ise, vergi mahkemelerinin görevleri açıklanmıştır. Madde hükmünde geçen "benzeri mali yüküm" ifadesinin ne şekilde ele alınacağı tartışmalı bir husustur. Çalışmamızın içeriğini de oluşturan 2464 sayılı Kanun uyarınca alınan ücretler ise bu konuda en çok uyuşmazlığın meydana geldiği yerdir. Danıştay, uzun yıllardır devam eden içtihadında ücretin benzeri mali yüküm kapsamında ele alınması gerektiğini ifade etmiş ve ücretlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda vergi mahkemesinin görevli olduğu yönünde kararlar vermiştir. Yukarıda açıkladığımız üzere Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarda verdiği kararlardan da hareket-

⁸³ Manisa 1. İdare Mahkemesi, E. 2018/1013, K. 2018/1085, T. 19.10.2018 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 28.11.2023).

⁸⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E. 2019/241, K. 2019/4602, T. 23.10.2019 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 28.11.2023).

⁸⁵ Danıştay 9 D, E. 2020/317, K. 2021/6032, T. 02.12.2021 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023). Benzer kararlar için bkz.: Danıştay 9 D, E. 2022/3004, K. 2023/1572, T. 25.04.2023; Danıştay 9 D, E. 2020/5832, K. 2022/5611, T. 10.11.2022; Danıştay 9 D, E. 2019/2968, K. 2022/5174, T. 27.10.2022; Danıştay 9 D, E. 2021/3049, K. 2021/7402, T. 28.12.2022 (UYAP Karar Arama Ekranı, Erişim Tarihi 27.11.2023).



le, Danıştay içtihat değişikliğine gitmiş ve ücretlerin benzeri mali yüküm kapsamında olmadığına, bu nedenle de ücretlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların idare mahkemesinin görevinde olduğuna karar vermiştir.

“Benzeri mali yüküm” kavramının kanuni bir tanımının olmaması, hangi kalemlerin benzeri mali yüküm olarak kabul edileceğine ilişkin de bir düzenleme olmaması nedeniyle bu kavramı sınırlandırmak oldukça güçtür. Kanun koyucunun “benzeri mali yüküm” olarak isimlendirdiği bu alanı belirgin bir şekilde tespit etmemesi ve “bilinçli” bir susma halinde olması da bu kavramın daha geniş bir şekilde ele alınmasını istediği şeklinde yorumlanabilir. Benzeri mali yüküm kavramını vergi, resim ve harç tanımı çerçevesinde eli alıp dar bir şekilde yorumlama kanun koyucunun arzu ettiği denetim mekanizmasından uzaklaşılması sonucunu doğuracağını düşünüyoruz. Bu nedenle, bu kavramın dar bir şekilde yorumlanmasından ziyade, kanun koyucunun iradesiyle de örtüşecek şekilde geniş bir şekilde ele alınması gerektiğini düşünüyoruz.

İdari yargıda vergi mahkemelerinin görevlerinin sayma suretiyle belirlenmesi nedeniyle idare mahkemeleri genel görevli mahkemeler olmaktadır. Hal böyle iken, genel görevli olup görev alanı oldukça geniş olan idare mahkemelerinin görev alanının daha da genişletilmesi yerinde olmayacaktır. Kanun koyucunun bir diğer amacının da idare mahkemelerinin iş yükünün azaltılması yönünde olduğu söylenebilir. Bu durumda her geçen gün baktığı uyuşmazlık çeşidinin artması ve iş yükünün vergi mahkemelerine göre fazla olması nedeniyle idare mahkemelerinin iş yükünü artıracak şekilde yorumlanmasının da yerinde olmadığını düşünüyoruz.

Bu açıklamalardan hareketle, 2464 sayılı Kanun uyarınca alınan ücretlerin, kanun koyucunun iradesiyle örtüşecek şekilde benzeri mali yüküm olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Benzeri mali yüküm olarak kabul edilmesi neticesinde de görevli yargı yeri olarak idare mahkemelerinin değil; vergi mahkemelerinin görevli olması gerektiğini düşünüyoruz.

SONUÇ

Yerel yönetim kuruluşları, merkezi idarenin yerel düzeydeki temelini oluşturarak kamu idaresinin önemli bir bileşeni olarak görev yapmaktadır. Belirli coğrafyada ikamet eden kişi topluluğunun ortak ihtiyaçlarını gidermek amacıyla kurulan bu birimler, genel kamu yönetimi içinde ayrı bir tüzel kişiliğe sahiptirler.

Ülkemizde, yerel yönetim sayıları ve idari sınır genişliklerine bakıldığında, öne çıkan kuruluşun belediyeler olduğunu söyleyebiliriz. Günümüzde, kentlerdeki nüfus artışı, teknolojik ve endüstriyel gelişmeler gibi çok sayıda etken, belediye sınırları içinde yer alan halkın beklenti ve taleplerinin artmasına ve değişmesine neden olmuştur. Belediyeler, eğitim, sağlık, ulaştırma, kültür, sosyal hizmetler, çevre ve başka birçok alanda görev üstlenmiş durumdadırlar. Belediyelerin sayılan bu görevleri yerine getirebilmesi için gerekli kaynağa sahip olması gerekmektedir. Belediyelerin hem görevleri hem de bu görevleri yerine getirebilmeleri için gerekli

kaynaklar, Anayasa'nın 127'nci maddesi temelinde belirlenmiştir. İlgili madde, yerel yönetimlere görevleri ile orantılı bir şekilde gelir tahsis etme zorunluluğuna vurgu yapmaktadır.

Belediyelerin gelirlerine bakıldığında birçok farklı kalemden geliri olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bunlar içerisinde uygulama alanı en geniş olanı ise ücretlerdir. Ücretler, belediyenin vermiş olduğu bir hizmet karşılığında almış olduğu bedeldir. Ücretler, belediye meclisinin kabul ettiği bir tarife uyarınca alınmaktadır. İşte tam da bu noktada ücretlerin niteliğine yönelik tartışmalar başlamaktadır.

Bu tartışmaların temelinde ücretin benzeri mali yüküm olarak kabul edilip edilmemesi tartışması yatmaktadır. Bu durum, görevli yargı yerinin tespiti açısından oldukça önemlidir. Benzeri mali yüküm olarak kabul edilmesi durumunda vergi mahkemesi görevli olurken, benzeri mali yüküm olarak kabul edilmemesi halinde ise idare mahkemeleri görevli olmaktadır.

Söz konusu bu tartışma, bölge idare mahkemeleri, Danıştayın ilgili daireleri ile Anayasa Mahkemesinde de yapılmıştır. Her bir yargılama mercinin birbirinden farklı yaklaşımları olmuştur. Bunun en önemli sebebi, görev konusunun kanunda açık ve şüpheden uzak bir biçimde düzenlenmemesidir. Bir başka durum ise, ücretlere ilişkin nitelendirmenin 2464 sayılı Kanun'da yapılmamış olması ve ücretlerden kaynaklı uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin doğrudan belirtilmemesidir.

Yargı yerleri de bu belirsizlikler sebebiyle birbirlerinden farklı kararlara imza atmış ve hukuki belirlilik ve güvenliği zedeleyen bir durum ortaya çıkmıştır. Danıştay önceki içtihadında ücreti benzeri mali yüküm olarak kabul ederken, 02.12.2021 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi kararını gerekçe göstererek bu içtihadından vazgeçmiş ve ücretin benzeri mali yüküm kapsamında değerlendirilmeyeceğine karar vermiştir. Bu içtihat değişikliğiyle birlikte ücretten kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli yargı yeri idare mahkemeleri olmuştur.

Göreve ilişkin hususlar kamu düzenine ilişkin olduğundan, göreve ilişkin düzenlemelerin belirsiz olmaması ve yargı yerlerine yorum yoluyla bu belirsizliği tamamlama fırsatı vermemesi gerekmektedir. Bu kapsamda, halihazırda yargı yerleri tarafından benzeri mali yüküm olarak değerlendirilmediği için idare mahkemesinin görevine bırakılan ücretin ileride yaşanacak yeni bir içtihat değişikliğiyle vergi mahkemesinin görevine bırakılmayacağına herhangi bir "garantisi" bulunmamaktadır.

Bu durumda, öncelikle göreve ilişkin hususları düzenleyen 2575, 2576 ve 2577 sayılı kanunların günümüzde yaşanan ve ileride yaşanması muhtemel sorunları çözecek şekilde güncellenmesi gerektiği açıktır. Bir diğer önemli husus ise, benzeri mali yüküm kavramının sınırları çizilerek nelerin benzeri mali yüküm olup olmadığının kesin bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Ücrete ilişkin nitelendirme ve ücretlerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli yargı yerinin şüpheye mahal vermeyecek şekilde belirtilmesi de yaşanan sorunların önüne geçilmesine katkı sunacaktır.

KAYNAKÇA

Akgündüz A, *Osmanlı Devleti'nde Belediye Teşkilatı ve Kanunları* (1. Bası, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları 2005).

Arıkboğa Ü, 'Türkiye'de Belediyelerin Gelir Yapısı: Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2016) 13 (33), Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 276-297 (<https://dergipark.org.tr/download/article-file/183470>, Erişim Tarihi 25.11.2023).

Arslan A, 'Belediyeler Hangi Hallerde Yaptıkları İş Karşılığında Ücret Alabilirler?' (dunya.com, 27 Eylül 2013) <[https://www.dunya.com/gundem/belediyeler-hangi-hallerde-yaptiklari-is-karsiliginda-uc ret-haberi-222765](https://www.dunya.com/gundem/belediyeler-hangi-hallerde-yaptiklari-is-karsiliginda-uc-ret-haberi-222765)> Erişim Tarihi 26 Kasım 2023.

Aytaç F, *Açıklamalı Belediye Kanunu* (4. Bası, Gaye Matbaacılık, 1988).

Balcı M, 'Belediye Gelirleri Kanunu'nun 97. Maddesi Kapsamında Belediye Meclisleri Tarafından Belirlenen Ücretler ve Yargı Uygulamasında Yaşanan Hukuki Sorunlar', (vergialgi.com, 7 Haziran 2021) <<https://vergialgi.com/belediye-gelirleri-kanunu-97-maddesi-kapsaminda-belediye-meclisleri-tarafindan-belirlenen-ucretleri>> Erişim Tarihi 26 Kasım 2023.

Bingöl Ş, 'Osmanlı Taşra Belediyelerinde Bütçe Krizi: "Rüsûm-ı Erbaa Örneği"' (2019) 46, Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi, 53-86 (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/2160447>, Erişim Tarihi 26.11.2023).

Cengiz Kırkıl A. G, 'Belediye Gelirleri Kanunu Çerçevesinde Belediyelerin Vergi Gelirlerinin Değerlendirilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2019).

Can H. H ve Gündüzöz İ, *Türk Mahalli İdarelerinin Mali Yapısı Gelir ve Giderlere Analitik Yaklaşım Borçlanma Sistemlerinin AB Ülkeleri ile Mukayesesi* (1. Bası, Türkiye Belediyeler Birliği 2011).

Çetinkaya Ö ve Demirbaş T, 'Belediye Gelirlerinin Analizi ve Mali Özerklik Açısından Değerlendirilmesi' (2010) 53, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 1-18 (<https://dergipark.org.tr/pub/iuamank/issue/742/8012>, Erişim Tarihi 26.11.2023).

Doğan M. S, 'Belediye ve Ahilik Hizmetlerinin Karşılaştırılması' (2002) 2, Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi, 77-87 (https://isamveri.org/pdf/drg/D01239/2002_9/2002_09_DOGANMS.pdf, Erişim Tarihi 25.11.2023).

Dönmez M ve Özyardımcı M. C, *Açıklamalı ve İçtihatlı Belediye ve Büyükşehir Belediye Kanunu* (1. Bası, Mahalli İdareler Derneği Yayınları 2006).

Hacıköylü C, 'Emlak Vergisinde Değerleme Sorunu ve Değer Tespitine İlişkin Öneriler' (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi 2009).

İslam Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/>, Erişim Tarihi 26.11.2023.

Kaneti S, *Vergi Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi, 1989).

Keleş R, *Yerinden Yönetim ve Siyaset* (3. Bası, Cem Yayınevi 1998).

Kubbealtı Lügati, <http://lugatim.com/>, Erişim Tarihi 25.11.2023.

Monkkonen E. H, *The Local State: Public Money and American Cities* (1st edn, Stanford University Press, 1995) (https://www.google.com.tr/books/edition/The_Local_State/T5Inu-LoaFkC?hl=tr&gbpv=1&dq=h.+eric+monkkonen,+the+local+state&printsec=frontcover, Erişim Tarihi 25.11.2023).

Nadaroğlu H, *Mahalli İdareler* (5. Bası, Beta Yayıncılık, 1994).

Nas A, *Belediye Gelirleri* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2011).

Organ İ ve Akçay F, 'Mali ve Hukuki Yönüyle Benzeri Mali Yükümlülükler' (2013) 5 (9), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 160-189.

Ortaylı İ, 'Osmanlı İmparatorluğunda İdari Modernleşme ve Mahalli İdare Alanındaki Gelişmeler' (1982) 3 (1-3), İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 137-148 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13780>, Erişim Tarihi 25.11.2023).

Öncel M, Kumrulu A ve Çağan N, *Vergi Hukuku* (3. Bası, Savaş Yayınları 1995).

Öner E, *İstanbul Şehremaneti (Belediyesi)'nin Kuruluşu ve 1917 Yılı Bütçesi* (1. Bası, Maliye Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı Yayınları 2008) (<https://ms.hmb.gov.tr/uploads/2019/09/%C4%B0stanbul-%C5%9Eehrem%C3%A2neti-Belediyesinin-Kurulu%C5%9Fu-Ve-1917-Y%C4%B11%C4%B1-B%C3%B-Ct%C3%A7esi.pdf>, Erişim Tarihi 26.11.2023).

Öner E, *Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mali İdare* (2. Bası, Maliye Bakanlığı Yayınları 2005).

Öz N. S, 'Anayasa Mahkemesinin Belediye Meclislerinin Vergilendirme Yetki-siyle İlgili Kararına İlişkin Bir Değerlendirme' (2012) 67 (4), Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 63-88 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/35811>, Erişim Tarihi 25.11.2023).

Sarıaslan O, *Vergi Uyuşmazlıklarına İlişkin Davalarda İlk İnceleme Konuları* (1. Bası, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları 2014).

Şahin İpek E. A, 'Türkiye'de Belediye Gelirlerinin Değerlendirilmesi' (2018) 20 (2), Afyon Kocatepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 1-19 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/610985>, Erişim Tarihi 25.11.2023).



Topal A. K, 'Belediyelerin Özgelirlerinin Artırılmasında Vergilendirme Yetkisi: Ülkeler Arası Bir Karşılaştırma' (2004) 18 (3-4), Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 119-133 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/29963>, Erişim Tarihi 29.11.2023).

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim Tarihi 25.11.2023.

Türk İ, *Kamu Maliyesi* (4. Bası, Turhan Kitabevi 2002).

Toprak N, 'Mahalli İdarelerin Türk İdare Tarihi Açısından Gelişim Süreci ve Hizmet Sunum Yöntemleri' (2020) 19 (37 Covid-19 Özel Sayısı), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 319-341 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1166190>, Erişim Tarihi 26.11.2023).

Ülkmen İ. H, *Mahalli İdareler Maliyesi Dersleri* (Ankara, 1960).

Yayla Y, *Anayasalarımızda Yönetim İlkeleri Tevsi-i Mezuniyet ve Tefrik-i Vezaif* (1. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları 1984) (<https://cdn.istanbul.edu.tr/file/JTA6C-LJ8T5/A2D376661DEC4F15868112A8797ABA41>, Erişim Tarihi 26.11.2023).

Yılmaz G ve Biyan Ö, 'Vergi Hukukunda Bir Belirsizlik: "Benzeri Mali Yükümlülük" Kavramı ve Bu Kavram Açısından Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkilerin Değerlendirilmesi' (2016) 38 (2), Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 335-360.

Yılmaz N, 'Bir Otokontrol Sistemi Olarak Belediyelerde Harcamalara Katılma Payı' (2008) 71, Sayıştay Dergisi, 75-90 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1713696>, Erişim Tarihi 25.11.2023).

TÜRKİYE'DE BULUNAN UKRAYNALILARIN ULUSLARARASI KORUMA STATÜLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

*Evaluation of Ukrainians in Turkey
within the Framework of International Protection Status*

Aslıhan ÇOBAN*

Özet

Rusya'nın Ukrayna'ya karşı başlattığı savaşla birlikte Türkiye'ye sığınan Ukraynalıların uluslararası koruma statüleri kapsamında değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Türk hukukunda düzenlenen uluslararası koruma türleri mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüleridir. Ukrayna Avrupa Konseyi üyesi bir ülke olduğu için bu ülkeden gelen Ukraynalılara Türkiye'de şartlı mülteci statüsü verilememektedir. Ukrayna'dan gelip Türkiye'ye sığınan bir Ukraynalı, ancak şartları yerine getirmesi hâlinde mülteci veya ikincil koruma statüsü kapsamında Türkiye'de korunabilir. Ukraynalı bir sığınmacının, Türkiye'de mülteci statüsünde bulunabilmesi için öncelikli olarak silahlı çatışma kavramının bu statü kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Diğer yandan, Ukrayna'daki silahlı çatışma hâli mülteci statüsü kapsamında düşünülse bile, bu statüsünün verilebilmesi için sığınmacının haklı nedenle zulüm korkusunun, ırk, din, tabiiyet, belli bir toplumsal gruba mensubiyet veya siyasi düşünce kategorilerinden biriyle ilişkilendirilmesi şarttır. Ülkemizden sığınma talep eden Ukraynalıya ikincil koruma statüsü verilebilmesi bakımından ise kendisine mülteci statüsü verilebilecek nitelendirmeye sahip olmaması gerekmektedir. Sonraki aşamada, Ukraynalının ikincil koruma statüsünün sağladığı korumadan faydalanabilmesi için gerekli şartlar Ukrayna'daki somut durum bakımından tek tek ele alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Ukraynalılar, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsü, uluslararası koruma

Abstract

With Russia's war against Ukraine, it is important to evaluate Ukrainians seeking asylum in Turkey within the scope of international protection statuses. The types of international protection regulated under Turkish law are refugee, conditional refugee, and subsidiary protection status. Since Ukraine is a member state of the Council of Europe, Ukrainians coming from this country cannot be granted conditional refugee status in Turkey. A Ukrainian who comes from Ukraine and seeks asylum in Turkey can only be protected in Turkey under refugee or subsidiary protection status if the conditions are met. In order for a Ukrainian asylum seeker to be granted

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 23.01.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Arş. Gör., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Öğrencisi; aslihancoban@baskent.edu.tr; <https://orcid.org/0000-0002-9306-8543>.

refugee status in Turkey, the concept of armed conflict must first be assessed within the scope of this status. On the other hand, even if the armed conflict in Ukraine were to be considered for refugee status, the asylum-seeker’s well-founded fear of persecution must be linked to one of the following categories: race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion. In order to be granted subsidiary protection status, a Ukrainian seeking asylum in Turkey must not qualify for refugee status. Following this, the conditions for a Ukrainian to benefit from the protection afforded by subsidiary protection status should be addressed one by one in the concrete situation in Ukrain.

Keywords: Ukrainians, refugee, conditional refugee, subsidiary protection, international protection

GİRİŞ

24 Şubat 2022’de başlayan Rusya ve Ukrayna arasındaki savaşın Avrupa Birliği (AB) ve Türkiye üzerindeki etkileri hemen görülmeye başlamıştır¹. Savaşın en önemli etkileri arasında Ukraynalıların komşu AB üye devletlerine veya Türkiye gibi AB dışı ülkelere sığınması yer almıştır. Bu durum üzerine, 2 Mart 2022’de Avrupa Komisyonu 2001/55/EC sayılı Konsey Yönergesi Temmuz 2001’den itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe koymayı teklif etmiştir. Geçici Koruma Yönergesi olarak adlandırılan bu yönerge, geçmişte, AB topraklarına “kitlesel bir insan akını” olduğunda ve burada korunmaya ihtiyaç duyduğu istisnai durumlarda devreye sokulması için düzenlenmiş ve onaylanmıştır. AB ülkeleri bu statüyle, kitlesel olarak gelen bu bireylere, barınma, işgücü piyasası, tıbbi bakım, küçükler için eğitim ve sosyal yardıma erişim sağlamayı amaçlamaktadır. Bununla beraber, 2015-2016 yıllarında göç krizi olarak adlandırılan ve bir buçuk milyondan fazla sığınmacının AB’ye geldiği dönemde bile Geçici Koruma Yönergesi kullanılmamıştır².

Ukraynalıların kendilerine sığınma talepleri karşısında üye devletler Geçici Koruma Yönergesini daha sonraki süreçte uygulamaya başlamıştır. Savaştan kaçan Ukraynalılar tüm üye ülkelerde koruma altına alınmış ve kaçtıkları şehir, kasaba ve kırsal alanlarda belirtilen tesis ve hizmetlere erişimleri garanti altına alınmıştır. 31 Ekim 2023 tarihi itibarıyla, 24 Şubat 2022’deki Rus işgali sonucunda Ukrayna’dan kaçan 4,2 milyondan fazla AB üyesi olmayan vatandaş, AB ülkelerinde geçici koruma statüsüne kavuşmuştur³.

¹ Rusya ve Ukrayna arasında başlayan savaşın arka planına ilişkin bkz. Hakim Bakır, “Rusya’nın Ukrayna İşgalinin Avrupa Mülteci Mevzuatı ve Ukraynalı Mülteciler Üzerindeki Hukuksal Etkisi” (2022) 7(2) Artuklu İnsan ve Toplum Bilim Dergisi, 49-50.

² Jussi Jauhiainen and Heidi Erbsen, “Multilevel governance in the temporal protection and integration of Ukrainians within the European Union: the case of Estonia”, (2023) 45(3) Journal of European Integration 414.

³ Eurostat Statistics Explained, Temporary Protection for Persons Fleeing Ukraine-Monthly Statistics, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Temporary_protection_for_persons_fleeing_Ukraine_-_monthly_statistics#:~:text=On%2031%20October%202023%2C%20more,protection%20status%20in%20EU%20countries Erişim Tarihi: 23.12.2023.

Türkiye’de ise 28 Şubat 2023 tarihi itibarıyla uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş Ukraynalı sayısı 7.131 kişiye ulaşmıştır⁴. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği (BMMYK) Türkiye danışma hattının Mart 2022 tarihinden beri sığınma ve koruma hizmetleri konusunda Ukraynalılardan, hatta Rus vatandaşlarından bile çağrı aldıkları bilinmektedir⁵.

Türkiye’ye yasal veya yasal olmayan yollarla gelmiş yabancıların Türkiye’de sahip olabilecekleri uluslararası koruma biçimleri olarak mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü bulunmaktadır. 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda⁶ (YUKK) bir tür uluslararası koruma türü olarak vurgulanması da ayrıca bir statü olarak geçici koruma statüsü de düzenlenmiştir⁷. Geçici koruma statüsü, kitlesel olarak bir sığınma akımına karşı bir ülkenin bireysel statüdeki uluslararası korumayı sağlayamaması durumunda ortaya çıkmaktadır⁸. Mevcut durumda Ukraynalıların Türkiye’deki durumunun, sayıları çok yüksek olmadığı için bireysel başvuru süreçleriyle yönetilebileceği düşünüldüğünde, Ukraynalıların geçici koruma statüsü kapsamında değerlendirilmesi bu çalışma kapsamında ele alınmayacaktır⁹.

Diğer yandan Türk kökenli Ukraynalıların Türkiye’de elde edebilecekleri göçmenlik statüsü, şu an süre gelen Rusya-Ukrayna Savaşının durumuna özel bir durum olmadığından çalışmamızın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Ev sahibi ülkeler Ukraynalılara geçici koruma veya ikamet izni gibi çok sayıda yasal yol sunarken, uluslararası korumaya ilişkin yargı kararları doğal olarak daha sonraki bir aşamada alınacaktır. Bu nedenle, bir karar alınmadan önce Ukraynalıların uluslararası korumaya uygunluğu değerlendirilmelidir¹⁰. Türkiye’deki uluslara-

⁴ 2023 yılı sonu itibarıyla güncel verilere ulaşamamıştır.

⁵ UNHCR, Türkiye Bilgi Notu, https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2023/03/Bi-annual-fact-sheet-2023-02-TurkiyeF_TR.pdf Erişim Tarihi: 22.09.2023.

⁶ RG: 11.04.2013-28615.

⁷ Kanun’da belirtilen uluslararası koruma kapsamın eksik olduğu ve uluslararası korumanın bir üst kavram olarak kabul edilip 1951 Cenevre Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmeler kapsamında korunma ihtiyacı sebebi ile geri gönderme yasağı kabul edilen kişilere yönelik sağlanan korumanın tamamını içerecek şekilde anlaşılması gerektiğine ilişkin bkz. Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz ve Lale Ayhan İzmirli, *Türk Yabancılar Hukuku* (7. B., Savaş 2023) 151.

⁸ Aydoğan Asar, *Yabancılar Hukuku* (7. B., Seçkin 2021) 292; Doğa Elçin, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, (2016) (124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 20-21.

⁹ Geçici koruma statüsüne ilişkin bir çalışma için bkz. Sema Çörtoğlu Koca Sema ve Candan Kavşat, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi”, (2015) 1(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Geçici Koruma Yönetmeliği) 329-366.

¹⁰ Hugo Storey, Are Those Fleeing Ukraine Refugees? Asylum Governance and the European Union’s Role, 28 June 2022, <https://www.asileproject.eu/are-those-fleeing-ukraine-refugees>, Global Erişim Tarihi: 23.09.2023 (Ukraine Refugees).



rası koruma başvurularının sayısı oldukça düşük olmasına karşın, bu tür bir analiz çok da uzak olmayan bir gelecekte uluslararası koruma statüsü belirleme süreçleri açısından her hâlükârda gerekli olacaktır. Bu çalışmada, Rusya’nın Ukrayna’ya karşı savaş ilan etmesi sonucu Ukrayna’dan Türkiye’ye sığınmış Ukraynalıların Türkiye’den talep edebilecekleri uluslararası koruma statüleri değerlendirilecektir. Ancak, her başvurunun bireysel duruma bağlı olarak ayrıntılı bir değerlendirme gerektireceği unutulmamalıdır.

I. MÜLTECİ STATÜSÜ

A. Genel Olarak

Türk hukukunda kimlere mülteci statüsünün verilebileceğini açıklamadan önce, “*mülteci*” ifadesini kavramsal olarak açıklanmalıdır. Böylece “*mülteci*” ve “*sığınmacı*” kavramının farkları anlaşılacaktır¹¹.

Sığınmacı, mülteciye nazaran daha üst bir kavrama karşılık geldiği kabul edilmektedir¹². Bulunduğu ülkede mülteci statüsüne başvuran kişi, başvurusu sonuçlanana kadarki süreçte, sığınmacı kabul edilir¹³. Başka bir ifadeyle sığınmacı, ülkede geçici nitelik taşıırken, mülteci statüsünün sona erme sebepleri söz konusu olana kadar kalıcı olarak bir statüye sahip olur¹⁴.

1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’de¹⁵ (Cenevre Sözleşmesi) mülteci kavramı tanımlanmıştır. Sözleşme’de mülteci, “*1 Ocak 1951’den*

¹¹ Sema Çörtoğlu Koca, “Türkiye’de Düzensiz Göçmen Olarak Bulunan Afganların Hukuki Statülerine İlişkin Değerlendirmeler”, (2023) 42(2) Public and Private International Law Bulletin (Afganların Hukuki Statüleri) 879. Mülteci kavramının tarihsel gelişim süreci için bkz. Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The International Refugee in International Law* (4th Edn., Oxford 2021) 1-62.

Sığınmacı kavramı üzerine ayrıntılı bir çalışma için bkz. Sibel Özel, “Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi”, (2018) 37(2) Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi (Uluslararası Koruma Statüleri).

¹² Doğan, Yılmaz ve İzmirli (n 7) 1 141.

¹³ Rona Aybay, *Yabancılar Hukuku*, (3. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010) 25. Nasih Sarp Ergüven ve Beyza Özturanlı, “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye” (2012) 62(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1020.

¹⁴ Bülent Çiçekli, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6. B., Seçkin 2016) 239; Çörtoğlu Koca, *Afganların Hukuki Statüleri* (n 11) 879; Işıl Özkan, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku* (3. B., Seçkin 2018) 74. Mülteci statüsünün sona ermesine dair kapsamlı bir çalışma için bkz. Neva Övünç Öztürk, “1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi” (2016) 65(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütler).

¹⁵ RG: 05.09.1961-10898. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://www.unhcr.org/3b66c2aa10> Erişim Tarihi: 28.09.2023; Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/yonetmelikler/Sozlesmeler/Multecilerin-Hukuki-Durumuna-Iliskin-Sozlesme.pdf> Erişim Tarihi: 28.09.2023.

önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen” kişi şeklinde tanımlanmıştır. Türkiye, 1961 yılında sözleşmeyi onaylamıştır. Türkiye, Sözleşmeye taraf olurken, yalnızca “Avrupa’da meydana gelen olaylar sonucunda” Türkiye’den sığınma talep etmek zorunda kalanlara mülteci statüsünün verilebileceği çekincesinde bulunmuştur¹⁶. Yani, Türkiye Avrupa dışından gelenlere Sözleşme hükümlerini uygulamak zorunda değildir¹⁷. İlaveten Türkiye, 1967 yılında imzaladığı ek protokol çerçevesinde, “1 Ocak 1951’den önce” şeklinde Sözleşmede yer alan zaman bakımından sınırlamaya tabi olmaksızın mülteci statüsünü tanımayı kabul etmiştir¹⁸.

2011 tarihinde vatansız kişilerin ya da üçüncü ülke vatandaşlarının uluslararası korumadan yararlananlar olarak niteliklerine, mülteciler veya ikincil koruma şartlarını taşıyan kişilere yönelik tek tip bir statüye ve verilen korumanın içeriğine dair standartları belirlemek amacıyla düzenlenen AB Vasıf Yönergesi¹⁹ m. 2(d)’de de mülteci tanımına yer verilmiştir. AB Vasıf Yönergesi’nde Cenevre Sözleşmesi’ne paralel olarak tanımlanmıştır²⁰.

Mülteci kavramının tanımına Türk iç hukukunda ilk kez, 2510 sayılı Mülga İşkân Kanunu’nda²¹ yer verilmiştir. Bu Kanun uyarınca mülteci, Türkiye’ye yerleşmek amacıyla gelmeyi, zaruri ve geçici olarak oturmak için sığınan kişilerdir.

¹⁶ Türkiye’nin, Cenevre Sözleşmesi’ne koyduğu çekinceler hakkında bkz. Doğan, Yılmaz ve İzmirli (n 7) 10-11; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (3. B., Beta 2015) 46.

¹⁷ Rifat Erten, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2015) 19(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 43.

¹⁸ Protokolün İngilizce metni için bkz. https://www.unhcr.org/3b66c2aa10_15/11/2021; Protokolün Türkçe metni için bkz. <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/yonetmelikler/Sozlesmeler/MULTECILERIN-HUKUK-STATUSUNE-ILISKIN-1967-PROTOKOLU.pdf> Erişim Tarihi: 28.09.2023.

¹⁹ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), OJ L 337, 20/12/2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0095> Erişim Tarihi: 02.10.2023.

²⁰ AB Vasıf Yönergesi m. 2(d): “mülteci, ırkı, dini, tabiiyeti, siyasi düşünceleri veya belli bir toplumsal gruba mensubiyeti yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen üçüncü ülke vatandaşı veya yukarıda bahsedilen aynı nedenlerle önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen ve 12. maddenin uygulanmadığı vatansız kişi anlamına gelir.” AB Vasıf Yönergesi m. 12’de mülteci statüsünden hariç tutulan kişiler düzenlenmiştir.

²¹ RG: 21.06.1934-2733.



1994 tarihli Türkiye’ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzerine Türkiye’den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılara ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik²² (İltica ve Göç Yönetmeliği) 3. maddesinde mülteci kavramı, Cenevre Sözleşmesi’ne koyulan coğrafi sınırlamaya uygun olarak kaleme alınmıştır²³. Başka bir ifadeyle, İltica ve Göç Yönetmeliği’ne göre mülteci statüsünde kabul edilen kişi, Avrupa’da vuku bulan olaylar nedeniyle Türkiye’den koruma talebinde bulunmaktadır. Diğer yandan, 1994 tarihli Yönetmelikte “sığınmacı” olarak nitelendirilen kişiler, Cenevre Sözleşmesi’nde “mülteci” olarak nitelendirilen kişilere karşılık gelecek şekilde tanımlanmıştır.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu’nda (YUKK) ilk kez mülteci kavramı kanun düzeyinde ele alınarak, Türkiye’nin Cenevre Sözleşmesi’ndeki çekincesi ile Göç ve İltica Yönetmeliği’ne paralel şekilde sadece Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle gelenlere verilecek şekilde düzenlenmiştir²⁴. YUKK m. 61’de mülteci kavramı “Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye” karşılık gelmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki, mülteci statüsü bireysel nitelikte olup, kitlesel akın durumlarında uygulanmamaktadır²⁵.

B. Ukraynalıların Mülteci Statüsü Bakımından Değerlendirilmesi

YUKK m. 3/1-b’de Avrupa ülkeleri, “Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Cumhurbaşkanınca belirlenecek diğer ülkeler” olarak ifade edilmiştir. Ukrayna da Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasındadır²⁶. Bu bakımdan mülteci statüsünün verilebilmesi için aranan temel şartlardan biri olan, Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle ülkemize gelme şartı, Ukraynalılar için sağlanmaktadır. Ukraynalıların da Avrupa ülkesinde gerçekleşen bir hadise olan Rusya-Ukrayna savaşı neticesinde ülkemizden sığınma talep ettiği ve ülkelerindeki korumadan yararlanamadıkları düşünüldüğünde, kendilerine mülteci statüsünün verilebileceği değerlendirilebilir.

²² RG: 30.10.1994-22127. Geçici Koruma Yönetmeliği 61. Maddede ifade edildiği üzere, 2014 yılında 1964 tarihli Yönetmelik Yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. RG:22.10.2014-29153.

²³ Aysel Çelikel ve Günseli Öztekin Gelgel, *Yabancılar Hukuku* (25. B., Beta 2020) 22; Ekşi (n 16) 48-49; Çörtoğlu Koca, *Afganların Hukuki Statüleri* (n 11) 881.

²⁴ Çelikel ve Öztekin Gelgel (n 23) 22.

²⁵ Doğan, Yılmaz ve İzmirli (n 7) 149; Ekşi (n 16) 160.

²⁶ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı, https://www.mfa.gov.tr/avrupa-konseyi_.tr.mfa#:~:text=Almanya%2C%20Andorra%2C%20Arnavutluk%2C%20Avusturya,%2C%20Litvanya%2C%20L%C3%BCKsemburg%2C%20Macaristan%2C Erişim Tarihi 24.09.2023.

Bu noktada, mülteci kavramının kapsamından kaynaklanan engeller söz konusu olabilir. Zira, 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi otomatik olarak savaş sığınmacılarını kapsamamaktadır. BMMYK'nın 1979 yılında yayımladığı El Kitabı'na göre, uluslararası ya da ulusal silahlı çatışmalar sonucunda ülkelerini terk etmek zorunda kalan kişiler 1951 Cenevre Sözleşmesi veya 1967 Ek Protokolü kapsamında mülteci kabul edilemezler²⁷. Bu da insanların en acımasız silahlı çatışmalardan kaçsalar bile Sözleşme ya da Türk hukuku kapsamında mülteci statüsü alamayabilecekleri anlamına gelmektedir. 1951 Sözleşmesi'nin tanımı çok fazla zulüm merkezlidir. Ancak, günümüz sığınmacılarının ezici çoğunluğu ulusal veya uluslararası silahlı çatışmalardan veya savaştan kaçmakta olup, zulme doğrudan maruz kalmayıp, sadece zulüm görme ihtimali olan kişilerdir. Suriye, Afganistan, Irak ve Ukrayna'daki çatışmalar, en fazla sayıda sığınmacı durumu yaratan örneklerden sadece birkaçıdır²⁸.

Silahlı çatışmalardan kaçan kişiler tarafından yapılan başvurulara yönelik bir çalışma olan 1979 tarihli BMMYK El Kitabı, "*istisnai yaklaşım*" olarak adlandırılabilir bir yaklaşım benimsemiştir. Paragraf 164'ün başlangıç cümlesinde, ulusal veya uluslararası silahlı çatışmaların bir sonucu olarak menşe ülkelerini terk etmek zorunda kalan kişilerin normalde 1951 Sözleşmesi veya 1967 Protokolü kapsamında mülteci olarak kabul edilmedikleri belirtilmiş, ancak silahlı çatışmanın özel durum olduğunu da kabul edilmiştir. Nisan 2001 tarihli çalışmasında ise BMMYK yaklaşımını daha yumuşatarak, silahlı çatışmadan kaçan kişilerin yeterli zarar tehdidi ve Sözleşme'deki bir gerekçeyle bağlantı gösterebilmeleri hâlinde mülteci korumasına hak kazanabileceklerini ifade etmiştir²⁹.

BMMYK, 2016 tarihli Uluslararası Koruma Kılavuzunda silahlı çatışmalardan kaçan mültecilere ilişkin tutumunu gözden geçirmiştir. BMMYK artık günümüz silahlı çatışma ve şiddet durumlarının, bir şekilde belirli nüfusları hedef almayan veya belirli bir nüfus üzerinde orantısız bir etkiye sahip olmayan ve Sözleşme'de yer alan beş gerekçeden bir veya daha fazlasıyla nedensel bir bağlantı kuran şiddetle karakterize edilmesinin nadiren mümkün olabileceğini savunmuştur³⁰. BM-

²⁷ UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/4d93528a9.pdf> Erişim Tarihi: 01.10.2023.

²⁸ Hasan Basri Bülbül, "Türkiye'deki Ukraynalıların Hukuki Statülerine İlişkin Muhtemel Senaryolar", (2022) 9(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 550.

²⁹ UNHCR, Note on Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Geneva, Apr. 2001, <https://www.refworld.org/pdfid/49c3a3d12.pdf>, (Erişim Tarihi: 18.01.2024).

³⁰ UNHCR, Guidelines on International Protection No. 12: Claims for refugee status related to situations of armed conflict and violence under Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the Regional Refugee Definitions, HCR/GIP/16/12, <https://www.unhcr.org/fr-fr/en/media/unhcr-guidelines-international-protection-no-12-hcr-gip-16-12-02-december-2016>, (Erişim Tarihi: 14.12.2023).



MYK’nın bu son yaklaşımı doktrinde, Ukraynalıların Türkiye’de mülteci statüsü kazanmaları için iyimser görülmüştür³¹.

Ancak bunun için Ukraynalı bir sığınmacının öncelikle Ukrayna’da kalmaları hâlinde haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu yaşayacaklarını kanıtlamaları gerekmektedir³². Bu nedenle silahlı çatışma durumunun haklı nedenle bir zulüm korkusu yaratıp yaratmayacağı belirlenmelidir. Burada korku unsuru sübjektif bir unsurken, bu korkunun haklı nedenlere dayanması objektif bir unsurdur³³.

Danıştay 2021 tarihli kararında³⁴, haklı nedenlere dayalı korku unsurunun değerlendirilmesinde objektif ve sübjektif koşulların dikkate alınarak yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu karara göre, objektif unsurlar, başvuru sahibinin menşe ülkesindeki koşulların alt düzeyde incelenmesini gerektirecek olup bu da nihai olarak başvuru sahibinin sübjektif korkusunu belirlemede önemli kabul edilecektir. Açıklandığı üzere, menşe ülke bilgisi talebin değerlendirilmesinde çok önemlidir³⁵. Ukrayna bağlamında da ciddi ihlallerin gerçekleştiğine dair pek çok rapor bulunmaktadır³⁶. Ancak, bu tür ihlaller gerçekleşmeden önce bile, birçok insan savaşın kendilerine ciddi zararlar verebileceğini düşünerek yaşadıkları yerleri çoktan terk etmiştir. Rus güçleri hızla başkent Kiev’in dış mahallelerine doğru ilerledikçe, Ukrayna hükümetinin düşeceği ve Rusların yaşadıkları bölgelerin kontrolünü ele geçireceği korkusuyla daha fazla insan Ukrayna’yı terk etmiştir. Daha sonraki süreçteki raporlar, Rus güçleri tarafından kontrol edilen yerlerde bariz ihlallerin yaşandığını ortaya koymakta ve sağlam temellere dayanan zulüm korkusu unsurunun varlığını göstermektedir³⁷. Örneğin, İnsan Hakları İzleme Örgütü (Human Rights Watch), Rus askeri kuvvetlerinin Ukrayna’nın Çernihiv, Kharkiv ve Kiev bölgelerinin işgal altındaki yerlerinde sivillere karşı savaş yasalarını ihlal ettiğine dair çok sayıda vakayı belgelemiştir. Bunlar arasında tekrarlanan bir tecavüz vakası; biri altı kişiden, diğeri tek kişiden oluşan iki yargısız infaz vakası ve 27 Şubat ile 14 Mart 2022 tarihleri arasında sivillere yönelik diğer yasa dışı birçok faaliyet bulunmaktadır³⁸. Yine, 8 Temmuz 2023’te Ukrayna’nın Lyman kasabasının bir

³¹ Bülbül (n 28) 551.

³² Ibid.

³³ Özel, *Uluslararası Koruma Statüleri* (n 11) 256-257.

³⁴ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu Dosya No. 2021/2384 Karar No. 2022/677, Karar Tarihi, 28.02.2022.

³⁵ Bülbül (n 28) 555.

³⁶ Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Interim Report on Reported Violations of International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Ukraine, https://www.osce.org/files/f/documents/c/d/523081_0.pdf Erişim Tarihi: 02.10.202.

³⁷ Bülbül (n 28) 551-552.

³⁸ Human Right Watch, Ukraine: Apparent War Crimes in Russia-Controlled Areas, 03.04.2022, <https://www.hrw.org/news/2022/04/03/ukraine-apparent-war-crimes-russia-controlled-areas> Erişim Tarihi: 14.12.2023.

yerleşim bölgesinde Rusların msket bombası saldırısında dokuz sivilin öldüğünü ve bir düzineden fazla kişinin yaralandığı raporlanan bir durumdur³⁹.

Diğer yandan Danıştay 2019 tarihli kararında zulüm kavramının, kişinin hayatını çekilmez kılarak yaşamına, özgürlüğüne yönelik bir tehdit veya ayrımcılığa maruz kalma gibi objektif durumları ifade edebileceği gibi, ilgili kişi açısından sübjektif sayılabilecek durumları da ifade edebileceğini belirtmiştir⁴⁰. Bu bağlamda, sivillere yönelik saldırılar, tecavüz ve diğer cinsel şiddet, yasaklanmış silahların kullanımı, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar ve diğer uluslararası suçların işlenmesi zulüm anlamına gelebilecektir⁴¹.

Bir Ukrayna vatandaşına mülteci statüsü verilebilmesi için haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu yeterli olmayıp, kendisinin ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağına ilişkin gerekçelerden en az birine dayanması gerekmektedir. Tahdidi olarak sayılan bu sebeplerin kavramsal olarak yorumlanması ülkeden ülkeye farklılık gösterebilecektir⁴².

Ukrayna hükümetinin zulmünden kaçan kişiler için bu bağlantıyı kurmak daha kolay olabilir. Ukrayna hükümetinin zulmünden kaçan Ukraynalılar, Rus kökenli Ukraynalılar ve diğer Ukraynalılar olarak iki ayrı durumda değerlendirilebilir. İlk olarak, Rus kökenli Ukraynalıların, ırkı nedeniyle Ukrayna hükümeti tarafından haklı nedenle zulme uğrama korkusu duyması muhtemeldir. İkinci olarak, kökeni fark etmeksizin diğer Ukraynalılar da siyasi görüşleri nedeniyle aynı korkuyu duyabilirler. Zira, Ukrayna hükümetinin savaşa karşı tutumuna sert tepki gösteren özellikle aktivistlerin işkenceye ve kötü muameleye maruz kalması ihtimal dahilindedir.

Buna karşın, Rus güçlerinden ve savaşın ayırım gözetmeyen şiddetinden kaçan Ukraynalılar için bahsi geçen beş sebepten biriyle gerekli bağlantıyı kurmak daha zordur. Bu noktada doktrinde, Putin'in Ukraynalılar ve Rusların tek bir halk olduğuna ilişkin açıklamasına işaret edilerek, Ukraynalıların farklı bir millet olduğunun inkârının, haklı nedenlere dayanan bir zulüm korkusu yaşatabileceğini ve durumun ırk unsuru ile gerekli bağı kurabileceği ifade edilmiştir. Yine aynı görüş, Ruslar tarafından Rus işgaline karşı olan kişilerin neo-nazi olduğunun iddia edilmesine ilişkin siyasi görüşün, Ukraynalıların siyasi görüşleri nedeniyle haklı bir zulüm korkusu görebilecekleri arasında bağlantı kurabileceğini ifade etmiştir⁴³.

³⁹ Human Right Watch, Ukraine: Apparent Russian Cluster Munition Attack, 04.08.2023, <https://www.hrw.org/news/2023/08/04/ukraine-apparent-russian-cluster-munition-attack> Erişim Tarihi: 14.12.2023.

⁴⁰ Danıştay 10. Dairesi, 2016/99, 07.01.2019, <https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 04.08.2023.

⁴¹ Bülbül (n 28) 558-559.

⁴² Doğan, Yılmaz ve İzmirli (n 7) 144.

⁴³ Bülbül (n 28) 562.



Kanaatimizce, Ukrayna’nın Rusya tarafından işgaliyle birlikte devam eden Rusya-Ukrayna savaşının bizatihi kendisinden bireysel olarak kaçan her Ukraynalının sadece Putin’in söylemlerine bakarak siyasi veya ırka dayalı bir sebeple haklı nedenle zulüm korkusu içerisinde olduğunu söylememiz doğru olmayacaktır. Tabii ki çoğu Ukraynalı ülkesinin herhangi bir devlet tarafından işgalini istemeyeceği gibi herhangi bir savaş içerisinde bulunmasını fikren desteklemeyecektir. Bu fikirlerine ilişkin siyasi olarak herhangi bir eylem veya söylem içerisinde bulunmayan, sadece düşünsel olarak bu yönde meyilli olan bir Ukraynalının korkusunun mülteci statüsünü elde edebilmesi bakımından gereken siyasi görüş ile ilgili bağlantıyı sağlamayacağı düşüncemiz⁴⁴. Yine aynı şekilde, Nazi döneminde Yahudilere yapıldığı gibi Rusya’nın Ukraynalılara karşı henüz ırka ilişkin net bir tavır içinde olduğu söylenemez. Her ne kadar bahsi geçen bu iki Ukraynalı grubun, ülkelerinde süre gelen savaş yani silahlı çatışma nedeniyle, yukarıda bahsedildiği gibi, haklı nedenle bir zulüm korkusu içerisinde olduğunu söyleyebilirsek de sırf bu nedenle Türkiye’ye sığınmış olmaları mültecilik statüsünün verilebilmesi bakımından yeterli kabul edilmemelidir. Diğer yandan tabii ki her somut durumu ayrı ayrı ele almak kaydıyla, gerekli şartların varlığı hâlinde Rus kökenli Ukraynalıların ırkı veya Ukrayna hükümetinin savaşa karşı tutumunu sertçe eleştiren aktivistler gibi kişilerin mülteci statüsünü alabilmeleri ihtimal dahilindedir.

Ukraynalı bir kişinin Türkiye’de mülteci statüsü edinebilmesi için vatandaşı olduğu ülkenin dışında olmalı ve bu ülkenin korumasından yararlanamamalı veya söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istememelidir. Bu çalışma Türkiye’de bulunan Ukraynalıların olası taleplerini incelediğinden, vatandaşı olunan ülkenin dışında olma şartı ile ilgili herhangi bir tartışma ortaya çıkmayacaktır; bu kişiler zaten Ukrayna dışındadır. Asıl soru, Ukraynalıların hâlâ ülkelerinin korumasından yararlanıp yararlanamadıkları veya haklı bir zulüm korkusu nedeniyle bu korumadan yararlanmaya istekli olup olmadıklarıdır.

Benzer durumdaki, ülkelerindeki silahlı çatışma eylemlerinden kaçan ve Taliban tarafında zulme uğrayacağına ilişkin korkusu olan bir başvurucuya ilişkin verilen Ankara Bölge İdare Mahkemesinin bir kararında, silahlı çatışmaların %68’inin çoğunlukla Afganistan’ın güney, güneydoğu ve doğusunda meydana geldiğini; 2014 yılında ölen veya yaralanan sivillerin sayısı dikkate alındığında, toplam nüfusun %0,03’ünün şiddetten doğrudan ve fiziksel olarak etkilendiğini; Kabil şehrinin genel olarak iç uçuş için uygun olduğunu onaylamıştır. Bu nedenle başvuranın iddialarını reddetmiştir. Irak’ta da başkent Bağdat iç kaçış için uygun bir yer olarak değerlendirilmiştir⁴⁵. Doktrinde, Ukraynalı bir başvuru sahibinin açacağı davada da benzer bir mantık izlenirse uluslararası koruma başvurusunun reddedilebilme

⁴⁴ AB Vasıf Yönergesi m. 10/1-d uyarınca ise, siyasi düşünceye sahip olmayı yeterli bulup, buna ilişkin bir eylemde bulunması zorunluluğu aramamaktadır.

⁴⁵ Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 10. İdare Dava Dairesi, 907/1047, 03.10.2018, https://kazanci.com.tr/Erişim_Tarihi_04.08.2023.

ihtimali olduğu; ancak, Ukrayna'daki çatışmanın nispeten yeni olması nedeniyle benzer bir sonuca varmak için henüz çok erken olduğu belirtilmektedir⁴⁶.

YUKK m. 78/4 uyarınca, ikamet ettiği ülkenin belirli bir kesiminde koruma sağlanabiliyorsa, başvuru sahibinin, ülkenin o bölgesine güvenli bir şekilde seyahat edebilecek ve yerleşebilecek durumda olması şartıyla, başvuru sahibi hakkında uluslararası korumaya gerek olmadığına karar verilebilecektir. Elbette bu hükmün uygulanması takdire bağlı olmakla beraber, kanaatimizce bu değerlendirme başvuru sahibinin, başvuruyu yaptığı ana ve başvurunun değerlendirildiği ana göre değişebilecektir. Zira, fiili olarak Ukrayna'nın hakimiyetine giren ve Ukraynalıların güvenli olarak erişebilecekleri bölgeler sürekli değişecektir. Diğer yandan, elbette ki o an için güvenli olarak kabul edilebilecek bir bölgenin çok kısa bir süre içerisinde Rus işgali altına girmesi ihtimali mevcut olacaktır. Rusya'nın, birçok Ukraynalı tarafından güvenli bir sığınak olarak görülen Ukrayna'nın en batı bölgesi Lviv'i bile Rus güçleri tarafından saldırıya uğradığı göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁷.

Göç İdaresi Başkanlığı'na bağlı resmî verilere bizzat ulaşılammamakla birlikte, literatürde yer alan bir çalışmada, Türkiye'ye gelen Ukraynalıların 1951 Cenevre Sözleşmesi çerçevesinde mülteci olarak kayıt altına alındıkları belirtilmektedir⁴⁸.

II. ŞARTLI MÜLTECİ STATÜSÜ

A. Genel Olarak

İltica ve Göç Yönetmeliği'ne uygun şekilde, YUKK'ta sığınmacı ve mülteci ayrımı devam ettirilmiştir⁴⁹. Bununla birlikte, YUKK'ta sığınmacı kavramı kullanılmamıştır. Bu kavram yerine, ilk kez yer verilen şartlı mülteci ifadesi tercih edilmiştir⁵⁰. Başka bir ifadeyle, İltica ve Göç Yönetmeliği'nde yer alan sığınmacı kavramı, YUKK'ta düzenlenen şartlı mülteci kavramına karşılık gelmektedir. YUKK m. 62 uyarınca “*Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişi*” şartlı mülteci statüsüyle Türkiye'de bulunabilecektir. Bu statünün, mülteci statüsünden farkı, Avrupa ülkeleri dışında gerçekleşen hadiseler nedeniyle verilmesidir⁵¹.

⁴⁶ Bülbül (n 28) 576.

⁴⁷ George Wright, “Ukraine War: Wave of Russian Air Strikes Reported Across Ukraine”, BBC NEWS, <https://www.bbc.com/news/world-europe-67838428> Erişim Tarihi: 18.01.2024.

⁴⁸ Bakır, s. 54.

⁴⁹ Ekşi, 49.

⁵⁰ Çelikel ve Gelgel, (n 23) 23; Çiçekli, (n 14) 244; Ekşi, (n 16) 160.

⁵¹ Asar (n 8) 282.



Diğer yandan, YUKK m. 4^{te}52 kaleme alınan geri gönderme yasağı çerçevesinde, güvenli üçüncü ülkeye yerleştirilene kadar şartlı mültecilerin ülkemizde bulunmalarına müsaade edilmekle, bu statünün kalıcı bir statü kabul edilmediği anlaşılmaktadır⁵³. Belirtilmelidir ki, bu kişiler güvenli üçüncü ülkeye⁵⁴ hiçbir zaman yerleştirilemeyebilirler⁵⁵. Zira güvenli ülkeye yerleştirilebilen şartlı mülteci statüsündekilerinin oranı sayıca çok azdır. Bu nedenle, doktrinde, şartlı mülteci statüsündekilerin ülkemizde kalıcı olarak bulduklarının kabulünün gerektiği belirtilmiştir⁵⁶.

Diğer yandan şartlı mülteci statüsü de bireysel özellikte olup⁵⁷; kitlesel olarak ülkemize giriş yapan veya yapmaya çalışan yabancılar bu statüyü elde edemezler⁵⁸. Bu statünün toplu olarak verilmesi mümkün değildir⁵⁹.

B. Ukraynalıların Şartlı Mülteci Statüsü Bakımından Değerlendirilmesi

YUKK uyarınca, Türkiye’de şartlı mülteci statüsünde bulunabilmesi için bu statüyü talep eden yabancıların, Avrupa dışı bir ülkede gerçekleşen bir olay sebebiyle Türkiye’den koruma talebinde bulunması gerekmektedir. Bu nedenle, ülkemizde bulunan ve Ukrayna sınırları içerisindeki savaştan kaçan Ukraynalıların Türkiye’de şartlı mülteci statüsünde bulunamayacakları aşikârdır. Diğer yandan, Rusya sınırları içerisinde yaşayan ve Rusya’nın Ukrayna üzerindeki savaş stratejisine tamamen karşı çıkan siyasi görüşü nedeniyle Putin rejimi altında haklı nedenle zulüm korkusu duyan bir Rus vatandaşı, Türk hukuku uyarınca şartlı mülteci statüsü verilmesi akla gelebilir⁶⁰. Bu ihtimal, çalışmamızın sınırları dışında kaldığından ayrıca değerlendirme konusu yapılmamıştır.

⁵² YUKK m. 4: “Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.”

⁵³ Çelikel ve Gelgel (n 23) 24; Doğan, Yılmaz ve İzmirli (n 7) 147; Ekşi, (n 16) 161; Neva Övünç Öztürk, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, (I.B., Seçkin 2015) (Hukuki Statü) 441-444; Francesco Cherubini, *Asylum Law in the European Union*, (1th Edn., Routledge 2015).

⁵⁴ Güvenli üçüncü ülkeye ilişkin kriterler YUKK m. 74(2)’de sayılmıştır.

⁵⁵ Ekşi (n 16) 162.

⁵⁶ Doğan, Yılmaz ve İzmirli (n 7) 147.

⁵⁷ Ekşi (n 16) 161.

⁵⁸ Şartlı mülteci bireysel hüküm ve sonuç doğurduğundan, kitlesel olarak ülkemize gelen Suriyelilere de şartlı mültecilik statüsünün verilemeyeceğine ilişkin bkz; Ekşi, (n 16) 161-162; Sibel Özel, “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, (2020) 17(2) YUHFD (Suriyeliler) 718. Suriyelilerin Türkiye’deki hukuki statüsüne ilişkin bir çalışma için bkz. Lale Ayhan İzmirli, “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme”, (2017) 4(7) Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi 43-66.

⁵⁹ Çörtoğlu Koca, *Afganların Hukuki Statüleri* (n 11) 883.

⁶⁰ 15 Mart 2022’de Rusya, Avrupa Konseyi’nden çekildiğini açıklamıştır. 16 Mart 2022 tarihinde ise, Avrupa Konseyi, Ukrayna’ya karşı açtığı savaşta insan haklarına aykırı davrandığı gerekçesiyle, Rusya’nın Avrupa Konseyi üyeliğinin sona erdirilmesine dair bir karar vermiştir. Bu duruma ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Fethullah Bayraktar, “Rusya’nın Avrupa Konseyi Üyeliğinden Çıkarılması Ya Da ‘Militan İnsan Hakları’ Üzerine Bir Değerlendirme”, (2022) (68) Adalet Dergisi 133-151.

III. İKİNCİL KORUMA STATÜSÜ

A. Genel Olarak

YUKK m. 63 uyarınca, ikincil koruma statüsündekiler, mülteci ve şartlı mülteci olarak değerlendirilemeyen ve ülkemizden uluslararası koruma talep eden yabancılardır. İkincil koruma statüsü, tamamlayıcı koruma adıyla da literatürde yer edinmiştir⁶¹. Bu koruma türünün hukuk sistemimizde bir düzenlemeye kavuşturulması da YUKK'un genel gerekçesinde belirtilen, uluslararası insan hakları ilkelere ve AB düzenlemelerine paralel bir göç hukukuna ilişkin düzen yaratılması amacı ile uyumludur⁶².

YUKK m. 63 uyarınca, menşe ülkesine veya ikamet ettiği ülkeye geri gönderildiği takdirde, ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek; işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak; uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen kişiler bu statü kapsamına alınabilecektir. Bu nedenle ikincil koruma statüsü geçici bir koruma olarak görülmemektedir⁶³. Yine, ikincil koruma statüsü de bireysel nitelikte koruma sağlamaktadır⁶⁴.

Türk hukuku uyarınca bu statü, YUKK m. 4'te ve Cenevre Sözleşmesi madde 33⁶⁵'te düzenlenen geri gönderilmeme (non-refoulement) ilkesiyle paralellik taşımaktadır⁶⁶. Esasen korumanın oluşturulmasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) geri göndermeme ilkesinin kapsamını genişleten kararları etkili olmuştur⁶⁷.

⁶¹ Çörtoğlu Koca, *Afganların Hukuki Statüleri* (n 11) 884; Ekşi (n 16) 52; Sibel Safi, *Mülteci Hukuku*, (1.B., Legal 2018) 355.

⁶² YUKK genel gerekçe için bkz. İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Başkanlığı, <https://www.goc.gov.tr/kurumlar/goc.gov.tr/files/GENEL.pdf> Erişim Tarihi: 17.12.2023.

⁶³ B Bahadır Erdem, "Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye'deki Durumları" (2017) 37(2) Public and Private International Law Bulletin 336; Çörtoğlu Koca, *Afganların Hukuki Statüleri* 884.

⁶⁴ Doğan, Yılmaz ve İzmirli (n 7) 149; Ekşi (n 16) 53.

⁶⁵ Cenevre Sözleşmesi m. 33: "1. Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade ("refouler") etmeyecektir. 2. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için söz konusu ülkenin halkı arasından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez."

⁶⁶ Çiçekli (n 14) 271; Çörtoğlu Koca, *Afganların Hukuki Statüleri* (n 11) 884; Ekşi (n 16) 53.

⁶⁷ Bülbül (n 28) 585; Jane McAdam, *Complementary Protection in International Refugee Law*, (1th Edn., Oxford University Press 2007) 137.



YUKK m. 63’te belirtilen ikincil koruma statüsü ile AB Vasıf Yönergesin’de ikincil koruma statüsü verilebilmesi için aranan kriter olan ciddi zararın düzenlendiği m. 15⁶⁸ arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklardan en önemlisi, Türk hukuku uyarınca, ikincil koruma sağlanabilmesi için başvuru sahibinin sivil olma şartının aranmamasıdır.

Bu statünün belirlenmesinde esas kriter, yaşam hakkı ve işkence yasağı olup; haklı sebebe dayanan zulüm korkusunun veya bu korkunun mültecilik statüsü için gerekli görülen kriterlerle bağlantılı olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır⁶⁹.

B. Ukraynalıların İkincil Koruma Statüsü Bakımından Değerlendirilmesi

Rusya’nın Ukrayna üzerinde başlattığı savaş nedeniyle şiddete uğrayacağı korkusuyla ülkemize sığınan Ukraynalıların, ülkemizde ikincil koruma statüsünden yararlanabilecekleri değerlendirilebilir. Öncelikle belirtmeliyiz ki, ülkemizden sığınma talep eden Ukraynalıya ikincil koruma statüsü verilebilmesi için, yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, kendisine mülteci statüsü verilebilecek nitelendirmeye sahip olmaması gerekir.

Ukrayna’daki mevcut durum sebebiyle bir Ukraynalının, ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek ya da işkenceye, insanlık dışı veyahut onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak olması mümkün olup bu kişi bahsi geçen nedenlerden biriyle ülkemizde ikincil koruma statüsü sahibi olabilir. Nitekim, Ukrayna’daki savaşa katılmak için giden ve Rus güçlerince yakalanan üç yabancı yine Rusya kontrolündeki bölgede yargılanarak ölüm cezasına çarptırılmışlardır⁷⁰. Rusya artık bir Avrupa Konseyi üyesi devleti olmadığına göre, AİHS’ne de taraf olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle, Ukraynalı bir yabancının Rus güçleri tarafından ölüm cezasına mahkûm olduğu veya işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veyahut muameleye maruz kalacak olması iddiaları daha gerçekçi kabul edilebilecektir⁷¹. Zira, savaşın birçok mağduru kişi, Rus silahlı kuvvetlerinin buldukları bölgeleri kontrol ettiği süre boyunca kendisini güvende hissetmediğini söylemiş ve ayrıca herkesin gözaltına alınabileceğinden, öldürülebileceğinden veya kaybolabileceğinden korktuklarını belirtmiştir. Örneğin Şubat 2022’de Rus silahlı kuvvetleri bir kontrol noktasında araçta bulunan beş kişilik bir aileye ateş açmıştır. Aile o sırada, güvenlik endişeleri nedeniyle Vesele köyünden, o zamanlar her ikisi de Rus silahlı kuvvetleri tarafından kontrol edilen Kherson

⁶⁸ AB Vasıf Yönergesi m. 15: “Ciddi zarar aşağıdakilerden oluşur: (a) ölüm cezası veya idam; veya (b) menşe ülkede başvuru sahibine işkence veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza; veya (c) uluslararası veya iç silahlı çatışma durumlarında ayırım gözetmeyen şiddet nedeniyle bir sivilin hayatına veya şahsına yönelik ciddi ve bireysel tehdit.”

⁶⁹ Çörtoğlu Koca, *Afganların Hukuki Statüleri* (n 11) 885; Çelikel ve Öztekin Gelgel (n 23) 25

⁷⁰ BBC News Türkçe, Ukrayna’da Savaşan İki İngiliz ve Bir Fas Vatandaşına İdam Cezası, 9 Haziran 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-61752335> Erişim Tarihi: 17.12.2023.

⁷¹ Bülbül (n 28) 587.

bölgesindeki Nova Kakhovka'ya taşınmaktayken bu saldırı gerçekleşmiştir. Bu ailede, üç yetişkin anında öldürülmüş ve iki çocuk kısa bir süre sonra yaralarından dolayı ölmüştür. Yine Şubat 2022'de Kharkiv bölgesindeki Bazaliivka'da Rus silahlı kuvvetleri bir araca ateş açarak, Novyi Burluk'ta başka bir Rus silahlı kuvveti tarafından vurulduğu için ailesi tarafından hastaneye götürülen 10 yaşındaki bir kız çocuğunu anında öldürmüştür ve büyükanne ve büyükbabasını yaralamıştır⁷².

24 Şubat 2022'den bu yana toplamda 521 sivilin Rus silahlı kuvvetleri tarafından yargısız infaz ya da bireysel sivillere yönelik saldırılar yoluyla öldürüldüğü belgelenmiştir⁷³. Nisan 2022'de Donetsk bölgesinde Rus silahlı kuvvetlerine teslim olan bir erkek savaş esirinin bir yıldan uzun bir süre boyunca Rusya Federasyonu'ndaki çeşitli tesislerde gözetim altında tutulduğu; Şubat 2023'te Rus yetkililerin kendisini sorguladığı ve plastik copla tecavüz etmekle tehdit ettiği tespit edilmiştir⁷⁴. İki kadın savaş esiri ve altı sivil kadın, cinsel şiddetin gözetim altında kendilerine karşı bir işkence veya kötü muamele biçimi olarak kullanıldığını söylemiştir. Bu kişiler tecavüz, göğüs uçlarına elektrik şoku, zorla çıplaklık ve erkeklerin huzurunda da dahil olmak üzere gerekçesiz çıplak arama, cinsel dokunma, zorlayıcı koşullarda cinsel eylemlerde bulunma talepleri, tecavüz tehditleri ve erkeklerin huzurunda tuvaleti kullanmak zorunda bırakılma gibi durumlara maruz kalmışlardır⁷⁵.

24 Şubat 2022'den bu yana, işgal altındaki topraklarda veya Rusya Federasyonu'nda Rus silahlı kuvvetleri mensuplarının, kolluk kuvvetlerinin veya cezaevi personelinin çatışmayla bağlantılı 149 cinsel şiddet vakası (94 erkek, 51 kadın, 4 kız çocuğu) gerçekleştirdiği belgelenmiştir⁷⁶.

Çalışmamız kapsamında ayrıntılı ele alacağımız ikincil koruma statüsü unsuru esas olarak, savaş nedeniyle ülkemizden sığınma talep eden Ukraynalıları ele aldığımızdan, ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olma durumudur.

Uluslararası silahlı çatışmadan söz edebilmek için, iki veya daha fazla devletin birbirlerine karşı silahlı çatışma hâlinde bulunması söz konusu olmalıdır⁷⁷. Ukrayna'daki durumun Ukrayna ve Rusya arasında süregelen uluslararası bir silahlı

⁷² UHCHR, Report on the Human Rights Situation in Ukraine, 1 February to 31 July 2023, 11.

⁷³ UHCHR, Report on the Human Rights Situation in Ukraine, 1 February to 31 July 2023, 11.

⁷⁴ UHCHR, Report on the Human Rights Situation in Ukraine, 1 February to 31 July 2023, 12.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Meltem İneli Ciğer, "Silahlı Çatışma Durumlarında Ayırım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması", (2018) 20(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209. Ayşe Nur Tütüncü, *İnsancıl Hukuka Giriş*, (2.B., Beta 2012) 56. Bir ülkenin kendi içerisinde meydana gelen silahlı çatışma durumundan bireysel olarak kaçan kişilerin durumuna ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Hugo Storey, "Armed Conflict in Asylum Law: The War-Flaw" (2012) 31(2) Refugee Survey Quarterly (Asylum Law) 1-32.

çatışma hâli olduğu tartışmasız bir gerçek olarak kabul edilebilir. Bu nedenle incelememiz gereken unsurlar, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri ve şahsa yönelik ciddi tehdit bulunmasıdır.

YUKK’ta ayırım gözetmeyen şiddetten ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır.

1977 tarihli Cenevre Sözleşmelerine Ek Protokol No I m. 51(4) uyarınca ayırım gözetmeksizin yapılan saldırılar şunlardır: “a) Belirli bir askeri hedefe yöneltilmemiş saldırılar; b) Belirli bir askeri hedefe yönlendirilemeyen savaş yöntemleri ve araçlarının kullanıldığı saldırılar; ya da c) Bıraktıkları etkiler bu Protokolce öngörüldüğü şekilde sınırlandırılmayan savaş yöntemlerinin ve araçlarının kullanıldığı saldırılar; ve netice olarak, böyle her bir durumda, hiç bir ayırım gözetmeksizin askeri hedefleri ve sivilleri ve sivil malları vurma özelliğine sahip yöntemlerin kullanıldığı saldırılar.”

ABAD, 2009 tarihli *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie*⁷⁸ davasındaki kararından, ayırım gözetmeyen şiddetin kişisel durumlara bakılmaksızın insanları kapsayabileceğini belirtmiştir⁷⁹. Bu doğrultuda doktrinde, pazar yerleri, kamu yolları, sağlık tesisleri gibi çoğunlukla sivillerin yaşadığı alanların bombalanması ayırım gözetmeyen şiddet olarak nitelendirilmiştir⁸⁰. Rusya’nın Ukrayna işgali sırasında hastane, sosyal tesis gibi sivillerin bulunduğu birçok alanı bombaladığı kamuoyunda ses getiren savaşa ilişkin en önemli durumlardan biridir⁸¹. Nitekim, UHCHR’nin yayımladığı 2023 tarihli Ukrayna’da İnsan Hakları Durumuna İlişkin Rapor’a⁸² göre, 24 Şubat 2022 ile 31 Temmuz 2023 tarihleri arasında toplam 48 tıbbi tesis ile 192 eğitim tesis yıkılmış ve 347 tıbbi tesis ile 628 eğitim tesis hasar görmüştür. Bu saldırılar sonucunda hastalar, sağlık personeli ve eğitim personeli arasından 53 sivil hayatını kaybetmiş, 19 sivil ölmüş ve 34 sivil yaralanmıştır⁸³. Yine 5 Ekim 2023’te Harkiv Oblastı’nın Hroza kentindeki cenaze törenine düzenlenen füze saldırısında 59 sivil hayatını kaybetmiştir⁸⁴. Ocak

⁷⁸ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 17 February 2009, *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie*, Case C-465/07, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0465>, (Erişim Tarihi: 17.12.2023). Bundan sonra “*Elgafaji davası*” olarak anılacaktır.

⁷⁹ *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie*, para 34.

⁸⁰ İneli Çiğner (n 77) 227.

⁸¹ İlgili haberler için bkz. Thoma Mackintosh, Ukraine war: Six postal workers killed in Kharkiv missile strike, BBC NEWS, 22 October 2023, <https://www.bbc.com/news/world-europe-67185216> Erişim Tarihi: 21.12.2023; Euronews, Rusya, Mariupol’da doğum hastanesini vurdu; Zelenskiy ‘soykırımın kanıtı’ dedi, 10 Mart 2022, <https://tr.euronews.com/2022/03/10/rusya-mariupol-dadogum-hastanesini-vurdu-zelenskiy-soyk-r-m-n-kan-t-dedi> Erişim Tarihi: 21.12.2023.

⁸² UHCHR, Report on the Human Rights Situation in Ukraine, 1 February to 31 July 2023, 10.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ OCHA, Ukraine Humanitarian Response 2023 Situation Report, 23 November 2023, https://reports.unocha.org/en/country/ukraine?gad_source=1&gclid=CjwKCAiAp5qsBhAPEiwAP0qeJ7G6Ck7v-rgBXmLbACkb_EhF5eRpTsIGkyr7h1p8V0e_GC0ETmnnBoC8jEQAvD_BwE Erişim Tarihi: 23.12.2023.

2022-Temmuz 2023 tarihleri arasında, Ukrayna'daki silahlı çatışmada yaşamını yitiren sivillerin sayısı 9,513'a ulaşmıştır⁸⁵.

Bu noktada şiddetin seviyesinin tespiti de önemlidir. Şu an için ABAD'ın şiddetin seviyesinin belirlenmesine ilişkin bir kararı tarafımızca tespit edilememiştir. AİHM ise *Sufi and Elmi v. The United Kingdom* davasına ilişkin 2011 tarihli kararında⁸⁶ çatışmanın seviyesinin belirlenmesinde uygun kıstasların, ilk olarak, çatışmanın taraflarının sivil kayıp riskini artıran savaş yöntem ve taktiklerini kullanıp kullanmadıkları veya doğrudan sivilleri hedef alıp almadıkları; ikinci olarak, bu tür yöntem ve/veya taktiklerin kullanımının çatışmanın tarafları arasında yaygın olup olmadığı; üçüncü olarak, çatışmanın yerel mi yoksa daha geniş çapta mı olduğu; son olarak, çatışmanın bir sonucu olarak ölen, yaralanan ve yerinden edilen sivillerin sayısı olduğunu ifade etmiştir⁸⁷.

YUKK'ta başvurucunun şahsına yönelik ciddi tespitin nasıl belirleneceğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Bizim de katıldığımız doktrinde yer alan görüşe göre, tehdidin ciddiyeti başvurucuya fiziki ve psikolojik zarar verme seviyesine göre belirlenmelidir⁸⁸.

Diğer yandan bir şiddet hâlinin ne zaman kişinin şahsına yönelik tehdit oluşturacağına ilişkin ABAD, *Elgafaji* davası hakkında verdiği kararında, ayırım gözetmeyen şiddetin kişisel durumlara bakılmaksızın bireyleri kapsayabileceği ve bir tehdidin uluslararası veya iç silahlı çatışma durumunun doğasında olduğunu belirtmiştir⁸⁹. Bu bağlamda, ikincil koruma başvurusunun yapıldığı yetkili ulusal makamlar tarafından değerlendirildiği durumlarda, silahlı çatışmanın gerçekleştiği ayırım gözetmeyen şiddetin derecesi, kimliklerine bakılmaksızın sivillere verilen zararı kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır⁹⁰. Yani, ikincil koruma başvurusunda bulunan bir kişinin hayatına veya şahsına yönelik ciddi ve bireysel bir tehdidin varlığı, söz konusu kişinin kendi kişisel koşullarına özgü faktörler nedeniyle özel olarak hedef alındığına dair kanıt sunması koşuluna tabi değildir. Böylece, silahlı çatışma seviyesinin yüksek olduğu durumlarda kişinin şahsına yönelik tehdidin

⁸⁵ UHCHR, 14 Nisan 2014'ten 31 Temmuz 2023'e kadar Ukrayna'da süre gelen çatışmaya bağlı 12.619 sivil ölüm kaydetmiştir. 6.259 erkek, 3.708 kadın, 389 erkek çocuk, 283 kız çocuk ve 1.951 yetişkin ile cinsiyeti henüz bilinmeyen 29 çocuk öldürülmüştür. Rusya'ya bağlı silahlı grupların 17 Temmuz 2014 tarihinde düşürdüğü Malezya Havayollarına ait MH17 sefer sayılı uçakta bulunan 298 kişi de hesaba katıldığında, 2014 yılından bu yana ölen toplam sivil sayısı en az 12,917'ye ulaşmaktadır: UHCHR, Report on the Human Rights Situation in Ukraine, 1 February to 31 July 2023, 12.

⁸⁶ European Court of Human Rights, Case of Sufi and Elmi v. The United Kingdom, 28.06.2011, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:\[%22001-105434%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:[%22001-105434%22%7D) Erişim Tarihi: 17.12.2023.

⁸⁷ Case of Sufi and Elmi v. The United Kingdom, para 242.

⁸⁸ İneli Çiğer (n 77) 228.

⁸⁹ Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie, para 34.

⁹⁰ Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie, para 35.

varlığı tespit edilmiş sayılabilecektir⁹¹.

ABAD’ın bu yaklaşımından hareketle, Türkiye’den koruma talep etmiş bir Ukraynalının, Ukrayna’da savaşın yoğun olduğu bir bölgeye gönderildiği takdirde, bölgedeki şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi bir tehditle karşılaşacağı kabul edilebilecek ve başvurucuya ikincil koruma statüsü verilebilecektir⁹². Ukrayna’nın doğu kesimi, Ukrayna ve Rus güçleri ile Rusya destekli silahlı gruplar arasında en yoğun silahlı çatışmaların yaşandığı bölgedir. Bu bölgenin önemli bir kısmının ciddi şekilde zarar gördüğü kısımlarında, ayırım gözetmeyen şiddet düzeyinin, bir sivilin bölgede yalnızca bulunmasını bile ciddi bir bireysel tehdit olarak değerlendirmek için yeterli kılacak kadar yüksek olduğu sonucuna varılabilir. Bu nedenle, bölgede meydana gelen ayırım gözetmeyen şiddetin düzeyi ve yoğunluğu dikkate alındığında, bu bölgelerden gelen kişilerin bireysel tehdit için daha fazla kanıt göstermeleri bile gerekmebilecektir. Tam tersi yorumdan hareketle, ülkenin batı kesimine doğru gidildikçe durumun emniyet ve güvenlik açısından daha iyiye gittiği görüldüğünden bu bölgedeki kişilerin bireysel unsurları daha yüksek seviyede göstermeleri yani kanıtlamaları gerekebilecektir. Yine ülkenin bazı bölgelerinde şiddetin düzeyi ve yoğunluğu bireysel tehdit oluşturmayacak kadar alt seviyede değerlendirilirse, başvurucunun talebi reddedilebilecektir. Kısaca, şiddetin seviyesi ve yoğunluğu, başvuru sahibinin kaçtığı yere göre değerlendirilmelidir⁹³.

YUKK m. 78(3) uyarınca, “Başvuru hakkında karar verilirken menşe veya önceki ikamet ülkesinin mevcut genel şartları ve başvuru sahibinin kişisel şartları göz önünde bulundurulur.” Ankara 1. İdare Mahkemesi bu hüküm doğrultusunda, menşe ülkeye ilişkin uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşlarının resmî raporlarının dikkate alınmadan bir Afgan vatandaşının uluslararası koruma talebinin reddedilmesi işlemi hukuka aykırı bulmuştur⁹⁴. Yine aynı mahkeme bir başka kararında, Afganistan’daki silahlı çatışma durumunun varlığı iddia edilmesine rağmen, kişinin durumu sadece şartlı mülteci statüsü kapsamında değerlendirilip, ikincil koruma statüsüne ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamasını da hukuka aykırı bulunmuştur⁹⁵. Bu örnek kararlar doğrultusunda başvurucu Ukraynalı kişinin başvurusu değerlendirilirken, Ukrayna-Rusya savaşına ilişkin Ukrayna’daki silahlı çatışma ve şiddet hareketlerine dair uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşlarının güncel raporları dikkate alınmalı ve başvurucunun durumunun sadece mülteci statüsü kapsamında değerlendirilmeyip, ikincil koruma statüsü çerçevesinde de ele alınması gerekmektedir.

⁹¹ Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v Staatssecretaris van Justitie, para 39.

⁹² Aynı yöndeki görüş için bkz. İneli Ciğer (n 77) 228-229.

⁹³ Bülbul (n 28) 593.

⁹⁴ Ankara 1. İdare Mahkemesi, 308/1670, 30.09.2015, <https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 03.11.2023.

⁹⁵ Ankara 1. İdare Mahkemesi, 2031/601, 24.03.2015, <https://kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi 03.11.2023.

SONUÇ

24 Şubat 2022’de başlayan Rusya ve Ukrayna arasındaki savaşı ile birlikte, Ukrayna sınırlarından Türkiye’ye gelen Ukraynalılar Türkiye’den uluslararası koruma talep edebileceklerdir. Ukrayna Avrupa Konseyi üyesi bir devlet olduğundan dolayı bu kişiler Türkiye’de şartlı mülteci statüsünde bulunamayacaklardır.

Bu hâlde, bu kişilerin mülteci ve ikincil koruma statüsü kapsamında değerlendirilebilecekleri akla gelmektedir. Mülteci statüsü bağlamında ilk olarak 1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi’nin kural olarak savaş sığınmacılarını kapsamadığı belirtilmelidir. BMMYK 1979 yılında yayımladığı El Kitabı’nda bu durumu açıkça ifade etmiş, ancak silahlı çatışmanın özel bir durum olduğunu da kabul etmiştir. BMMYK 2001 tarihli çalışmasında ise ilk yaklaşımına nazaran daha yumuşak bir yaklaşım benimsemiş ve silahlı çatışmadan kaçan kişilerin yeterli zarar tehdidi ve Sözleşme’de yer alan bir gerekçeyle bağlantı gösterebilmeleri hâlinde mülteci korumasına hak kazanabileceklerini belirtmiştir. Nihayetinde ise BMMYK, 2016 tarihli Uluslararası Koruma Kılavuzu’nda silahlı çatışma durumlarının nadiren de olsa mülteci statüsü kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Ancak bunun için öncelikle Ukrayna’da kalmaları hâlinde bu kişilerin haklı olarak dayanan zulüm korkusunu kanıtlamaları gerekmektedir.

Haklı nedene dayanan zulüm korkusu objektif ve sübjektif koşulların dikkate alınarak yapılması gerekmektedir. Objektif unsurlar, başvuru sahibinin Ukrayna’daki koşullarının değerlendirilmesini gerektirecek olup bu da nihai olarak Ukraynalı başvuru sahibinin sübjektif korkusunu belirlemede önemli kabul edilecektir. Ukrayna bağlamında ciddi ihlallerin gerçekleştiğine dair pek çok rapor bulunmaktadır. Savaşın hâlen sürdüğü bu ülke sınırlarında pek çok tecavüz, yargısız infaz ve sivil ölümünün gerçekleştiği belgelenmiştir. Bu kapsamda, Ukrayna’dan gelen bu kişilerin her somut olayda ayrıca değerlendirilmek üzere, haklı sebebe dayalı bir zulüm korkusunun varlığı kabul edilebilir.

Bir Ukrayna vatandaşına mülteci statüsü verilebilmesi için haklı nedenlere dayanan zulüm korkusu yeterli olmayıp, kendisinin ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle zulme uğrayacağına ilişkin gerekçelerden en az birine dayanması gerekmektedir.

Ukrayna hükümetinin zulmünden kaçan kişiler için bu bağlantıyı kurmak daha kolay olabilir. Ukrayna hükümetinin zulmünden kaçan Ukraynalılar, Rus kökenli Ukraynalılar ve diğer Ukraynalılar olarak iki ayrı durumda değerlendirilebilir. İlk olarak, Rus kökenli Ukraynalıların, ırkı nedeniyle Ukrayna hükümeti tarafından haklı nedenle zulme uğrama korkusu duyması muhtemeldir. İkinci olarak, kökeni fark etmeksizin diğer Ukraynalılar da siyasi görüşleri nedeniyle aynı korkuyu duyabilirler. Zira, Ukrayna hükümetinin savaşa karşı tutumuna sert tepki gösteren özellikle aktivistlerin işkenceye ve kötü muameleye maruz kalması ihtimal dahilindedir.



Buna karşın, Rus güçlerinden ve savaşın ayırım gözetmeyen şiddetinden kaçan Ukraynalılar için bahsi geçen beş sebepten biriyle gerekli bağlantıyı kurmak daha zordur. Ukrayna’nın Rusya tarafından işgaliyle birlikte devam eden Rusya-Ukrayna savaşının bizatihi kendisinden bireysel olarak kaçan her Ukraynalının sadece Putin’in söylemlerine bakarak siyasi veya ırka dayalı bir sebeple haklı nedenle zulüm korkusu içerisinde olduğunu söylememiz doğru olmayacaktır. Tabii ki çoğu Ukraynalı ülkesinin herhangi bir devlet tarafından işgalini istemeyeceği gibi herhangi bir savaş içerisinde bulunmasını fikren desteklemeyecektir. Bu fikirlerine ilişkin siyasi olarak herhangi bir eylem veya söylem içerisinde bulunmayan, sadece düşünsel olarak bu yönde meyilli olan bir Ukraynalının korkusunun mülteci statüsünü elde edebilmesi bakımından gereken siyasi görüş ile gerekli bağlantıyı sağlamada yeterli olmayacaktır. Yine aynı şekilde, Nazi döneminde Yahudilere yapıldığı gibi Rusya’nın Ukraynalılara karşı henüz ırka ilişkin net bir tavır içinde olduğu söylenemez. Her ne kadar bahsi geçen bu iki Ukraynalı grubun, ülkelerinde süre gelen savaş yani silahlı çatışma nedeniyle, haklı nedenle bir zulüm korkusu içerisinde olduğunu söyleyebilirsek de sırf bu nedenle Türkiye’ye sığınmış olmaları mültecilik statüsünün verilebilmesi bakımından yeterli kabul edilmemelidir. Diğer yandan her somut durumu ayrı ayrı ele almak kaydıyla, gerekli şartların varlığı hâlinde Rus kökenli Ukraynalıların ırkı veya Ukrayna hükümetinin savaşa karşı tutumunu sertçe eleştiren aktivistler gibi kişilerin mülteci statüsünü alabilmeleri ihtimal dahilindedir.

Rusya’nın Ukrayna üzerinde başlattığı savaş nedeniyle şiddete uğrayacağı korkusuyla ülkemize sığınan Ukraynalıların, ülkemizde ikincil koruma statüsünden yararlanabilecekleri değerlendirilebilir. Ülkemizden sığınma talep eden Ukraynalıya ikincil koruma statüsü verilebilmesi için, kendisine mülteci statüsü verilebilecek nitelendirmeye sahip olmaması gerekir.

Ukrayna’daki mevcut durum sebebiyle bir Ukraynalının, ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek ya da işkenceye, insanlık dışı veyahut onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak olması mümkün olup bu kişi bahsi geçen nedenlerden biriyle ülkemizde ikincil koruma statüsü sahibi olabilir. Rusya artık bir Avrupa Konseyi üyesi devleti olmadığına göre, AIHS’ne de taraf olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle, Ukraynalı bir yabancıнын Rus güçleri tarafından ölüm cezasına mahkûm olduğu veya işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veyahut muameleye maruz kalacak olması iddiaları daha gerçekçi kabul edilebilecektir.

Çalışmamız kapsamında ikincil koruma statüsü unsuru olarak esas önemli olan, savaş nedeniyle ülkemizden sığınma talep eden Ukraynalıları ele aldığımızdan, ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olma durumudur.

Uluslararası silahlı çatışmadan söz edebilmek için, iki veya daha fazla devletin birbirlerine karşı silahlı çatışma hâlinde bulunması söz konusu olmalıdır. Ukray-

na'daki durumun Ukrayna ve Rusya arasında süregelen uluslararası bir silahlı çatışma hâli olduğu tartışmasız bir gerçek olarak kabul edilebilir.

YUKK'ta ayırım gözetmeyen şiddetten ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. ABAD, Elgafaji davasındaki kararında, ayırım gözetmeyen şiddetin kişisel durumlara bakılmaksızın insanları kapsayabileceğini belirtmiştir. Bu doğrultuda doktrinde, pazar yerleri, kamu yolları, sağlık tesisleri gibi çoğunlukla sivillerin yaşadığı alanların bombalanması ayırım gözetmeyen şiddet olarak nitelendirilmiştir. Rusya'nın Ukrayna işgali sırasında hastane, sosyal tesis gibi sivillerin bulunduğu birçok alanı bombaladığı kamuoyunda ses getiren savaşa ilişkin en önemli durumlardan biridir.

Bu noktada şiddetin seviyesinin tespiti de önemlidir. AİHM ise Sufi and Elmi v. The United Kingdom davasına ilişkin 2011 tarihli kararında çatışmanın seviyesinin belirlenmesinde uygun kıstasların, ilk olarak, çatışmanın taraflarının sivil kayıp riskini artıran savaş yöntem ve taktiklerini kullanıp kullanmadıkları veya doğrudan sivilleri hedef alıp almadıkları; ikinci olarak, bu tür yöntem ve/veya taktiklerin kullanımının çatışmanın tarafları arasında yaygın olup olmadığı; üçüncü olarak, çatışmanın yerel mi yoksa daha geniş çapta mı olduğu; son olarak, çatışmanın bir sonucu olarak ölen, yaralanan ve yerinden edilen sivillerin sayısı olduğunu ifade etmiştir.

YUKK'ta başvuru sahibinin şahsına yönelik ciddi tespitinin nasıl belirleneceğine ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. ABAD'ın bu hususta verdiği karardan hareketle, Türkiye'den koruma talep etmiş bir Ukraynalının, Ukrayna'da savaşın yoğun olduğu bir bölgeye gönderildiği takdirde, bölgedeki şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi bir tehditle karşılaşacağı kabul edilebilecek ve başvurucuya ikincil koruma statüsü verilebilecektir. Başka bir ifadeyle, şiddetin seviyesi ve yoğunluğu, başvuru sahibinin kaçtığı yere göre değerlendirilmelidir.

Son olarak, Ukraynalı bir kişinin başvurusu değerlendirilirken, Ukrayna-Rusya savaşına ilişkin Ukrayna'daki silahlı çatışma ve şiddet hareketlerine dair uluslararası örgüt ve sivil toplum kuruluşlarının güncel raporları dikkate alınmalı ve başvuru sahibinin durumunun sadece mülteci statüsü kapsamında değerlendirilmeyip, ikincil koruma statüsü çerçevesinde de ele alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Asar A, *Yabancılar Hukuku* (7. B., Seçkin 2021).

Ayhan İzmirli L, "Türkiye'deki Suriyelilerin Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", (2017) 4(7) *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 43-66.

Aybay R, *Yabancılar Hukuku* (3. B., İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2010).

Bakır H, "Rusya'nın Ukrayna İşgalinin Avrupa Mülteci Mevzuatı ve Ukraynalı Mülteciler Üzerindeki Hukuksal Etkisi" (2022) 7(2) *Artuklu İnsan ve Toplum Bilim Dergisi* 45-60.



BBC News Türkçe, Ukrayna’da Savaşan İki İngiliz ve Bir Fas Vatandaşına İdam Cezası, 9 Haziran 2022, <https://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-61752335>
Erişim Tarihi: 17.12.2023.

Bayraktar F, “Rusya’nın Avrupa Konseyi Üyeliğinden Çıkarılması Ya Da ‘Militan İnsan Hakları’ Üzerine Bir Değerlendirme”, (2022) (68) Adalet Dergisi 133-151.

Bülbül H B, “Türkiye’deki Ukraynalıların Hukuki Statülerine İlişkin Muhtemel Senaryolar”, (2022) 9(2) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 543-601.

Cherubini F., *Asylum Law in the European Union*, (1th Edn., Routledge 2015).

Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof, Official Journal L 212, 07/08/2001 P. 0012 – 0023, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001L0055> Erişim Tarihi: 23.07.2023.

Çelikel A ve Öztekin Gelgel G, *Yabancılar Hukuku* (25. B., Beta 2020).

Çiçekli B, *Yabancılar ve Mülteci Hukuku* (6. B., Seçkin 2016).

Çörtoğlu Koca S ve Kavşat S, “Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Koruma Kararının Kapsamı, Alınması ve Sona Ermesi”, (2015) 1(1) Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 329-366 (Geçici Koruma Yönetmeliği).

Çörtoğlu Koca S, “Türkiye’de Düzensiz Göçmen Olarak Bulunan Afganların Hukuki Statülerine İlişkin Değerlendirmeler”, (2023) 42(2) Public and Private International Law Bulletin 873-912 (Afganların Hukuki Statüleri).

Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted (recast), OJ L 337, 20.12.2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32011L0095> Erişim Tarihi: 02.10.2023.

Doğan V, Yılmaz A Ç ve İzmirli L A, *Türk Yabancılar Hukuku* (7. B., Savaş 2023).

Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku* (3. B., Beta 2015).

Elçin D, “Türkiye’de Bulunan Suriyelilere Uygulanan Geçici Koruma Statüsü 2001/55 Sayılı Avrupa Konseyi Yönergesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği Arasındaki Benzerlik ve Farklılıklar”, (2016) 0(124) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 9-80.

Erdem B B “Geçici Koruma Statüsündeki Suriyelilerin Sosyal, Siyasi ve Vatandaşlık Hukuku Bakımından Türkiye’deki Durumları” (2017) 37(2) Public and Private International Law Bulletin 332-351.

Ergüven N S ve Özturanlı B, “Uluslararası Mülteci Hukuku ve Türkiye” (2012) 62(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1007-1062.

Erten R, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme” (2015) 19(1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3-51.

Euronews, Rusya, Mariupol’da doğum hastanesini vurdu; Zelenskiy ‘soykırımın kanıtı’ dedi, 10 Mart 2022, <https://tr.euronews.com/2022/03/10/rusya-mariupol-da-dogum-hastanesini-vurdu-zelenskiy-soyk-r-m-n-kan-t-dedi> Erişim Tarihi: 21.12.2023.

European Asylum Support Office (EASO): “The Implementation of Article 15(c) QD in EU Member States”, July 2015, https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/EASO_The-Implementation-of-Art-15c-QD-in-EU-Member-States.pdf Erişim Tarihi: 17.12.2023.

Eurostat Statistics Explained, Temporary Protection for Persons Fleeing Ukraine-Monthly Statistics, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Temporary_protection_for_persons_fleeing_Ukraine_-_monthly_statistics#:~:text=On%2031%20October%202023%2C%20more,protection%20status%20in%20EU%20countries Erişim Tarihi: 23.12.2023.

Frelick B, Ukrainians Are Refugees, but Our Laws Don’t Consider Them Such, 30.03.2022, <https://www.hrw.org/news/2022/03/30/ukrainians-are-refugees-our-laws-dont-consider-them-such> Erişim Tarihi: 01.09.2023.

Göç İdaresi Başkanlığı, Uluslararası Koruma, <https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-istatistikler> Erişim Tarihi: 22.09.2023.

Goodwin-Gill G S and McAdam J, *The International Refugee in International Law* (4th Edn., Oxford 2021).

Human Right Watch, Ukraine: Apparent Russian Cluster Munition Attack, 04.08.2023, <https://www.hrw.org/news/2023/08/04/ukraine-apparent-russian-cluster-munition-attack> Erişim Tarihi: 14.12.2023.

Human Right Watch, Ukraine: Apparent War Crimes in Russia-Controlled Areas, 03.04.2022, <https://www.hrw.org/news/2022/04/03/ukraine-apparent-war-crimes-russia-controlled-areas> Erişim Tarihi: 14.12.2023.

İneli Ciğer M “Silahlı Çatışma Durumlarında Ayrım Gözetmeyen Şiddet Hareketlerinden Kaçan Kişilerin Avrupa Birliği Hukuku ve Türk Hukukunda İkincil Korunması”, (2018) 20(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 199-237.

Jauhiainen J and Erbsen H, “Multilevel governance in the temporal protection and integration of Ukrainians within the European Union: the case of Estonia”, (2023) 45(3) Journal of European Integration 413–430.



Mackintosh T, Ukraine war: Six postal workers killed in Kharkiv missile strike, BBC NEWS, 22 October 2023, <https://www.bbc.com/news/world-europe-67185216> Erişim Tarihi: 21.12.2023.

McAdam J, *Complementary Protection in International Refugee Law*, (1th Edn., Oxford University Press 2007).

OCHA, Ukraine Humanitarian Response 2023 Situation Report, 23 November 2023, https://reports.unocha.org/en/country/ukraine?gad_source=1&gclid=CjwKCAiAp5qsBhAPEiwAP0qeJj7G6Ck7v-rgBXmLbACkEb_EhF5eRpTslGkyr7h1p-8V0e_GCoETmnnBoC8jEQAvD_BwE Erişim Tarihi: 23.12.2023.

Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), Interim Report on Reported Violations of International Humanitarian Law and International Human Rights Law in Ukraine, https://www.osce.org/files/f/documents/c/d/523081_0.pdf, Erişim Tarihi: 02.10.2023.

Özel S, “Türkiye’deki Suriyelilerin Hukuki Statüsü”, (2020) 17(2) YUHFD 709-734 (Suriyeliler),

Özel S, “Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi, Uluslararası Koruma Sahibi ile Geçici Koruma Altına Alınanların Hukuki Statülerinin Sığınmacı ve Göçmen Kavramları Özelinde Değerlendirilmesi”, (2018) 37(2) Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 249-295 (Uluslararası Koruma Statüleri).

Özkan I, *Göç-İltica ve Sığınma Hukuku* (3. B., Seçkin 2018).

Öztürk N Ö, “1951 Tarihli Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme Çerçevesinde Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütlerin İncelenmesi ve Türk Hukuku Üzerindeki Yansımalarının Değerlendirilmesi” (2016) 65(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 393-448 (Mülteci Statüsünün Sona Ermesine Yönelik Ölçütler)

Öztürk N Ö, *Mültecilerin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi*, (1.B., Seçkin 2015) (Hukuki Statü).

Storey H, Are Those Fleeing Ukraine Refugees? Asylum Governance and the European Union’s Role, 28 June 2022, <https://www.asileproject.eu/are-those-fleeing-ukraine-refugees,Global>, (Erişim Tarihi: 23.09.2023) (Ukraine Refugees).

Storey H, “Armed Conflict in Asylum Law: The War-Flaw” (2012) 31(2) Refugee Survey Quarterly (Asylum Law) 1-32.

Safı, S, *Mülteci Hukuku*, (1.B., Legal 2018).

Storey H, Are Those Fleeing Ukraine Refugees? Asylum Governance and the European Union’s Role, 28 June 2022, <https://www.asileproject.eu/are-those-fleeing-ukraine-refugees,Global>, (Erişim Tarihi: 30.10.2023).

Tütüncü A N, *İnsancıl Hukuka Giriş*, (2.B., Beta 2012).

UNHCR, Guidelines on International Protection No. 12: Claims for refugee status related to situations of armed conflict and violence under Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the Regional Refugee Definitions, HCR/ GIP/16/12, 2016, para. 33, p. 7, (Guidelines on International Protection No. 12), <https://www.unhcr.org/fr-fr/en/media/unhcr-guidelines-international-protection-no-12-hcr-gip-16-12-02-december-2016> Erişim Tarihi: 14.12.2023.

UNHCR, Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/IP/4/Eng/REV.1 Reedited, Geneva, January 1992, UNHCR 1979, <https://www.unhcr.org/sites/default/files/legacy-pdf/4d93528a9.pdf>, Erişim Tarihi: 01.10.2023.

UNHCR, Note on Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees, Geneva, Apr. 2001, <https://www.refworld.org/pdfid/49c3a3d12.pdf> Erişim Tarihi: 18.01.2024.

UNHCR, Türkiye Bilgi Notu, https://www.unhcr.org/tr/wp-content/uploads/sites/14/2023/03/Bi-annual-fact-sheet-2023-02-TurkiyeF_TR.pdf, Erişim Tarihi: 22.09.2023.

UHCHR, Report on the Human Rights Situation in Ukraine, 1 February to 31 July 2023.

Wright G, “Ukraine War: Wave of Russian Air Strikes Reported Across Ukraine”, BBC NEWS, <https://www.bbc.com/news/world-europe-67838428> Erişim Tarihi: 18.01.2024.



AVRUPA VE AMERİKAN YARGI SİSTEMLERİNİN “UNUTULMA HAKKI-İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ” ÇATIŞMASINA YAKLAŞIMI

*The European and the American Judicial Systems' Approaches to the
“Right to be Forgotten-Freedom of Expression” Conflict*

Peri URAN MURPHY*

Özet

Modern teknolojilerin ortaya çıkmasıyla mahkemelerin bir tarafta özel hayatın gizliliğine saygı, kişisel verilerin korunması gibi haklarla ilişkili olan unutulma hakkı ve diğer tarafta ifade özgürlüğü arasında denge kurma mücadelesi daha zorlu bir hale gelmiştir. Bilişim teknolojisinde yaşanan gelişmeler neticesinde, haberler çoğunlukla çevrimiçi tüketildiği için, haberlerde adı geçen kişiler, saniyeler içinde arama motorları vasıtasıyla ifşa edilmeye karşı savunmasız durumda kalmaktadırlar. Bu tür bir teşhir, kişinin itibarını, gelecekteki muhtemel kariyer fırsatlarını, eğitim sürecini, kişisel ilişkilerini tehlikeye atmanın yanı sıra zihinsel ve duygusal sağlıklarına zarar verebilmektedir. Bunun da ötesinde, kişinin hayatında yeni bir sayfa açmasına, değişmesine olanak vermeyip, onu geçmişe hapsedebilmektedir. Kişinin kendisine ait bilgiyi tashih etme, silinmesini istemeyi de kapsayan unutulma hakkı, kişinin geçmişinden ibaret olmadığını ortaya koymaktadır.¹ Bu çalışmada öncelikle bir kavram olarak unutulma hakkının tarihsel kökeni, bu hakkın önemi ve koruduğu menfaatler ele alınacak, ardından söz konusu hakkın ifade özgürlüğü ile ilişkisi değerlendirilecektir. Unutulma hakkı ve ifade özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanması konusunda Avrupa yargı sistemi ve Amerikan yargı sisteminde farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bu doğrultuda, çalışmanın devamında bu yaklaşımlar çeşitli mahkeme kararları ışığında ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Unutulma hakkı, kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü, AİHM Kararları, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Kararları.

Abstract

The struggle of the courts to strike a balance between the right to be forgotten, which is associated with rights such as privacy and protection of personal data, on the one hand, and freedom of expression on the other, has become more challenging with the advent of modern technologies. As the news is overwhelmingly consumed online as a result of developments in information technology, the people mentioned in the news are vulnerable to being disclosed via search engines within seconds. Such exposure can jeopardize a person's reputation, possible future career opportunities, educational

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 25.01.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Doç. Dr., Visiting Professor, Trinity College Dublin's School of Law & TriCON; Visiting Professor, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law; Legal Consultant, World Council of Peoples for the United Nations (New York), URANMURP@tcd.ie, <https://orcid.org/0000-0002-8039-3814>.

¹ Cecile de Terwangne, “The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment” (2013) European Commission Joint Research Centre Institute for the Protection and Security of the Citizen Report EUR 26434 < jrc86750_cecile_fv.pdf > 26. 08. 2023



process, personal relationships, as well as harm his mental and emotional health. Moreover, it does not allow the person to make a new start in his life or to change, so he can be imprisoned by the past. A person's right to be forgotten, including correcting his own information and asking for it to be deleted, reveals that the person is not just about his past. In this paper, first of all, the historical origin of the right to be forgotten as a concept, the significance of this right and the interests it protects will be discussed, and then its relationship with the freedom of expression will be evaluated. The European judicial system and the American judicial system take different approaches to balance the right to be forgotten with the freedom of expression. In this direction, finally, these approaches will be tried to be put forward in the light of various decisions.

Keywords: The Right to be Forgotten, personal data protection, privacy, ECHR Decisions, US Supreme Court Decisions.

I. GENEL OLARAK UNUTULMA HAKKI

Esas olarak bireylerin, kişisel verilerinin yayımlanmaması ya da silinmesini talep etme hakkı olarak tanımlanabilecek olan unutulma hakkı, daha geniş bir ifadeyle; güncelliğini ve önemini kaybeden kişisel verilere ilişkin üstün bir menfaatin olmaması halinde, veri öznesinin isteği üzerine veri içeriğinin kaldırılması anlamına gelmektedir.² Unutulma hakkının nüvesinde “özel hayatın gizliliğine duyulan saygı” yer almakta,³ bu hak; bireyin itibar, kişilik ve kimliğini zedeleyebilecek olan potansiyel zararları önlemeyi amaçlamaktadır.⁴ Uluslararası literatürde unutulma hakkı “the right to be forgotten” yerine bazı yazarlar tarafından “the right to oblivion”⁵ kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu hakkın tarihsel kökeni Fransız hukukunda mevcut olan “droit à l’oubli” kavramına dayanmakta, ve bu hak kişinin suç geçmişine ait kayıt ve verilerin yayınlanmasının engellenmesini veya bu verilerin belli bir süre geçtikten sonra silinmesini talep etme hakkı olarak kabul edilmektedir.⁶ Unutulma hakkı “the right to be forgotten” yerine “the right of erasure” (sildirme hakkı)⁷ kavramının kullanıldığına da rastlanmaktadır. Sildirme hakkı, kişinin üçüncü şahıslar tarafından rızasız olmaksızın işlenen verilerinin

² European Commission, “A comprehensive approach on personal data protection in the European Union” (2010) Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The Economic and Social Committee and The Committee of The Regions <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0609:FIN:EN:PDF>> 26.08.2023; De Terwangne n (1) 2

³ Aurelia Tamò and Damian George, “Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age, Journal of Intellectual Property” (2014) 5 (2) Information Technology and Electronic Commerce Law 72-73

⁴ Meg Leta Ambrose and Jef Ausloos, “The Right to Be Forgotten Across the Pond” (2013) 3 (1) Journal of Information Policy 14

⁵ De Terwangne n (1) 1; Napoleon Xanthoulis, “Conceptualizing a Right to Oblivion in the Digital World: A Human Rights- Based Approach” (2012) Social Science Research Network <<https://ssrn.com/abstract=2064503>> 03.08.2023

⁶ Paul Bernal, “A Right to Delete” (2011) 2 (2) European Journal of Law and Technology 2; Jeffrey Rosen, “The Right To Be Forgotten” (2012) 64 (88) Stanford Law Review Online <<https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/>> 26.08.2023

⁷ Christiana Markou, “The Right To Be Forgotten: Ten Reasons Why It Should Be Forgotten” in S. Gutwirth, Ronald Leenes and Paul de Hert (eds), Reforming European Data Protection Law (1st edn, Springer 2015) 207

silinmesini talep etme hakkı anlamına gelmektedir.⁸ Birbirinin yerine kullanılan bu kavramlardan hangisinin unutulma hakkını ifade etmek açısından daha uygun olduğu tartışılmakla birlikte, unutulma hakkının "the right to be forgotten", kişinin verilerinin silinmesinin yanısıra, bu verileri anonimleştirmek, güncellemek, tasfiye etmek, bunlara ekleme yapmak gibi başka bazı hakları da içermesi itibarıyla "sildirme hakkı" (the right of erasure) ile tanımlanan haktan daha geniş bir kapsamda olduğu kabul edilmektedir.⁹ Unutulma hakkı yalnızca kişinin kendi isteğiyle paylaştığı verileri değil; aynı zamanda kendi haberi ve rızası olmaksızın üçüncü kişiler tarafından yayımlanan verileri de kapsamaktadır.

Söz konusu hak, özel hayatın gizliliğine saygı, kişisel verilerin korunması gibi haklarla ilişkili olup, itibar, onur, saygınlık, mahremiyet gibi kişilik hakkı değerleriyle açıklanmaktadır.¹⁰ Unutulma hakkı tarafından korunan menfaatlerin başında özel hayatın gizliliği ve kişinin manevi varlığı gelmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) "özel hayat" kavramını kararlarında geniş bir çerçevede ele almaktadır. Örneğin; Yüksek Mahkeme verdiği çeşitli kararlarda, söz konusu kavramın "kişinin ismi ve resmi gibi hususlardan oluşan kimliğini veya fiziksel ve zihinsel bütünlüğünü, diğer bireylerle ve toplumla olan ilişkilerini"¹¹; "kişinin, kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir kısmını oluşturan şöhretini"¹²; "cinsel hayatını"¹³, "cinsel tercihlerini"¹⁴, "mesleki faaliyetleri esnasındaki ilişkilerini"¹⁵, "başka insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek hakkını"¹⁶, "bir devletin yetkili temsilcileri tarafından bir birey hakkında rızası alınmaksızın bilgi toplanmasını"¹⁷,

⁸ Ambrose and Ausloos n (4) 14

⁹ Tamò and George n (3) 80; Norberto Nuno Gomes de Andrade, "Oblivion: The Right to be Different from Oneself: Re-Proposing the Right to be Forgotten" in A. Ghezzi, A.G. Pereira and L. Vesnić-Alujević (eds), *The Ethics of Memory in a Digital Age* (Palgrave Macmillan 2014) 65; J. E. McNealy, "The Emerging Conflict between Newsworthiness and the Right to Be Forgotten" (2012) 39 (2) *Northern Kentucky Law Review* 123

¹⁰ Rolf H. Weber, "The Right To Be Forgotten: More Than a Pandora's Box?" (2011) 2 (1) *JIPITEC* 121; Joris Van Hoboken, "The Proposed Right to Be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember, Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment" (2013) Prepared for the European Commission Appointment Letter No. 257971 Institute for Information law (IViR) <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC86747>> 28.08.2023; Trevor Reed, "Indigenous Dignity and the Right to Be Forgotten" (2021) 46 (4) *BYU Law Review* 1141; Hiroshi Miyashita, "The Right To Be Forgotten and Search Engine Liability" (2016) 2 (8) *Brussels Privacy Hub, Working Paper* 9

¹¹ S. and Marper v. The United Kingdom, Başvuru No. 30562/04-30566/04, 04.12.2008, parag 66

¹² Pfeifer v. Austria, Başvuru No. 12556/03, 15.11.2007, parag. 35

¹³ Hass v. Switzerland, Başvuru No. 31322/07, 20. 01. 2011, parag 50

¹⁴ Norris v. Ireland, Başvuru No. 10581/83, 12.03.1987, parag. 46; A.D.T. v. The United Kingdom, Başvuru No. 35765/97, 31.07.2000, parag. 23

¹⁵ Niemietz v. Germany, Başvuru No. 13710/88, 16.12.1992, parag. 29

¹⁶ Niemietz v. Germany Başvuru No. 13710/88, parag. 29

¹⁷ Murray v. United Kingdom, Başvuru No. 14310/88 , 01.10.1994, parag. 42, 88



“devletin kayıtlarına erişememeyi”¹⁸, “zorunlu tıbbi tedavisi”¹⁹, “iş telefonu veya özel telefondan yapılan görüşmeleri”²⁰ hatta “suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili telefon görüşmelerini”²¹ kapsadığını belirtmektedir.

Unutulma hakkı tarafından korunan önemli bir diğer menfaat de kişinin manevi varlığıdır. Zira unutulma hakkı ve dolayısıyla kişisel verilerinin paylaşılmasının önüne geçilmesi ve bu şekilde geçmişteki olumsuzluklarla ilişkilendirilmelerinin engellenmesi yoluyla kişinin yeni bir başlangıç yaparak manevi varlığını geliştirme mümkün olabilecektir.²² Kişinin manevi varlığını geliştirme hakkı ve unutulma hakkı ilişkisi bağlamında, Alman Anayasa Mahkemesi’nin 1973 yılında verdiği bir karar önem taşımaktadır. Bu kararda, Yüksek Mahkeme, bir hükümlünün adına, fotoğraflarına ve işlediği suça yer verilen bir belgeselin yayımlanmasının engellenmesi talebiyle açılan davada “bir suçtan hüküm giymiş kişilerin topluma karışmasına engel olmanın, insan onurunun korunması açısından kabul edilemez olduğu, bir kimsenin kişiliğini özgürce geliştirebilmesi için özerk bir alanın sağlanması gerektiği”²³ değerlendirmesinde bulunmuştur.

Alman Anayasa Mahkemesi’nin sonraki yıllarda verdiği “nüfus sayımı kararı”²⁴

¹⁸ Gaskin v. United Kingdom, 10454/83, 23.01.1986, para. 39-41

¹⁹ M.A.K. and R.K. v. The United Kingdom, Başvuru No. 45901/05- 40146/06, 23.03.2010, parag. 62, 75; Vavricka and Others v. The Czech Republic, Başvuru No. 47621/13, parag. 91, 212, 236

²⁰ Halford v. United Kingdom, Başvuru No. 20605/92, 25.07.1997, parag. 44- 46

²¹ A. v. France, Başvuru No. 14838/89, 23.11.1993, parag. 35, 39

²² Nuno Gomes de Andrade, “Right to Personal Identity: The Challenges of Ambient Intelligence and the Need for a New Legal Conceptualization” in S. Gutwirth and others (eds), Privacy and Data Protection: An Element of Choice, (Springer Publisher 2011) 65

²³ Lebach Case, 35 BVerfGE 202, 05.06.1973, parag. 220; ayrıca bkz. Nicole Jacoby, “Redefining the Right To Be Let Alone: Privacy Rights And The Constitutionality Of Technical Surveillance Measures In Germany And The United States” (2007) 35 (3) Georgia Journal Of International And Comparative Law 463; Peter E. Quint, “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory” (1989) 48 (2) Maryland Law Review 299-300

²⁴ Volkszählungsurteil in englischer Sprache: Census Act, <<https://freisheitsfoo.de/census-act/>> 29.08.2023

Alman Federal Anayasa Mahkemesi söz konusu Karar’da, Federal Nüfus Sayımı Kanunu’nu incelemiştir. İlgili Kanun’un bazı hükümleri kişilerin isimleri, adresleri, telefon numaraları, cinsiyet ve doğum tarihleri, milliyetleri, herhangi bir dini topluluğa üye olup olmadıkları, medeni halleri, gelir kaynakları gibi kişisel verilerin de toplanmasını öngörmüştür. Söz konusu düzenleme, federal verilerin eyalet kurumlarıyla paylaşılmasına da izin vermiştir. Burada dikkat çeken husus toplanan verilerin nüfus sayımı için gerekli olanların ötesinde, mesleki, sosyal ve özel hayata ilişkin verileri de içermesidir. Yüksek Mahkeme, kişilerin verilerinin kaderini serbestçe tayin etme özgürlüğünün ancak üstün bir kamu yararı bulunması halinde engellenebileceğinin altını çizmiş, verilerin usulüne uygun olmayan biçimde toplanmasını öngören söz konusu hükümleri, kişinin haysiyet ve saygınlığına zarar verdiği, kişiliğini serbest biçimde geliştirmesini engellediği gerekçesiyle iptal etmiştir. Söz konusu Karar’da Yüksek Mahkeme kişilerin verileri üzerinde serbest biçimde tasarrufta bulunmalarını ‘insan onuru’ ve ‘kişiliği serbestçe geliştirme hakkı’ ile ilişkilendirerek, üstün bir kamu yararı söz konusu olmadan kişilerin verilerine müdahale edilmesinin Anayasaya’ya aykırı olacağına karar vermiştir. Bu yönde bkz. BVerfG, Order of the First Senate of 15 December 1983 - 1 BvR 209/83, <<https://www.bundesverfassungsgericht.de/>

ile "bilgilendirme özerkliği" (Informational Self-Determination) kavramı ortaya çıkmıştır.²⁵ Bireyin kendisine ait bilgilerini ne zaman, ne şekilde ve hangi sınırlar içinde başkalarına aktarabileceğine karar verme özgürlüğüne sahip olması anlamına gelen bu kavram,²⁶ unutulma hakkının anayasal dayanağı olarak görülebilir.

Literatürde unutulma hakkı farklı açılardan ele alınmıştır. Bunlardan ilki, Alman Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsedilen kararında ortaya koymuş olduğu bilgilendirme özerkliği kavramına paralel biçimde, unutulma hakkını kişinin verileri üzerindeki hakimiyeti ile ilişkilendiren yaklaşımdır. Buna göre, kişiler geçmişe ait verileri üzerinde hakimiyet kurarlar, onların kaderini belirlerler ve bu şekilde geçmişleriyle ilişkilerini kesebilirler. Bu doğrultuda, zamanla geçerliliğini ve güncelliğini yitiren ve saklanmasında artık bir menfaat bulunmayan kişisel veriler kaldırılabilir.²⁷ Unutulma hakkıyla ilgili bir diğer yaklaşım, yeni bir sayfa açma/ yeni bir başlangıç yapma (clean slate) isteği olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁸ Buna göre, bireyler zaman içinde değişirler ve onları sonsuza kadar geçmişleriyle ilişkilendirmek doğru değildir. Bireyin geçmişiyile ilişkilendirilmeden, özerk bir şekilde geleceğini belirlemeye hakkı vardır.²⁹ Bu doğrultuda örneğin; Almanya'daki hüküm giymiş suçluları topluma yeniden kazandırmayı ve cezalarını çektikten sonra, işledikleri suçla ilgili olarak adlarının anılmasının yasaklamayı amaçlayan düzenlemeler, benzer biçimde iflas etmiş kişilerin yeni iş kurarken geçmişe ait verilerinin kaldırılması yönündeki talepleri, yeni bir sayfa açma/ yeni bir başlangıç yapma yaklaşımıyla açıklanabilir.³⁰

Unutulma hakkı, bir hak olarak ilk kez 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren ve tüm üyeler için bağlayıcı olan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde (GDPR- General Data Protection Regulation) düzenlenmiştir.³¹ Esasen kişisel verilerin korunması alanında Avrupa Birliği tarafından daha önce 1995

SharedDocs/Entscheidungen/EN/1983/12/rs19831215_1bvr020983en.html> ayrıca bkz. Gerrit Hornung and Christoph Schnabel, "Data Protection in Germany I: The Population Census Decision and the Right to Informational Self-determination" (2009) 25 (1) Computer Law & Security Report 86-87; Jacoby n (23) 466

²⁵ Claudia Kodde, "Germany's 'Right to be forgotten' – between the freedom of expression and the right to informational self-determination" (2016) 30 (1-2) International Review of Law, Computers & Technology 19

²⁶ Antoinette Rouvroy and Yves Poullet, "The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy" in S. Gutwirth, Ronald Leenes and Paul de Hert (eds), Reforming European Data Protection Law (1st edn, Springer 2015) 45

²⁷ Bert-Jaap Koops, "Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to Be Forgotten in Big Data Practice" (2011) 8 (3) SCRIPTed 232

²⁸ McNealy n (9) 121

²⁹ Alessandro Mantelero, "The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the Right to Be Forgotten" (2013) 29 (3) Computer Law & Security Review 230

³⁰ Van Hoboken n (10) 3

³¹ General Data Protection Regulation (GDPR), <<https://gdpr-info.eu/>> 04.09.2023



yılında 95/46/EC sayılı AB Veri Koruma Direktifi yürürlüğe konmuştur;³² ancak Veri Koruma Direktifi’nde benimsenen ilkelerin zaman içinde yetersiz kalması üzerine, daha üst düzeyde bir gizlilik korunmasının sağlanabilmesi için bu ilkelere modernize edilmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda, AB veri koruma kurallarında esaslı değişiklikler içeren ve Avrupa Parlamentosu’nca 14 Nisan 2016 yılında yayımlanan “Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR)” 2018 yılında yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Tüzük’ün 17. maddesinin başlığında unutulma hakkı, silme hakkı ile birlikte yer almıştır. Bahsi geçen 17. maddede, “*veri sahibinin kendisi ile ilgili kişisel verilerin herhangi bir gecikmeye mahal verilmeksizin silinmesini kontrolörden talep etme hakkı bulunduğu açıkça ifade edildikten sonra, kişisel verilerin toplanma veya işleme amaçlarıyla ilişkili olarak artık gerekli olmaması, veri sahibinin işleme faaliyetinin dayandığı izni geri çekmesi ve işleme faaliyetiyle ilgili başka bir yasal gerekçe bulunmaması, veri sahibinin faaliyetine itirazda bulunması ve işleme faaliyetine yönelik ağır basan meşru bir gerekçe bulunmaması ya da veri sahibinin işleme faaliyetine itirazda bulunması, kişisel verilerin yasa dışı biçimde işlenmiş olması, kontrolörün tabi olduğu Birlik veya üye devlet hukukundaki bir yasal yükümlülüğe uygunluk sağlanması amacı ile kişisel verilerin silinmesinin zorunlu olması, kişisel verilerin bilgi toplumu hizmetlerinin sağlanması ile ilgili toplanmış olması durumlarında, kontrolörün kişisel verileri herhangi bir gecikmeye mahal vermeksizin silme yükümlülüğü bulunduğu*”³³ belirtilmiştir. Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ile benimsenen geniş kapsamlı hak ve yetkiler veri sahiplerinin verileri ile ilgili tasarrufta bulunabilmesine olanak sağlarken, veri işleyenlere de önemli sorumluluklar yüklemiştir.

³² 95/46/EC sayılı AB Veri Koruma Direktifi (Directive 95/46/EC of The European Parliament and of The Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data), <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/dir_1995_46_en.pdf> 04.08.2023

Söz konusu Direktif’in 12(b) maddesi, veri öznesi olan kişinin, veri içeriğinin yanlış ya da eksik olması halinde, bu verinin düzeltilmesini, silinmesini ya da bu veriye erişimin engellenmesini talep edebilme hakkını düzenlemesi bakımından önemlidir.

³³ General Data Protection Regulation (GDPR) article 17, <<https://gdpr-info.eu/art-17-gdpr/>> 04.09.2023

Unutulma hakkının GDPR kapsamında veri sahiplerini güvence altına alan maddelerden yalnızca bir tanesi olduğu, söz konusu Tüzük’ün başka maddelerde de veri sahiplerini koruma altına aldığı görülmektedir. Örneğin; 12. maddede düzenlenen ‘kişisel verilerin şeffaflığı’ konusunda öngörülen yetkiler, 13, 14 ve 15. maddelerde düzenlenen ‘güçlendirilmiş kişisel veriye erişim hakkı’, 20. maddede düzenlenen ‘veri taşıma hakkı’ ve 21. ve 22. maddelerde tanınan ‘itiraz hakkı’ ve 22. maddenin ilk fıkrasında veri sahiplerine, kendileri bakımından hukuki veya başka önemli etkiler meydana getiren ‘otomatik konu olmayı talep edebilme hakkı’ ile veri sahiplerinin güçlü bir biçimde güvence altına alındığı anlaşılmaktadır. Bu yönde bkz. Ayşe Nur Akıncı, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler Ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” (2017) TC Kalkınma Bakanlığı, Çalışma Raporu 6 <http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf> 04.09.2023

II. MADALYONUN İKİ YÜZÜ: UNUTULMA HAKKI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

"Düşünceyi söz, yazı ya da başka vasıtalarla başkalarına aktarabilme, anlatabilme, yayabilme ve onları kendi düşünce ve inançlarının doğruluğuna ikna edebilme, inandırabilme, tercihleri doğrultusunda tutum ve davranışlarda bulunabilme hakkı"³⁴; "Bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçı yoldan açığa vurulmasının veya dış dünyada ifade edilmesinin serbest olması"³⁵ şeklinde tanımlanabilecek³⁶ olan ifade özgürlüğü, farklı fikirlerin ortaya çıkarılması ve bunların birbirleriyle kıyaslanması yoluyla gerçeğe ulaşma açısından son derece önemli olup, bir toplumun demokratikleşmesine hizmet etmektedir. AİHM, Handyside Kararı'nda: "İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve her insanın kendini geliştirmesinin esaslı koşullarından biri olan demokratik toplumun temellerinden birini oluşturmaktadır. Bu özgürlük, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez gibi görünen haber ve düşünceler bakımından değil, devletin veya toplumun aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen veya onları rahatsız eden haber ve düşünceler bakımından da uygulanır" değerlendirmesinde bulunmaktadır.³⁷

Bir yanda demokrasinin temel taşı olarak nitelendirilen, fikir ve haberlerin açıklanması ve alınmasını da kapsayan ifade özgürlüğü, diğer yanda özel hayatın gizliliğine saygı, kişisel verilerin korunması gibi haklarla ilişkili olup; onur, saygınlık, mahremiyet gibi kişilik hakkı değerleriyle açıklanan unutulma hakkı arasındaki denge kurma mücadelesi modern teknolojilerin ortaya çıkmasıyla günümüzde daha karmaşık bir hale gelmiştir. Zira, bir kimsenin düşüncesini ifade etme ve yayma özgürlüğü, diğerinin mahremiyetine ve kişilik haklarına müdahale edebilmektedir. Örneğin bir gazetecinin veri sahibiyle yaptığı özel yazışmaları veri sahibinin rızası olmadan yazdığı köşe yazısında kullanması halinde, gazeteci ifade özgürlüğü kapsamında, kişinin düşüncelerini ifade etme ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmemesinin esas olduğunu, veri sahibi de rızası alınmadan hukuka aykırı biçimde paylaşılan verilerinin, mahremiyetini, kişiliğini özgürce geliştirmesi hakkını ihlal ettiğini ileri sürebilecektir. Böyle bir tablo karşısında haklar arasında adil bir denge kurulabilmesi için mahkemeler her talebi çeşitli kriterlere göre ayrı ayrı inceleyip değerlendirmek durumundadır.

³⁴ Bülent Tanör, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası (Öncü Kitabevi 1969) 27

³⁵ Mustafa Erdoğan, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif" (2001) (24) Liberal Düşünce 8

³⁶ AİHM'nin Lingens Kararı'nda da ifade özgürlüğü "demokratik toplumun ana temellerinden birini ve toplumun gelişmesi ve her bireyin kendini gerçekleştirme için esaslı şartlarından birini oluşturur" biçiminde tanımlanmaktadır. Bu yönde bkz. Lingens v. Austria, Başvuru No. 9815/82, para. 41. Benzer şekilde bkz. Oberschlick v. Austria, Başvuru No. 11662/85, parag. 57; Nilsen & Johnsen v. Norway, Başvuru No. 23118/93, parag. 43

³⁷ Handyside v. United Kingdom, Başvuru No. 5493/72, parag. 49



Her ne kadar fikirlerin özgürce tartışılması ile bir toplumun gelişimi arasında doğru orantı olduğu kabul edilebilirse de günümüzde tüm diğer özgürlükler gibi ifade özgürlüğü de mutlak ve sınırsız değildir. Bununla birlikte, bu sınırlamalar meşru gerekçelere dayandırılmalıdır. AİHS'nin 10. maddesinde³⁸ ifade özgürlüğünün kapsamına ve hangi hallerde sınırlandırılabilmesine yer verilmiştir. Buna göre, ifade özgürlüğüne devlet tarafından yapılan müdahale, AİHS'nin 10/2. fıkrasında belirtilen “meşru amaçlara ulaşmak” haricinde başkaca sebeplere ya da sözleşmenin herhangi başka bir maddesinde öngörülmüş olan sınırlama sebeplerine dayandırılmamaktadır.

AİHM, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın Sözleşme'ye aykırı olup olmadığını incelerken, sınırlamanın hukukun üstünlüğü ve keyfiliğe karşı bir güvence olarak öngörülen “yasada öngörülmüş olma”, “sınırlı sayıdaki amaçlara ilişkin olma” ve “demokratik topluma aykırı olmayan ve öngörülen amaca ulaşmak için gerekli ölçüde olma” (ölçülülük incelemesinin yapılması) kısıtalarının dikkate alınıp alınmadığına bakmaktadır.³⁹

Diğer yandan, unutulma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açık bir biçimde düzenlenmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, itibarın, mahremiyetin ve kişisel verilerin korunmasını “özel hayata saygı hakkı” kapsamında değerlendirmektedir.⁴⁰ AİHM'nin çok yakın zamanda karara bağladığı, Hurbain v. Belçika Davası'nda, unutulma hakkının her şeyden önce, özel hayata saygı hakkının bir boyutu olarak tanımlandığı açıkça belirtilmiştir.⁴¹ Bu doğrultuda, unutulma

³⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi: “(1) Herkes görüşlerini açıklama ve ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. (2) Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, 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 gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

³⁹ İfade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların hangi hallerde meşru kabul edilebileceğine ilişkin kriterler konusunda bkz. Nada v. Sweden, Başvuru No. 10593/08, para. 181

⁴⁰ Ivana Roagna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması (çev. Ayşe Gül Alkış Schaling) (Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları 2012) 18-19; bu yönde ayrıca bkz. Fürst- Pfeifer v. Austria, Başvuru No. 33677/10, 52340/10, para. 35; Polanco Torres ve Movilla Polanco v. Spain, Başvuru No. 34147/06, para. 40; Delfi As v. Estonia, No. 64569/09, para. 137; Chauvy and Others v. France, Başvuru No. 64915/01, parag 70; A. v. Norway, Başvuru No. 28070/06, parag. 64

⁴¹ AİHM Hurbain v. Belçika Kararı'nda, Büyük Daire, unutulma hakkı kavramının pek çok yönü olup, henüz gelişim aşamasında olduğunu ve pratikte uygulanmasının bir takım ayırt edici özellikler kazandığını belirtmektedir. Bununla birlikte, unutulma hakkının her şeyden önce, özel hayata saygı hakkının bir boyutu olarak tanımlandığını ve ulusal hukuk pratiğinde ilk kez basın tarafından daha önce ifşa edilmiş adli nitelikteki bilgilerin yeniden yayımlanması bağlamında ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 194

hakkının içerik ve sınırları belirlenirken özel hayata saygı hakkının düzenlendiği madde dikkate alınmaktadır. Özel hayata saygı hakkı Sözleşme'nin 8. maddesinde: "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir" şeklinde düzenlenmiştir.⁴²

Unutulma hakkı ve ifade özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanması konusunda Avrupa yargı sistemi ve Amerikan yargı sisteminde farklı yaklaşımlar söz konusudur. Örneğin; unutulma hakkı, Avrupa'da, kökeni Fransız hukukuna dayanan, cezasını çeken ve rehabilite edilen eski hükümlünün mahkumiyeti ile ilgili bilgilerin yayınlanmasına itiraz etmesine olanak tanıyan bir hak olan 'right of oblivion' hakkından kaynağını almaktadır.⁴³ Amerika Birleşik Devletleri'nde ise tam tersine, bir kimsenin sabıka geçmişinin yayımlanmasının, Anayasası'nın 1. maddesinde yapılan değişikliklerle güvence altına alınmış olması, örneğin; Vikipedi'nin, ünlü bir aktörü öldürmek suçundan hüküm giymiş iki Alman vatandaşının sabıka kayıtlarına ilişkin bilgilerin öldürülen aktörün Vikipedi sayfasından kaldırılması çabaları karşısında direnebilmesine imkan tanımıştır.⁴⁴

Unutulma hakkı Avrupa yargı sisteminde mahremiyet, özel hayata saygı hakkı ile ilişkilendirilirken; Amerikan yargı sisteminde bir kimseye ait özel bilgilerin bir kez kamuya paylaşıldıktan sonra mahremiyet ve özel hayata saygı hakkının konusu olmaktan çıkacağına ilişkin geleneksel içtihatı aykırılık teşkil etmektedir.⁴⁵

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Google Spain SL v. M.C.G Kararı⁴⁶, unutulma hakkının uluslararası belgelerde düzenlenmesi, bir terim olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yer alması ve Amerika Birleşik Devletleri'nde önemi giderek artan bir konu haline gelmesine dayanak teşkil etmesi bakımından son derece önemli bir karardır.

Söz konusu Karar, başvuru Mario Costeja Gonzalez'in, adını Google arama motorunda arattığında bir gazetede kendisine ait borçları ödeyebilmek için sahip olduğu malları satmasına dair haberin yer aldığı linklerin yayından kaldırılması ta-

⁴² AİHS Madde 8, <https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf> 08.09.2023

⁴³ Cecile de Terwangne, "Internet Privacy and the Right to Be Forgotten/Right to Oblivion" (2012) 1 (13) Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC 111.

⁴⁴ John Schwartz, "Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent" (2019) The New York Times <http://en.wikipedia.org/wiki/Walter_Sedlmayr> 11.09.2023

⁴⁵ McNealy n (9) 120

⁴⁶ Judgement of the Court (Grand Chamber), Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez (2014) Document 62012CJ0131 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>> 13.09.2023



lebine ilişkindir. Başvurucu, haber konusu olayın üzerinden uzun zaman geçmesi ve artık güncelliğinin ve öneminin kalmaması gerekçesiyle ilgili linklerin yayından kaldırılma talebinin haberin yayınlandığı gazete tarafından reddedilmesi üzerine, İspanyol Veri Koruma Kurumu’na başvuruda bulunmuş, söz konusu Kurum, Google’ın bahsi geçen haber linklerini kaldırmasına karar vermiş;⁴⁷ bunun üzerine Google (İspanya) bu Kararı İspanyol Yüksek Mahkemesi’ne taşımıştır.⁴⁸ Yüksek Mahkeme kişisel verilerin korunmasına dair 95/46/EC sayılı AB Veri Koruma Direktif doğrultusunda davaya konu olan olaya ilişkin görüş almak için ön karar usulüyle (preliminary ruling) Avrupa Birliği Adalet Divanı’na müracaat etmiştir.⁴⁹

Avrupa Birliği Adalet Divanı değerlendirmesini yaparken özel hayata saygı hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı ile ifade özgürlüğü bağlamında internet kullanıcılarının bilgi edinme/bilgiye ulaşma hakkı arasında denge gözetmeye çalışmıştır. Bu doğrultuda, dava konusu bilginin başvuruçunun özel hayatındaki önemi ve etkisi ile internet kullanıcılarının bu bilgiye ulaşmada bir menfaatlerinin olup olmayacağını ayrı ayrı ele alınması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı’na göre, kişisel veriler en başta hukuka uygun olarak işlenseler bile, belli bir süre geçtikten sonra bu verilere ilişkin bir ihtiyaç veya menfaat kalmamasına rağmen verilerin hala var olması AB Veri Koruma Direktifi ile bağdaşmamaktadır.⁵¹ Bu doğrultuda, Adalet Divanı, “Direktif’in 12/b maddesi uyarınca, üçüncü kişi tarafından hukuka uygun bir şekilde yayınlanan doğru bilginin Direktif’in kişisel verilere ilişkin ilkeleri içeren 6. maddesiyle uyumlu olmadığı, zira işleme amacının artık aşırı, yetersiz, ilgisiz ve ölçüsüz hale geldiği”⁵² nin altını çizerek; “Haberlerin ilk yayınlanması üzerinden 16 sene geçtiği, haberlerin kişinin özel yaşamında yarattığı hassasiyet göz önüne alındığında, kişinin artık ortaya çıkan sonuçlarla adının ilişkilendirilmemesini talep etme hakkı bulunduğu”⁵³ değerlendirmesinde bulunmuş, “haberde yer alan bilgiler yönünden kamuoyunun bilgi alma hakkını üstün kılacak bir durum olmadığını”⁵⁴ belirterek, dava konusu kişisel verilerin 95/46/EC sayılı AB Veri Koruma Direktifi’nin 12/b ve 14/1(a) maddeleri gereğince arama sonuç listelerinden kaldırılması gerektiği görüşüne varmıştır.⁵⁵

Söz konusu karar özel hayata saygı hakkı ile ilişkilendirerek de olsa unutulma hakkına ilk kez açıkça yer vermesi, bu hakkın hangi şartlarda kullanılabileceğini

⁴⁷ Google Spain SL v. M.C.G, Parag. 16-17

⁴⁸ Google Spain SL v. M.C.G, Parag. 18.

⁴⁹ Google Spain SL v. M.C.G, Parag. 20.

⁵⁰ Google Spain SL v. M.C.G, Parag. 59, 81

⁵¹ Google Spain SL v. M.C.G, Parag. 92, 93

⁵² Google Spain SL v. M.C.G, Parag. 94

⁵³ Google Spain SL v. M.C.G, Parag. 98

⁵⁴ Google Spain SL v. M.C.G, Parag. 97

⁵⁵ Google Spain SL v. M.C.G, Parag. 99

ortaya koyması ve günümüzde en çok başvuru alan arama motoru olan Google'ın unutulma hakkının gerçekleştirilmesine yönelik silme taleplerini ciddi biçimde ele almasını sağlaması bakımından son derece önemlidir. Nitekim, Google; Google Spain SL v. M.C.G Kararı'nın hemen sonrasında ve 05.28.2014 tarihinden itibaren unutulma hakkı bağlamında kişisel verilerinin kaldırılması yönünde talepler almaya başlamıştır. Halihazırda aldığı talepler beş milyonun üzerinde olup, bu taleplerin % 49.4'ü karşılanabilmiştir.⁵⁶

III. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN UNUTULMA HAKKI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇATIŞMASINA YAKLAŞIMI

Unutulma hakkı AİHM Kararları⁵⁷ nezdinde bir terim olarak ilk defa Fürst-Pfeifer v. Avusturya Kararı⁵⁸'nin muhalefet şerhinde yer almıştır. Karara konu olan olayda, çevrimiçi bir haber sitesinde, mahkemelerde uzmanlığına başvuru alan bir psikiyatist olan Başvurucu Gabriele Fürst- Pfeifer'in ağır psikolojik sorunlar yaşadığından bahseden bir haber yayınlanmıştır. Pfeifer, hakkında çıkan haber nedeniyle gazeteye açtığı dava ile ilgili yerel mahkemelerden lehinde bir karar çıkmaması üzerine, AİHM'nin 8. maddesi kapsamında itibarının ve özel hayata saygı hakkının Taraf devletçe ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur; ancak Yüksek Mahkeme bir hak ihlali görmemiştir.⁵⁹ Bununla birlikte söz konusu Karar'ın muhalefet şerhinde; medyanın giderek artan imkanlara ulaşmasıyla kişilerin özel hayatlarına müdahale etmesinin, mahkemelerin uzun süreden beri bilinen "yalnız bırakılma hakkı" (to be let alone)⁶⁰ ya da daha yakın zamanlarda ortaya çıkan "unutulma hakkı" gibi kavramları geliştirmesine neden olduğu ifade edilmiş, mevcut yargılamada bunun tam aksine, kişinin mahrem deneyimlerinin kamuoyuyla paylaşılmasına izin verilmemesinin basın özgürlüğünün ihlali olarak kabul edilmesi eleştirilmiştir.⁶¹

Unutulma hakkının özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğü bağlamında ele alındığı ve AİHM'nin çatışan haklar ilkelerine atıfla değerlendirildiği Fuchsmann v. Almanya Kararı⁶²'nde, altın kaçakçılığı, zimmete para geçirme ve organize suçla karıştığı iddiasıyla hakkında soruşturma açılan başvuru alan Fuchsmann, bu iddiaların basılı ve aynı zamanda çevrimiçi olarak yayınlanmasının itibarını ve kişilik

⁵⁶ Google, "Transparency Report" <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>> 19.09.2023

⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları için bkz. <<https://hudoc.echr.coe.int>> 21.09.2023

⁵⁸ Fürst- Pfeifer v. Austria, Başvuru No. 33677/10, 52340/10, 17.05.2016

⁵⁹ Fürst- Pfeifer v. Austria, Başvuru No. 33677/10, 52340/10, parag. 49

⁶⁰ J. Braxton Craven, "Personhood: The Right To Be Let Alone" (1976) 1976 (4) Duke Law Journal 702

⁶¹ Fürst- Pfeifer v. Austria, B.N.: 33677/10, 52340/10, "Joint Dissenting Opinion of Judges Wojtyczek and Küris", parag. 7

⁶² Fuchsmann v. Germany, Başvuru No. 71233/13



hakkını ihlal ettiğini iddia ederek ve Google İspanya SL v. M.C.G Kararı'na atıfta bulunarak, unutulma hakkına ilişkin gerekçenin mevcut davada dikkate alınması talebinde bulunmuştur.⁶³ AİHM, söz konusu iddiayı AİHS'nin özel hayata saygı hakkı kapsamında inceleyerek, ilgili habere ilişkin gazetenin basın özgürlüğü ve dolayısıyla ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı hakkı arasında bir denge kurmaya çalışmıştır.⁶⁴ Yüksek Mahkeme, davaya konu olan haberlerin aradan uzun bir süre geçmiş olmakla birlikte, kamuoyunu ilgilendirdiğini ve kamu yararına katkı sağlamaya devam ettiğini⁶⁵, başvurunun ülkenin en prestijli şirketlerinden birinin yöneticisi olup, konumu itibarıyla kamuya mal olmuş bir kişi olarak kamunun ilgisini haiz olduğunu⁶⁶ belirtmiştir. Bu doğrultuda, Petrenco v. Moldova Kararı⁶⁷'na atıfta bulunarak, özel kişilerle, siyasi veya kamuya mal olmuş kişiler arasında bir ayırım yapılması gerektiğini, buna göre kamuoyu tarafından tanınmayan özel kişilerin özel hayata saygı hakkının korunmasını talep edebilmesi karşısında, aynı şeyin kamuya mal olmuş kişiler için geçerli olmadığını⁶⁸, temyiz mahkemesinin yarışan haklar arasında makul bir denge gözeterek ve kendisine verilen takdir yetkisi doğrultusunda değerlendirmede bulunduğuun altını çizerek⁶⁹ ihlal bulunmadığına karar vermiştir.⁷⁰

AİHM'nin 2018 tarihli M.L. and W.W. v. Almanya Kararı⁷¹ unutulma hakkının konu olarak ele alındığı ilk karar olması açısından önem taşımaktadır. Tanınmış bir oyuncu olan W.S'yi öldürdükleri için 1993 yılında ömür boyu hapis cezasına çarptırılan başvurucular, sırasıyla 2007 ve 2008 yıllarında şartlı olarak tahliye edilmişlerdir.⁷² “Deutschlandradio” radyosunun 2000 yılında, ünlü oyuncu W.S'nin 10 yıl önce öldürüldüğü başlığıyla yayınlamış olduğu bir haber, başvurucuların isimleri ve mahkumiyetlerine dair ayrıntılı bilgilere yer vermiş ve söz konusu haber 2007 yılına kadar ilgili radyo kuruluşunun internet sitesinde kalmıştır.⁷³ Ayrıca “Der Spiegel” Dergisi'nin internet sitesinde 1991-1993 yılları arasında, “Mannheimer Morgen” Gazetesi'nin internet sitesinde de 2001 yılında oyuncunun öldürülmesine ilişkin haberler yayınlanmış ve bu haberler de 2007 yılına kadar erişilebilir olarak kalmıştır.⁷⁴ Başvurucular, haberlerin anonim hale getirilmesi

⁶³ Fuchsmann v. Germany, Başvuru No. 71233/13, parag. 27

⁶⁴ Fuchsmann v. Germany, Başvuru No. 71233/13, parag. 32

⁶⁵ Fuchsmann v. Germany, Başvuru No. 71233/13, parag. 37-39

⁶⁶ Fuchsmann v. Germany, Başvuru No. 71233/13, parag. 41

⁶⁷ Petrenco v. Moldova, Başvuru No. 20928/05, parag. 55

⁶⁸ Fuchsmann v. Germany, Başvuru No. 71233/13, parag. 40

⁶⁹ Fuchsmann v. Germany, Başvuru No. 71233/13, parag. 54

⁷⁰ Fuchsmann v. Germany, Başvuru No. 71233/13, parag. 55

⁷¹ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, 28.09.2018

⁷² M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag. 7,9

⁷³ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag.10,11

⁷⁴ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag. 28, 40

talebiyle yargılama sürecini başlatmışlar; ancak son olarak Alman Federal Mahkemesi'nin de taleplerini reddetmesi üzerine,⁷⁵ söz konusu haberlerde isimlerinin ve mahkumiyetlerine ilişkin bilgilerin açıkça belirtilmesinden dolayı özel hayata saygı haklarının ihlal edildiği iddiasıyla AIHM'ne başvurmuşlardır. Başvurucular bir televizyon programı belli bir süre sonra unutulurken, internette yer alan bilgilerin belli bir süre sonra unutulmamasının, özel hayata saygı hakkının kalıcı ihlali anlamına geldiğini ifade etmişlerdir.⁷⁶ AIHM somut olayda AIHS'in 8. maddesi gereğince başvurucuların özel hayatlarına saygı gösterme hakkı ile Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca radyo kuruluşları ve yayıncıların ifade özgürlüğü ile kamuoyunun bilgi alma özgürlüğü arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirttikten sonra⁷⁷ rekabet halindeki hakların dengelenmesi bağlamında bir dizi kriter belirlemiştir. Söz konusu kriterler, "yayın içeriğinin kamu yararına olan bir tartışmaya katkısı, ilgili kişinin tanınma derecesi, haber içeriğinin konusu, ilgili kişinin daha önceki davranışları, yayının içerik, biçim ve sonuçları ve ayrıca fotoğrafların çekildiği koşullar" olarak sıralanmıştır.⁷⁸ Haber içeriğinin kamu yararını ilgilendiren bir tartışma olup olmadığı konusunda Mahkeme, kurbanın tanınan bir kişi olmasının suçun gerçekleştiği ve ceza davasının görüldüğü sırada kamuoyunda büyük ilgi uyandırdığının, özellikle ciddi ve ses getiren adli olaylar söz konusu olduğunda kamuoyunun bilgi sahibi olmasında kamu yararı bulunduğunun⁷⁹ altını çizmiştir. Mahkeme'ye göre kamuoyunun bir haber veya içeriğe dair ilgisi, yalnızca o içerik yayımlandığı tarihte sınırlı olmayıp, geçmişe yönelik de olabilmektedir. Basının görevi, ilgililerin ulaşabilmesi için arşivlerde saklanan eski haberleri erişime açık hale getirerek demokratik fikirlerin şekillenmesine katkıda bulunmaktadır.⁸⁰ Bu doğrultuda Mahkeme, kamuoyunun internet arşivlerine erişimindeki meşru menfaatinin Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında korunduğunu, kamuoyunun söz konusu bilgilere erişiminin sınırlanabilmesi için önemli bir gerekçe bulunması gerektiğini belirtmiştir.⁸¹ Başvurucuların tanınma derecesine ilişkin olarak, kendilerinin dava görülmeden önce tanınmadıklarını, davanın niteliği ve koşulları nedeniyle kamuoyunun büyük ilgisini çeken yargılama sonunda belirli bir ün kazandıklarını, dolayısıyla haklarında çıkan haberlerin anonimleştirilmesi talebinde buldukları esnada da tanınan bireyler oldukları değerlendirmesinde bulunmuş-

⁷⁵ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No: 60798/10 ve 65599/10, parag 27

⁷⁶ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No: 60798/10 ve 65599/10, parag. 69

⁷⁷ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No: 60798/10 ve 65599/10, parag. 89

⁷⁸ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No: 60798/10 ve 65599/10, parag. 95

Mahkeme, söz konusu kriterleri daha önce Axel Springer AG. v. Almanya Kararı'nda uygulamıştır. Bu yönde bkz. Axel Springer AG. v. Germany, Başvuru No. 39954/08, 07.02.2012, parag. 89-95

⁷⁹ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag. 98; bu yönde ayrıca bkz. Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland, Başvuru No. 34124/06, parag. 56; Egeland and Hanseid v. Norway, Başvuru No. 34438/04, parag. 58

⁸⁰ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10, parag. 101

⁸¹ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag. 102



tur.⁸² Mahkeme, yayının konusu, içerik, biçim ve sonuçlarına ilişkin olarak; bu haberlerin başvuru sahiplerinin itibarını zedeleme niyetini yansıtmadığını⁸³, internet portalındaki konumları nedeniyle söz konusu haberlerin başvuru sahipleri ile ilgili bilgi aramayan internet kullanıcılarının dikkatini çekmesinin muhtemel olmadığını, bahsi geçen haberlerin yayımlandığı Der Spiegel Dergisi’ne erişimin ücretli ve Mannheimer Morgen Gazetesi’ne erişimin ise abonelikle sağlanabilmesi nedeniyle haberin yayılma derecesinin sınırlı olduğu, söz konusu haberlere erişimin açık olmasının başvuru sahipleri hakkındaki haberleri yeniden yaymayı amaçladığına ilişkin bir kanıt olarak görülemeyeceğini⁸⁴, ifade etmiştir. Mahkeme, haberde yer alan fotoğraflara ilişkin olarak ise, görüntülerin 1994 yılında, yani başvuru sahiplerinin serbest bırakılmalarından on üç yıl önce alındığı, bunun başvuru sahiplerinin üçüncü şahıslar tarafından tanınma ihtimalini azalttığını belirtmiştir.⁸⁵ Yüksek Mahkeme, bir kişinin itibarına yönelik saldırının ciddi bir düzeye erişerek özel hayata saygı hakkına önemli derecede zarar vermesi halinde AİHM’nin 8. maddenin korumasından yararlanılabileceğini; ancak bir suç işlemek gibi kendi eylemlerinin öngörülebilir bir sonucu olarak itibarın zedelenmesi halinde Sözleşme’nin 8. maddenin korumasından yararlanılamayacağı değerlendirmesinde bulunarak⁸⁶ ihlal kararı vermemiştir.

AİHM’nin unutulma hakkı konusunda önüne gelen bir diğer başvuru, indeksten çıkarma yükümlülüğünün yalnızca arama motorlarına değil, ayrıca “yayıncılara, gazetelere ve basın arşivlerine” de atfedilebileceğine karar verdiği⁸⁷ Biancardi v. İtalya⁸⁸ başvurusudur. Çevirim içi olarak yayınlanan bir gazetenin genel yayın yönetmeni ve aynı zamanda editörü olan başvuru sahibi Biancardi, gazetesinin internet sitesinde üçüncü kişiler aleyhine açılan bir ceza davasına ilişkin ayrıntıların yer aldığı bir makalenin, indeksten çıkartılması⁸⁹ yönündeki resmi talepleri dikkate almayarak, uzunca bir süre indeksten çıkartmadığı ve makalenin arama motorları tarafından bulunamaması için bahsi geçen makaleyi etiketlemediği, dolayısıyla davacıların isimlerinin arama motoruna yazılmasıyla sözü geçen ceza soruşturmasına dair bilgilere kolayca ulaşılabileceğine imkan sağladığı ve bu nedenle davacıların kişisel itibarlarını ve özel hayata saygı haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle

⁸² M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag. 106

⁸³ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag. 111

⁸⁴ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag. 113

⁸⁵ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag. 115

⁸⁶ M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, parag. 88

⁸⁷ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, 25.02.2022, parag. 39

⁸⁸ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, 25.02.2022

⁸⁹ AİHM, indeksten çıkarma “de-indexing”, listeden çıkarma “de-listing” ve referans kaldırma “de-referencing” terimlerinin sıklıkla eş anlamlı kullanıldığını belirttiikten sonra, bu terimlerin kişilerin isimleri esas alınarak arama motorlarında görüntülenen sonuç listesinden çıkarılması anlamına geldiğini belirtmiştir. Bu yönde bkz. Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 54

yerel mahkemelerce sorumlu tutularak, para cezasına çarptırılmıştır. Bunun üzerine Biancardi, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında halkı bilgilendirme hakkı ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne müracaat etmiştir. Yüksek Mahkeme, yerel mahkemelerce yapılan müdahalenin kanunla öngörüldüğü ve meşru bir amaç taşıdığı hususunda bir şüphe olmadığını ifade ettikten sonra⁹⁰ söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilmesine geçmiştir.⁹¹ Mahkeme, mevcut davayı karakterize eden iki temel özellikten bahsetmektedir: "Çevirim içi makalenin internette kaldığı süre ve bunun söz konusu kişinin itibarı üzerindeki etkisi; söz konusu veri öznesinin niteliği (siyasetçi ya da resmi bir sıfatla hareket eden kamu görevlisi olmayıp, özel bir birey olması)."⁹²

Mahkeme, ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkını dengeleme bağlamında gözetilecek kriterler bağlamında unutulma hakkı konusunda daha önceki başvurularında dikkate aldığı kriterleri⁹³ hatırlattıktan sonra, mevcut başvuruda olgusal farklılıklar olduğunu, bu nedenle sözü geçen kriterlerin mevcut davada katı bir şekilde uygulanmasının uygun olmayacağını belirtmiştir.⁹⁴ Bu dava öncekilerden farklı olarak, yayının içeriği ya da içeriğin anonimleştirilerek veya anonimleştirilmeden yayınlanması ile ilgili olmayıp, başvurunun söz konusu yayını indekslenmemesiyle ilgilidir. Başvurucu, makaleyi internetten kaldırmadığı veya anonimleştirmede için değil, uzun bir süre indekslenmemesi için sorumlu tutulmaktadır.⁹⁵ Mahkeme'ye göre bu, başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi tanımlamak ve müdahalenin orantılılığını değerlendirmek adına uygulanabilir kriterleri belirlemek için önemli bir başlangıç noktasıdır.⁹⁶ Mahkeme bu davada "1. makalenin çevirim içi olarak tutulduğu sürenin uzunluğu 2. makaleye konu olan verilerin hassasiyeti 3. başvuru medya kuruluşuna uygulanan yaptırımın ağırlığı" kriterlerine dikkat çekmiştir.⁹⁷ Bu doğrultuda Mahkeme, çevirim içi makalenin uzunca bir süre indekslenmediğini, zaman içinde başvurunun bilgi yayma hakkının azalırken, davacının özel hayatına ve itibarına saygı hakkının arttığını; makaleye konu olan verilerin hassasiyetinin bir ceza soruşturması ile ilgili olmasından kaynaklandığını; başvurucuya uygulanan yaptırımın ceza sorumluluğunu değil, tazminat sorumluluğunu doğurduğunu ve ayrıca

⁹⁰ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 57

⁹¹ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 58

⁹² Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 62

⁹³ Yayın içeriğinin kamu yararına olan bir tartışmaya katkısı, ilgili kişinin kamuoyu tarafından tanınıp tanınmadığı ve haberin konusu, ilgili kişinin daha önceki davranışları, bilginin elde edilme şekli ve doğruluğu, yayının içeriği, biçim ve sonuçları ve uygulanan tedbirin derecesi olarak sayılan bu kriterler, daha önce AİHM'nin Axel Springer AG. v. Almanya Kararı'nda uygulanmıştır. Bu yönde bkz. Axel Springer AG. v. Germany, Başvuru No. 39954/08, 07.02.2012, parag. 89-95

⁹⁴ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 63

⁹⁵ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 59

⁹⁶ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 60

⁹⁷ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 64



sözü geçen çevirim içi makaleyi kalıcı olarak internetten kaldırması ya da adının anonimleştirilmesi gibi bir yükümlülük getirmediğinden başvurucuya uygulanan yaptırımın aşırı olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur.

AİHM, indekten çıkarma sorumluluğunun “yalnızca internet arama motoru sağlayıcılarına değil, aynı zamanda internet üzerinden erişilebilen gazete arşivlerinin yöneticilerine de getirilebileceği”⁹⁸ değerlendirmesi doğrultusunda yerel mahkemelerin, başvurucunun dava konusu çevrimiçi makaleyi uzun süre indekten çıkarmaması nedeniyle davacı V. X’ in itibarına saygı hakkını ihlal ettiğine dair kararını uygun bularak, Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.⁹⁹

Biancardi v. İtalya Kararı’na kadar indekten çıkarma talepleri internet arama motorlarına odaklanırken; Mahkeme, bu kararda indekten çıkarma yükümlülüğün ayrıca “yayıncılara, gazetelere ve basın arşivlerine” de atfedilebileceği değerlendirmesinde bulunmuştur.¹⁰⁰

Biancardi v. İtalya Kararı’nda, AİHM’nin gazetecilerin ve çevrimiçi faaliyet gösteren gazetelerin, talep edildiği takdirde talep konusu olan makaleleri indeksten çıkarmakla yükümlü olduklarını teyit etmesi ve ayrıca; bir yayının indeksten çıkarılması söz konusu olduğunda ifade özgürlüğü ve özel hayata saygı hakkı dengesinde AİHM’nin özellikle davalı kişinin kamuoyu tarafından tanınmaması halinde özel hayata saygı hakkına ağırlık vermesi dikkate alındığında, unutulma hakkının kapsamının genişletildiği anlaşılmaktadır.

AİHM’nin, vergi yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, belli bir süre vergisini ödememiş olan vergi yükümlülerine ait kişisel verilerin zorunlu biçimde yayınlanmasını, özel hayata saygı hakkının ihlali olarak değerlendirdiği unutulma hakkına ilişkin bir diğer başvuru da, L.B v. Macaristan başvurusu olup, Büyük Daire tarafından 9 Mart 2023 tarihinde karara bağlanmıştır.¹⁰¹ Başvuru, vergi yükümlülüklerini yerine getirmeyen başvurucu L.B’nin kişisel verilerinin 2003 tarihli Macaristan Vergi İdaresi Kanunu’nun 55/5. maddesi uyarınca Ulusal Vergi İdaresi’nin web sitesinde ‘önemli vergi borçluları listesi’nde yayınlanmasıyla ilgilidir. Başvurucu L.B, söz konusu yayının Sözleşme’nin 8. maddesi tarafından korunan özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.¹⁰² 2003 tarihli Macaristan Vergi İdaresi Kanunu’nun 55/5. maddesi, ülkenin refahı ve ekonominin şeffaflaştırılması amacıyla vergi borcu 180 günü aşan ve 10 milyon Forinti geçen vergi borçlularının kişisel verilerini de içeren bir “önemli vergi borçluları listesi” yayınlanmasını öngörmektedir. Bu doğrultuda, başvurucunun vergi borçlarının hangi mali yıla ait ol-

⁹⁸ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 51

⁹⁹ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 70-71

¹⁰⁰ Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, parag. 51

¹⁰¹ L.B v. Hungary; Başvuru No. 36345/16, 09. 03. 2023

¹⁰² L.B v. Hungary; Başvuru No. 36345/16, parag. 1

duğu bilgisiyle birlikte kişisel verileri de 2016 yılında Vergi Dairesi web sitesinin arama arayüzü aracılığıyla erişilebilir hale gelmiştir.¹⁰³ Aynı sırada, çevirimiçi bir medya kuruluşu da "vergi borçlularının ulusal haritası" adında etkileşimli bir harita hazırlamış, başvurunun adresi de dahil olmak üzere 3624 vergi borçlusunun adresleri kırmızı bir nokta ile gösterilmiş ve bir kişi noktayı tıkladığında, başvurunun kişisel verileri (adı ve adresi) görünmek suretiyle veriler tüm okuyucular tarafından erişilebilir hale gelmiştir.¹⁰⁴

Başvurucu, Vergi Dairesi'nin vergi borçlarıyla ilgili kararının incelenmesine ilişkin yargı süreci devam ederken gerçekleştiği için kişisel verilerinin listede yayınlanmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürse de, başvurunun davası yerel mahkeme tarafından reddedilmiş; bu karar temyiz mahkemesince onanmıştır.¹⁰⁵ Başvurucu, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuş; söz konusu başvuru, Mahkeme'nin Dördüncü Dairesi'ne havale edilmiş ve değerlendirme sonucunda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.¹⁰⁶ Başvurucu, Sözleşme'nin 43. maddesi uyarınca davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi talebinde bulunmuş ve bu talebi kabul edilmiştir.

Başvurucu L.B, önemli vergi borçluları listesinde adının yer almasının utanç verici olduğunu, itibarına yönelik saldırının ciddi düzeye ulaşarak özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini, "listeleme"nin başlıbaşına olumsuz çağrışım yapan bir terim olduğunu, buna ek olarak listenin "en büyük vergi borçluları"na ilişkin olmasının damgalama niteliğinde olduğu ve haysiyetini ciddi biçimde zedeleme potansiyeline sahip olduğunu belirterek, Büyük Daire'yi, Sözleşme'nin 8. maddesinin mevcut davanın koşullarında uygulanabilir olduğunu tespit etmeye davet etmiştir.¹⁰⁷ Başvurucu ayrıca, unutulma hakkına dayanarak, Vergi Dairesi'nin sorumluluğunun, kişisel verilerinin daha sonra "vergi borçlularının ulusal haritası" adıyla bir çevirimiçi gazete tarafından yayımlanması ile birlikte değerlendirmesi talebinde bulursa da¹⁰⁸ Büyük Daire, başvurunun şikayetine ilişkin incelemesini, başvurunun kişisel verilerinin 2003 tarihli Vergi İdaresi Kanunu'nun 55/5. maddesi uyarınca büyük vergi borçluları listesinde yayımlanmasıyla sınırlandırmış ve itibar kaybı iddiasını esasa bağlamıştır. Bununla birlikte, arama arayüzü ile ilgili yeni şikayetini dikkate almayarak incelememiştir.

Büyük Daire, işlenen verilerin kamusal nitelikte olmasının, bu tür verileri 8. madde kapsamındaki özel hayata saygı hakkının korunmasına yönelik güvencele-

¹⁰³ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 29

¹⁰⁴ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 27

¹⁰⁵ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 35, 37

¹⁰⁶ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 5

¹⁰⁷ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 61

¹⁰⁸ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 74



rin dışında bırakmadığını, başvurusunun kişisel verilerinin yayınlanmasıyla, onun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale edilmiş olabileceğini ifade etmiştir. Bu tür bir müdahalenin, Sözleşme'nin 8/2. maddesi gereğince yasayla öngörülmediği, burada sıralanan meşru amaçlardan bir veya daha fazlasını gözeterek ve demokratik bir hukuk düzeninde gerekli olarak gerçekleştirilemediği sürece, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal edeceğinin altını çizmiştir.¹⁰⁹ Yasaya uygunluk açısından taraflar, önemli vergi borçluları listesinin yayımlanmasının ulusal hukukta yasal bir dayanağı (2003 Macaristan Vergi İdaresi Kanunu'nun 55/5. maddesinde) olduğuna itiraz etmemiştir. Mahkeme de şikayet edilen müdahalenin Sözleşme'nin 8/2. maddesi bağlamında yasaya uygun olduğunu sorgulamak için bir neden görmemiştir.¹¹⁰ Mahkeme, mevcut davada vergi borçlularının kişisel verilerinin yayınlanması konusunda Hükümet tarafından ileri sürülen ve yayının caydırıcılık yoluyla vergi ödeme disipliniyi iyileştirmeyi amaçladığı ve ülkenin ekonomik refahına katkıda bulunduğu, ayrıca eşit yük paylaşımını sağlamak suretiyle başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasına da hizmet ettiği görüşüne paralel olarak, söz konusu müdahalenin Sözleşme'nin 8/2. maddesi amaçları doğrultusunda meşru amaçlar güttüğü sonucuna varmıştır.¹¹¹ Söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına ilişkin olarak ise; Mahkeme, müdahale acil bir toplumsal ihtiyaca cevap veriyorsa ve özellikle ulusal makamların müdahaleyi gerçekleştirmek için ileri sürdükleri gerekçeler “ilgili ve yeterli” ise ve meşru bir amaca ulaşılması için orantılıysa “demokratik bir toplumda gerekli” olarak kabul edileceğini belirtmiştir.

Mahkeme, kişisel verilerin korunmasının, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının kullanılması için temel öneme sahip olduğunu belirttikten sonra,¹¹² kişisel verilerin esas amacından uzaklaşarak ifşa edilmesine ve kullanılmasına izin veren geniş yetkinin, başvurusunun özel hayata saygı hakkına orantısız bir müdahale oluşturduğuna dair verdiği kararları hatırlatmıştır.¹¹³

Mahkeme, Macaristan Vergi Dairesi'nin vergi mükelleflerinin kişisel verilerinin yayınlanmasının gerekli olup olmadığını inceleme konusunda iç hukuk uyarınca takdir yetkisine sahip olmadığını kaydetmiştir. Zira, ilgili Kanun'un 55/5. maddesindeki nesnel kriterleri karşılayan tüm vergi borçlularının kişisel verileri borcun kapatılması veya artık icra edilemez hale gelmesine kadar Vergi Dairesi websitesinde yayınlanmıştır. Mahkeme, esas meselenin yasama organının böyle bir tedbiri kabul etme ve menfaatler arasındaki dengeyi sağlama konusunda ken-

¹⁰⁹ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 104-106

¹¹⁰ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 107

¹¹¹ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 110,114

¹¹² L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 122

¹¹³ Karabeyoğlu v. Turkey, Başvuru No. 30083/10, 7 June 2016, parag. 118; Surikov v. Ukraine, Başvuru No. 42788/06, 26 January 2017, parag. 89

disine tanınan takdir yetkisi dahilinde hareket edip etmediği olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁴ Mahkeme'ye göre, yetkili ulusal makamlara tanınan takdir yetkisi sınırsız olmayıp, Yüksek Mahkeme'nin denetimine tabiidir. Zira, bir bireyin varlığının, kimliğinin, temel bir hakkının önemli bir tehlikeye maruz kalması halinde bu takdir yetkisi sınırlanabilecektir.¹¹⁵

Mahkeme, hükümet tarafından dile getirildiği üzere, yasama organının sözü geçen 55/5. maddede belirtilen listedeki tüm kriterlerin, özellikle de vergi borçlusunun ev adresinin yayınlanmasının caydırıcı bir etki elde etmek için ne ölçüde gerekli olduğunun anlaşamadığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, 55/5. maddedeki düzenlemenin mahremiyet hakkı üzerindeki etkisinin ve özellikle vergi borçlusunun ev adresinin kamunun diğer üyeleri tarafından kötüye kullanılması riskinin dikkate alındığına dair hiçbir kanıt bulunmadığının da altını çizmiştir.¹¹⁶ Mahkeme, Vergi Dairesinin web sitesinde kişisel verilerin yayınlanmasıyla, bilgilere erişim sağlama amacı ne olursa olsun, dünyanın her yerinden internete erişimi olan herhangi birinin, her bir vergi borçlusunun adı ve ev adresi hakkındaki bilgilere sınırsız erişim sağlayabileceğini ve ayrıca kişisel verilerin yeniden yayımlanma riskinin de mevcut olduğunu hatırlatmıştır.¹¹⁷

Mahkeme, ülkenin ekonomik refahına ulaşmak için kişisel verilerin toplanmasının ve özellikle vergi borçlusunun ev adresi gibi önemli bilgilerin yayınlanmasının ne ölçüde gerekli olduğunun yasama organı tarafından yeterince dikkate alınmadığının anlaşıldığını, diğer bir ifadeyle, davalı taraf devletin yasama organının, rekabet halindeki bireysel ve kamusal menfaatler arasında adil bir denge kuramadığını ve ayrıca verilerin yayınlanmasının dayanağı olan söz konusu 55/5. maddenin gerekçesinin, şikayet konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ortaya koymak açısından yeterli olmadığını belirterek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.¹¹⁸

Unutulma hakkı konusunda AİHM'nin önüne gelen bir diğer başvuru da, Hurbain v. Belçika başvurusu olup, 4 Temmuz 2023'te Büyük Daire tarafından karara bağlanmıştır.¹¹⁹ Belçika'nın önde gelen Le Soir Gazetesi'nin 1994 yılında yayınladığı bir haberde, kimliği de açıklanan G. adlı kişinin iki kişinin ölümü ve üç kişinin de yaralanmasına sebep olduğu bir trafik kazasına yer verilmiştir. G. isimli kişi 2000 yılında olayla ilgili hüküm giymiş ve cezasını çekmiş, 2006 yılında rehabilite edilmiş¹²⁰ olmasına rağmen, ismini arama motoruna yazdığında söz

¹¹⁴ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 129-130

¹¹⁵ L. L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 115, 118

¹¹⁶ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 133-134

¹¹⁷ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 135

¹¹⁸ L.B v. Hungary, Başvuru No. 36345/16, parag. 136-140

¹¹⁹ Hurbain v. Belgium, No. 57292/16, 04.07. 2023

¹²⁰ Suçuların rehabilitasyonu "rehabilitasyon ya da iyileştirme suçlunun 'insan' oluşuna yapılan



konusu haberin 2008 yılında hala sonuçlar listesinde görüldüğünü, bu haberin elektronik arşivlerden çıkarılması veya en azından unutulma hakkı kapsamında anonim hale getirilmesi talebiyle dava açmıştır.¹²¹ İlk derece mahkemesi G. lehine karar vererek, G.’nin adının X harfiyle değiştirilip söz konusu haberin elektronik (çevirimiçi) arşivinin anonimleştirmesini emretmiş; temyiz mahkemesi de bu kararı onamış; bunun üzerine Le Soir Gazetesi’nin sahibi ve aynı zamanda haberin yapıldığı tarihte baş editör olan Patrick Hurbain, AİHS’nin 10. maddesi kapsamında kamuya bilgi iletme hakkı ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM’ne başvurmuştur. Mahkeme, bu başvuruyu da, ifade özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkını dengeleme bağlamında belirlediği kriterler ışığında değerlendirmiş ve bir kez daha kriterleri “yayın içeriğinin kamu yararına olan bir tartışmaya katkısı, ilgili kişinin kamuoyu tarafından tanınıp tanınmadığı ve haberin konusu, ilgili kişinin daha önceki davranışları, bilginin elde edilme şekli ve doğruluğu, yayının içeriği, biçim ve sonuçları ve uygulanan tedbirin derecesi” şeklinde sıralamıştır.¹²² Mahkeme, yayın içeriğinin kamu yararına olan bir tartışmaya katkısı ile ilgili olarak, yerel mahkemelerin söz konusu haberin çevirimiçi olarak yayınlanmasının herhangi bir haber değeri olmadığı yönündeki görüşünü, olay üzerinden yirmi yıl geçtikten sonra artık tanınmayan bir kişinin kimliğinin anılmasının kamu yararına ilişkin bir tartışmaya bir katkısı olmadığı gerekçesiyle isabetli bulmuştur.¹²³ İlgili kişinin kamuoyu tarafından tanınıp tanınmadığı ve içeriğin konusuna ilişkin olarak Mahkeme, geçmişte hüküm giymiş bir kişinin belli bir süre geçtikten sonra toplumla yeniden bütünleşebilmesi amacıyla, geçmişe ait eylemleriyle yüzleştirilmemesinde menfaati bulunduğunu, bir suçun işlenmesine ilişkin bir haberin elektronik olarak arşivlenmesinin, bu kişi için bir tür “sanal sabıka kaydı”na dönüşmemesi gerektiğini belirtmiştir.¹²⁴ Mahkeme’ye göre, bir suç işledikten sonra ve yargılama devam ederken, o ana kadar hiç tanınmayan bir kişi belli bir derecede tanınırlık kazansa bile, zaman içinde bu etkisini kaybedecek, unutulma hakkı; bir kişinin kamuoyu tarafından bilinmediği haline geri dönmesini sağlayacaktır.¹²⁵ G., adının anonimleştirilmesi talebinde bulunduğu tarihte, kamuoyu tarafından tanınmayan, kamu görevlisi olmayan bir özel kişidir ve söz konusu

özel bir vurgu olup, suçlunun, onu suça iten nedenlerden tekrar topluma kazandırılmasına kadar olan tüm sürecin özenle takip edilip sadece tecrit işlevi gören bir hürriyeti bağlayıcı ceza yerine suçun önlenmesi, kontrolü ve tedavisinin esas alındığı bir yöntemin benimsenmesi” olarak tanımlanmaktadır. Bu yönde bkz. Yasemin Işıktaç, “Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi” (2013) LXXI (1) İÜHF 630

¹²¹ Hurbain v. Belgium, No. 57292/16, 22 Ocak 2021, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210884>> parag. 4-7

¹²² Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, <<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210884>> parag. 94

¹²³ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 106

¹²⁴ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 109

¹²⁵ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 110

haber dışında herhangi bir basın organında da yer almamıştır.¹²⁶ Mahkeme söz konusu haberin içeriğiyle ilgili olarak, 1994 yılında arka arkaya birkaç gün boyunca meydana gelen trafik kazalarının ele alındığını, G. nin neden olduğu kazanın da bunlardan biri olduğunu belirttiikten sonra, haberin biçimine ilişkin olarak internet üzerindeki içeriğin, insan hak ve özgürlüklerinin, özellikle de özel hayata saygı hakkının kullanılmasına verdiği zarar riskinin, basılı yayınlardan daha yüksek olduğunu ifade etmiştir.¹²⁷ Mahkeme'ye göre, medya kuruluşlarına yapılan unutulma hakkına ilişkin talepler, arama motorlarına yapılandırılmış sonuçlanabilecektir. Zira genel olarak, unutulma hakkına dair talepler medya kuruluşlarına yöneltildiğinde, bu talepler AİHS 10. maddesi kapsamında basın ve ifade özgürlüğünü etkileyebilecek iken, arama motorlarına ilişkin olduklarında, AİHS 8. maddesi, yani özel hayata saygı ilkesi kapsamında kişisel verilerin korunması ve unutulma hakkı açısından etki doğuracaktır. Mahkeme, M.L. ve W.W. v. Almanya Başvurusu'ndan farklı olarak, G'nin talebi sırasında ve yerel yargılamalar boyunca, Le Soir gazetesinin arşivlerine erişimin "sınırsız ve ücretsiz" olduğunun altını çizmiştir.¹²⁸ Mahkeme'ye göre, G'nin özel hayatına saygı hakkına ilk müdahale, başvurusunun bu bilgiyi kamuoyunun dikkatini çekme niyeti olmasa bile kendi internet sitesinde yayınlama ve arşivlemesiyle gerçekleşmiştir.¹²⁹ Bu durum, G. tarafından işlenen suçların ve halihazırda çekmiş olduğu cezanın damgalayıcı etkisinin süresiz olarak devam etmesine neden olmaktadır. Mahkeme, başvurusunun ifade özgürlüğüne orantısız bir şekilde müdahale edilmediğinden söz ederken, Temyiz Mahkemesi'nin kararına atıf yapmaktadır. Bu doğrultuda, başvurusunun ifade özgürlüğüne orantısız bir şekilde müdahale etmeden G'nin özel yaşamını korumanın en etkili yolunun, Le Soir Gazetesi'nin internet sitesinde yer alan söz konusu haberi, tamamıyla arşivlerden kaldırmak yerine, G'nin adı ve soyadını X harfiyle değiştirmek suretiyle haberin elektronik versiyonunun anonim hale getirilmesi olduğunun altını çizmektedir.¹³⁰ Ayrıca alınan tedbirin izlenen meşru amaçla orantılı olduğu ve bu şekilde rekabet halindeki söz konusu haklar arasında adil bir denge kurulduğunun kabul edilebileceğini belirterek, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹³¹ Karar sonrasında Hurbain, başvurusunun AİHM Büyük Dairesi tarafından incelenmesini talep etmiş ve Büyük Daire bu başvuruyu değerlendirmeyi kabul etmiştir.

¹²⁶ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 111

¹²⁷ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 115. Bu yönde ayrıca bkz., Editorial Board of Pravoye Delo and Shtetel v. Ukraine, Başvuru No. 33014/05, parag. 63; Węgrzynowski and Smolczewski, parag. 58; Delfi As v. Estonia, No. 64569/09, parag. 133; M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10, parag. 91

¹²⁸ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 118

¹²⁹ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 120

¹³⁰ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 128

¹³¹ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 132-133



Büyük Daire¹³², yerel mahkemelerin söz konusu haberin çevirimiçi olarak yayınlanmasının herhangi bir haber değeri olmadığı yönündeki görüşünü, olay üzerinden yirmi yıl geçtikten sonra artık tanınmayan G'nin kimliğinin anılmasının kamu yararına ilişkin bir tartışmaya bir katkısı olmadığı gerekçesiyle tutarlı bulmuştur.¹³³ Büyük Daire, yerel mahkemelerin, haberin yayınlanmasından itibaren geçen sürenin uzunluğu göz önüne alındığında, “sanal bir sabika kaydı” oluşturmaya yatkın olan sınırsız erişime sahip haberin sürekli çevirimiçi olmasının bir sonucu olarak G'nin ciddi zarara uğramasının önemine vurgu yaptıklarını belirtmiş ve söz konusu hakları dengelemek için alınabilecek önlemleri gözden geçirerek, haberin anonimleştirilmesinin başvurana aşırı ve uygulanamaz bir yük getirmediğine ve G'nin mahremiyetini korumanın en etkili yolunu oluşturduğuna karar verdiklerini yeniden hatırlatmıştır.¹³⁴ Büyük Daire, bunlar ışığında ve devletlerin takdir yetisini de dikkate alarak yerel mahkemelerin rekabet halindeki hakları Sözleşme'nin gereklerine uygun olarak, dikkatli bir biçimde dengeledikleri sonucuna varmıştır.¹³⁵

Büyük Daire, Le Soir gazetesinin internet sitesinde yer alan haberin elektronik versiyonunun anonimleştirilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan hakka yapılan müdahalenin, davanın koşullarında, demokratik topluma aykırı olmadığı ve öngörülen amaca ulaşmak için gerekli ölçüde olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, bu nedenle, yerel mahkemelerin hakların dengelenmesine ilişkin yaklaşımını dikkate almamak için güçlü nedenler görmediğini belirterek,¹³⁶ AİHM 3. Dairesi tarafından verilen 22 Haziran 2021 tarihli hak ihlali olmadığına dair kararı onamıştır.¹³⁷

Söz konusu Karar, özellikle medya arşivleri bağlamında, unutulma hakkının uygulanmasına ilişkin önemli bir karardır. Karar, eski suçluların rehabilitasyonu ve bu bağlamda unutulma hakkının önemine dair güçlü ifadeler içermekte, bir zamanlar kamuya açık olan ancak zaman geçtikçe özel muamelesi gören “eski mahkumiyetler” gibi konularla ilgili olarak AİHS'nin 8. maddesi kapsamında “unutulma hakkı”ndan yararlanılabileceğini teyit etmesi açısından önem taşımaktadır.

IV. AMERİKAN YARGI SİSTEMİNİN UNUTULMA HAKKI VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ÇATIŞMASINA YAKLAŞIMI

Daha önce de ifade edildiği üzere, unutulma hakkı ve ifade özgürlüğü arasında nasıl bir denge kurulacağı yönünde Avrupa'da ve Amerika Birleşik Devletleri'nde

¹³² Buradan itibaren söz konusu Karar için bkz. Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, 04.07.2023; <<https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-225814>> 25.09.2023

¹³³ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 255

¹³⁴ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 255

¹³⁵ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16 parag. 256

¹³⁶ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 256

¹³⁷ Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, parag. 257

önemli farklılıklar söz konusudur. Esasında bu temel anlayış farkının ortaya konulması bakımından 1787 tarihli Amerikan Anayasası'na 1791'de eklenen Ek 1. maddeye (First Amendment) bakmakta fayda bulunmaktadır. Söz konusu madde, kongrenin düşüncüyü açıklama özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, halkın barışçıl şekilde toplanma ve sorunlarını hükümete dilekçe yoluyla iletme hakkını ihlal eden kanunlar yapamayacağı hükme bağlanmıştır.¹³⁸ İfade ve basın özgürlüğünü sınırlamayı esas olarak yasaklayan söz konusu düzenleme doğrultusunda Amerikan Federal Yüksek Mahkeme yargıçları, "fikirlerin serbest piyasası kuramı" anlayışı çerçevesinde, gerçeğe yalnızca düşüncelerin özgürce ifade edilebildiği ve birbirleriyle rekabet edebildiği bir ortamda ulaşılabileceği¹³⁹, genel geçer olarak kabul görse bile bazı fikirlerin zaman içinde yerini başka doğrulara bırakabileceği; dolayısıyla doğrunun bulunması yolundaki çabalara müdahale edilmemesi¹⁴⁰ yorumlarında bulunmuşlardır. Daha önce de ifade edildiği üzere, unutulma hakkı, özel hayatın gizliliğine saygı, kişisel verilerin korunması gibi haklarla ilişkili olup; onur, saygınlık, mahremiyet gibi kişilik hakkı değerleriyle açıklanmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde genel eğilimin, ifade özgürlüğüne, kişilerin özel yaşamlarına saygı hakkı karşısında üstünlük tanındığı yönünde olduğu ileri sürülebilir.¹⁴¹ Amerikan yargı sisteminde bir kimseye ait özel bigilerin bir kez kamuoyuyla paylaşıldıktan sonra mahremiyet ve özel hayata saygı hakkının konusu olmaktan çıkacağına ilişkin geleneksel içtihat doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme, özel hayata ilişkin bilgilerin ifşasını çoğunlukla haber değeri olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı olarak kabul etmemektedir. Bununla birlikte, özel hayata ilişkin bilgilerin kamu yararı ya da haber değeri olmaksızın telafisi olmayan, saldırgan biçimde ifşa edilmesini bazı hallerde "haksız fiil" olarak kabul etmektedir.¹⁴² Tıbbi verilerin gizliliği gibi istisnai durumların ötesinde mahkemeler, özel hayatın korunması alanına, yayınlanmış ve doğru olan bilgileri de dahil etme konusunda isteksizdirler. Örneğin; *Sipple v. Chronicle Publishing Co. Davası*¹⁴³, Amerikan mahkemelerinin mahremiyet karşısında ifade özgürlüğüne üstünlük tanıdığı örneklerden biridir. Sara Jane Moore, 1975'te ABD Başkanı Gerald Ford'a suikast düzenlemeye çalıştığında, bu girişim Oliver Sipple adındaki eski bir deniz piyade astsubayı tarafından engellenmiştir. Bu suikast girişimi, San Fransisco Gazetesi'nde Sipple'a yönelik "eşcinsel kahraman" başlığıyla haber yapıldıktan sonra Sipple,

¹³⁸ The Constitution of the United States of America, <https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US_Constitution-Senate_Publication_103-21.pdf> 27.09.2023

¹³⁹ *Adams v. US*, 250 US 616, 630, 631 (1919)

¹⁴⁰ *Dennis v. US*, 341 US, 494, 550 (1951)

¹⁴¹ Lyndsay Cook, "The Right to Be Forgotten: A Step In The Right Direction for Cyberspace Law and Policy" (2015) 6 (1) *Journal of Law, Technology & the Internet* 129

¹⁴² Amy Gajda, "Privacy, Press, and The Right to Be Forgotten in The United States" (2018) 93 (1) *Washington Law Review* 206; Weber n (10) 122

¹⁴³ 201 Cal. Rptr. 665 (Ct. App. 1984)



mahremiyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle San Fransisco yerel mahkemesinde tazminat davası açmış; ancak Mahkeme, eşcinsellerin ürkek, zayıf olduğu yönündeki yanlış kamuoyu algısını ortadan kaldırmaya yardımcı olduğu ve ayrıca Amerika Birleşik Devletleri Başkanı'nın eşcinseller gibi bir azınlık grubuna karşı ayrımcı bir tutum veya önyargıya sahip olup olmadığı gibi önemli bir soruyu gündeme taşıdığı için Sipple'in cinsel yöneliminin “haber değeri” taşıdığı¹⁴⁴ ve haber değeri taşıması nedeniyle de yasal ve meşru olduğu, dolayısıyla mahremiyetinin ihlal edilmediği kararına varmıştır.¹⁴⁵

Amerika Birleşik Devletleri 2. İstinaf Mahkemesi'nin (United States Court of Appeals for the Second Circuit)¹⁴⁶ Martin v. Hearst Corp. Kararı, hizmet sağlayıcılarını internetten veri kaldırmaya zorlamanın esas olarak, Anayasa'nın Ek 1. maddesi kapsamında kabul edilemez olduğunu ortaya koyan ilginç bir karardır. Buna göre, Lorraine Martin ve iki oğlu uyuşturucu suçlamasıyla tutuklanmış, Hearst Corporation ve News 12 Interactive'e ait yerel gazeteler (sanıklar), tutuklama hakkında haber yapmış ve tutuklamayı ayrıntılarıyla açıklayan çevrimiçi makaleler yayınlamıştır. Bir yıldan fazla bir süre sonra, Connecticut Eyaleti davaya devam etmeme kararı almıştır. Aleyhindeki ceza davası iptal edildiğinden, Martin'in tutuklama kaydı “Silme Yasası” uyarınca silinmiştir. Hakkında takipsizlik kararı verilmesi üzerine Martin, söz konusu yazıların gazetelerin internet sitelerinden kaldırılmasını istemiştir. Ona göre, tutuklama kaydının silinmesi, Silme Yasası gereği hiç tutuklanmadığı anlamına geldiğinden, tutuklandığına dair bilgiler de artık hem gerçekliği yansıtmayan hem de itibarını zedeleyen bir nitelik kazanmıştır. Gazetelerin haberleri web sitelerinden kaldırmayı reddetmeleri üzerine Martin, Amerika Birleşik Devletleri Connecticut Bölge Mahkemesi'nde itibar ve kişilik haklarının zedelenmesi gerekçesiyle tazminat davası açmış; ancak Mahkeme, Connecticut eyaletinin silme yasasının Martin'in tutuklandığına dair tarihsel gerçeği değiştirmediğinin altını çizerek, yayınlanan makalelerde Martin'in tutuklandığına dair raporların doğru bilgileri içerdiğine ilişkin bir anlaşmazlık olmadığı için başvuranın davasını reddetmiştir. Martin, tutuklanmış olmasına rağmen, tutuklama kaydı silindikten sonra, bu tutuklamaya ilişkin ifadeleri yayınlamanın iftira niteliğinde olduğunu savunarak karara itiraz etmiştir. Bunun üzerine Amerika Birleşik Devletleri 2. İstinaf Mahkemesi de silme yasasının Martin'in tutuklandığı gerçeğini değiştirmediğinin altını çizerek, Martin'in tutuklandığına dair haberlerin yayımlandıkları sırada doğru olduğunu, bu nedenle, haksız fiil iddialarının geçersiz

¹⁴⁴ 201 Cal. Rptr. 670 (Ct. App. 1984)

¹⁴⁵ 201 Cal. Rptr. 670 (Ct. App. 1984); George Brock, Right to Be Forgotten: Privacy and The Media in The Digital Age (Reuters Institute for the Study of Journalism, University of Oxford 2016) 26; Ernest D. Giglio, “Unwanted Publicity, the News Media, and the Constitution: Where Privacy Rights Compete with the First Amendment”, (1979) 12 (2) Akron Law Review 257

¹⁴⁶ ABD'de “Courts of Appeals” olarak adlandırılan 13 adet istinaf mahkemesi bulunmaktadır. “U.S. Court of Appeals for the Second Circuit”, Connecticut, New York, Vermont eyaletleri bakımından yetkili kılınmıştır.

olduğu ve haber kuruluşlarının bu tür tutuklamalara ilişkin yayınlamış oldukları makaleleri düzeltmeleri gerekmediğini belirterek, Bölge Mahkemesi'nin kararını onamıştır.¹⁴⁷

Amerikan Anayasası'nın Ek 1. maddesi, bazı kişilerin özel hayatlarıyla ilgili önemli menfaatleri söz konusu olsa dahi, diğerlerinin hukuka uygun olarak elde ettikleri bilgileri yayınlama hakkını güvence altına almıştır.¹⁴⁸ Bu akıl yürütme, söz konusu bilgilerin gizliliğinin korunmasında önemli bir kamu yararının olması,¹⁴⁹ bilgilerin yargı sürecini ilgilendirmesi¹⁵⁰ ve bilgileri yayımlayanın kaynağının söz konusu bilgileri hukuka uygun olmayan yollarla elde ettiği¹⁵¹ durumlara kadar genişletilebilir.

Örneğin; *Bartnicki v. Vopper Kararı*'nda ABD Federal Yüksek Mahkemesi, bir radyo istasyonunu, iki sendika temsilcisi arasında geçen ve üçüncü bir tarafça hukuka aykırı olarak kaydedilen bir konuşmayı yayınlamaktan sorumlu tutmamıştır. Dava süreci, bir sendikanın temsilcisi olan davacıların, toplu sözleşme müzakerelerine ilişkin bir cep telefonu görüşmesi yaptıkları sırada, bu görüşmenin üçüncü bir kişi tarafından kaydedilmesi üzerine başlamıştır. Telefon görüşmesi sendikanın taleplerinin karşılanmaması durumunda şiddete başvurmaya ilişkin bir tartışmayı içermekle birlikte, müzakere konusu üzerinde anlaşmaya varılmış; ancak anlaşmanın hemen ardından bir radyo DJ'si sesli görüşme kaydını radyodan yayınlamıştır. Radyo DJ'i konuşmayı kendisi kaydetmemiştir ve kaydeden kişiyi de bilmemektedir. Federal Telefon Dinleme Kanunları (Federal Wiretapping Laws) telefon konuşmalarının içeriğinin telefon dinleme yoluyla elde edildiği hallerde, bu içeriği ifşa eden kimsenin, içeriğin telefon dinleme yoluyla elde edildiğini bilmesi halinde cezalandırılacağı hükme bağlamıştır. Sendika temsilcileri, yasa dışı yollardan elde edildiği için konuşmalarının yayınlanmasının ilgili kanuna aykırı olduğu savıyla dava açmışlardır. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi bu davada, Anayasa'nın Ek 1. maddesinin üçüncü bir kişi tarafından hukuka aykırı biçimde, telefon dinleme yoluyla kaydedilmek suretiyle elde edilen içeriğin ifşa edilmesini ne dereceye kadar koruduğunu incelemiştir. Yüksek Mahkeme, Ek 1. maddenin, telefon konuşmasındaki içeriğin kamuyu ilgilendiren bir mesele olması ve bu nedenle medyanın basın özgürlüğüne dair menfaatinin, davacının mahremiyetine dair menfaate ağır basması nedeniyle, yasadışı olarak dinlenen cep telefonu görüşmesinin radyoda yeniden yayınlanmasını koruduğuna karar vermiş ve bu doğrultuda, başlangıçta

¹⁴⁷ *Martin v. Hearst*, 777 F.3d 546 (2d Cir. 2015)

¹⁴⁸ *Smith v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979)

¹⁴⁹ *Oklahoma Pub. Co. v. District Court*, 430 U.S. 308 (1977)

¹⁵⁰ *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978)

Diğer bir Yüksek Mahkeme Kararı'nda, basın organlarının resmi mahkeme kayıtlarında kamuya açıklanan bilgileri gerçeğe uygun olarak yayınlamasının yasaklanamayacağı belirtilmektedir. Bkz. *Oklahoma Publishing*, 430 U.S. 310 (at Cox, 420 U.S. at 496)

¹⁵¹ *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001)



hukuka aykırı olarak elde edilen bilgilere hukuka uygun yollarla ulaşan yayıncıların, Anayasa'nın Ek. 1. maddesi tarafından korunacağı ve cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, ilgili maddenin korumasından faydalanabilmek için yayıncının bilginin gizlice dinlenmesine katılmamış olması, bilgiyi hukuka uygun biçimde elde etmiş olması, yayımlanan bilginin kamuoyunu ilgilendirmesi ve bilgi içeriğinin doğru olması gerektiğinin altını çizmiştir.¹⁵²

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin yargısal sürecin kamuya açık biçimde tartışılmasının Anayasa'nın Ek 1. maddesinin gereği olduğunu belirttiği *Landmark Communications, Inc v. Virginia Kararı*'nda,¹⁵³ bir *Landmark Communications* gazetesi olan *The Virginian Pilot*, yargıçlara yönelik suçlamaları soruşturmak üzere kurulmuş olan Virginia Adli Soruşturma ve İnceleme Komisyonu'nun bir eyalet yargıcı hakkındaki soruşturmasıyla ilgili bir makale yayınlamıştır. İçeriği doğru olmakla birlikte bu makale, Komisyon oturumlarından bilgilerin açıklanmasını yasaklayan bir Virginia yasasını ihlal etmiştir. *Landmark*, ilk derece mahkemesi tarafından para cezasına çarptırılmış ve Virginia Yüksek Mahkemesi, kararı onamıştır. *Landmark*, ilgili kanunun komisyonda yer almayan, dışarıdan kişilere uygulanamayacağı gerekçesiyle Amerika Federal Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuştur. Federal Yüksek Mahkeme, devlet işlerinin açıkça halkın önünde tartışılmasının Anayasanın Ek 1. maddesinin gereği olduğunu, dolayısıyla ne yargıçların itibarını korumaya yönelik menfaatlerin ne de mahkemelerin kurumsal bütünlüğünü korumaya yönelik menfaatlerin, ifade özgürlüğü karşısında üstünlük sağlayamayacağı değerlendirmesinde bulunmuştur.¹⁵⁴

Bir ceza davası taraflarının (sanık veya mağdur) kimliklerinin basın organlarıncaya kamuoyuna açıklanmasının, bu bilgiler doğru olduğu sürece anayasanın mutlak korumasından yararlanacağı görüşünü benimsemiş olan Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, özel hayata saygı hakkını ifade özgürlüğü karşısında etkisiz hale getirmektedir. Örneğin, Yüksek Mahkeme cinsel suç mağdurlarının kimliklerinin basın organlarıncaya deşifre edilmesini sınırlandıran her türlü düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu görüşündedir. Bu doğrultuda, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin, kurbanın adı da dahil olmak üzere bir cinsel saldırı davasına ilişkin ayrıntıların yer aldığı bir makale yayınladığı için bir gazeteye tazminat ödetilmesinin Anayasa'nın Ek 1. Maddesi'ni ihlal ettiğine karar verdiği *Florida Star v. B.J.F Kararı*, dikkate değer bir karardır.¹⁵⁵ B.J.F. adlı kişi, Florida Duval Bölgesi'nde bir soygun ve cinsel saldırı ihbarında bulunmuş, ifadesinin yer aldığı polis raporu yerel bir gazete olan “*The Florida Star*” tarafından yayınlanmış; bunun üzerine B.J.F, gazetenin cinsel saldırı kurbanlarının adının yayınlanmasını ya-

¹⁵² *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001)

¹⁵³ *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978)

¹⁵⁴ *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978)

¹⁵⁵ *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524 (1989); *U.S., Oklahoma Publishing Company v. District Court*, 430 U.S. 308 (1977); *U.S., Smith v. Daily Mail Publ'g Co.*, 443 U.S. 97 (1979)

saklayan ilgili Florida yasasını ihlal ettiğini iddia ederek tazminat davası açmıştır. Duval Bölge Mahkemesi, Florida Star Gazetesi'nin söz konusu kanunu ihlal ettiğini tespit ederek, B.J.F adlı kişiye 100.000 dolar tazminat ödenmesine karar vermiş, karar istinaf mahkemesi tarafından onanmış, Florida Star Gazetesi de kararı temiz etmek için Florida Yüksek Mahkemesi'ne başvurmuş; ancak mahkeme davayı incelemeyi reddetmiştir. Bunun üzerine adı geçen Gazete, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'ne müracaat etmiştir.¹⁵⁶ Federal Yüksek Mahkeme, söz konusu yayının doğru bilgi içermesi, Gazete'nin mağdurun adını ve bilgilerini hukuka uygun yollarla elde etmiş olması ve Gazete'ye sorumluluk yüklemenin zorlayıcı/üstün kamu yararına (compelling state interest)¹⁵⁷ hizmet etmediği değerlendirmesinde bulunmuştur. Üstün kamu yararı, Amerikan yargı sisteminde ifade özgürlüğünün de aralarında yer aldığı ve düşüncelerin ifade edilmesini ve başkalarına iletilmesini güvenceye almayı amaçlayan Ek 1. madde kapsamında düzenlenen hakları sınırlamanın önemli bir gerekçesi olarak kabul edilmektedir. Federal Yüksek Mahkeme, Florida Star Gazetesi'nin eyleminin Anayasanın Ek 1. maddesinin koruması altında olduğunu ve taraflarca üstün kamu yararı (compelling state interest) ortaya konulmadıkça sınırlandırılmayacağı, dolayısıyla Gazete'ye uygulanan yaptırımın Anayasanın Ek 1. maddesini ihlal ettiği değerlendirmesinde bulunarak alt derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Federal Yüksek Mahkeme, mevcut davada kamuoyunun bilgi alma özgürlüğünün, mahremiyet ve özel hayata saygı hakkından daha ağır bastığı sonucuna varmıştır.

Benzer bir dava olan Cox Broadcasting Corp. v. Cohn Davası'nda; tecavüz edildikten sonra öldürülen bir kadının konu olduğu bir davanın görülmesi esnasında, Cox Broadcasting Television Network muhabirinin söz konusu davaya ilişkin haberi sunarken, merhumun adını da vermesi üzerine, merhumun babası Cohn'un, tecavüz kurbanlarının adının ve kimliğinin yayınlanmasının ve duyurulmasının Georgia Eyaleti Kanunları gereği suç olduğu ve kızının mahremiyetini zedelediği gerekçesiyle adı geçen yayın şirketine tazminat davası açmasıyla başlayan sürecin devamında, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, işlenen bir suç ve bunun

¹⁵⁶ Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989)

¹⁵⁷ Amerika Birleşik Devletleri'nde kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde 'zorlayıcı/üstün kamu yararı testi' (compelling state interest test) adı verilen bir yöntem uygulanmaktadır. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin bazı kararlarında bu testin, ifade özgürlüğü, din özgürlüğü gibi birtakım temel hak ve özgürlüklerin ancak üstün bir kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilmesini sağlamak için uyguladığı görülmektedir. Örneğin Federal Yüksek Mahkeme, Wisconsin v. Yoder Kararı'nda, kişilerin din özgürlüğünü, devletin çocukları eğitime konusundaki menfaati karşısında üstün görmüştür. Amish halkına mensup davacıların, okula devam konusunda zorunluluk getiren Wisconsin Eyaleti Kanunu'nun, kendilerinin Anayasa ile güvence altına alınmış olan din özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürdükleri söz konusu davada, Yüksek Mahkeme, Wisconsin Eyaleti Kanunu'nu üstün yarar testine tabi tutmuş ve eyaletin zorunlu eğitim üzerindeki menfaati güçlü olsa bile, bu menfaatin, bireylerin din özgürlüğünü ortadan kaldırmayı haklı gösterecek kadar üstün bir menfaat olmadığı sonucuna varmıştır. Bu yönde bkz. Wisconsin v. Yoder, 406 US 205 (1972); ayrıca bkz. Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)



kovuşturulmasına ilişkin işlemlerin kamuoyunu ilgilendiren meşru olaylar olduğunu ve bunların; basın, devletin faaliyetlerini haber verme sorumluluğu kapsamında olduğunu belirterek, tecavüz kurbanının adının yayınlanmasını suç olarak öngören Georgia Eyaleti'nin ilgili kanununu anayasaya aykırı bulmuş ve Georgia Yüksek Mahkemesi'nin davaya ilişkin kararını bozmuştur. Federal Yüksek Mahkeme merhumun kimliğinin hukuka uygun yollarla, kamuya açık kayıtlardan elde edildiğini, bu bilgiler halihazırda kamuya açık kayıtlarda mevcut olduğu için mahremiyete ilişkin menfaatlerin azaldığını ve bu şartlar altında basın özgürlüğünün sınırlandırılmasının Anayasa'ya açıkça aykırılık teşkil edeceği değerlendirmesinde bulunmuştur.¹⁵⁸

Amerika Birleşik Devletleri'nde unutulma hakkının Avrupa'da benimsendiği biçimde tanınmadığının açıkça belirtildiği 2015 tarihli Garcia v. Google Kararı'nda, Amerika Birleşik Devletleri 9. İstinaf Mahkemesi; Google'a, davacı konumundaki Garcia adlı kişinin rol aldığı siyasi içerikli bir videonun herhangi bir versiyonunun gelecekte YouTube'da ve kontrolündeki diğer platformlarda yayınlanmasını engellemesini veya gösterimini kaldırmasını emreden üç yargıçlı bir heyetin verdiği ihtiyati tedbir kararını kaldırmıştır. İstinaf Mahkemesi, üç yargıçlı heyetin kamuoyunun büyük ilgisini çeken bir filmin yayından kaldırılması yönündeki ihtiyati tedbir kararının ifadenin klasik bir ön sınırlaması (prior restraint of speech) olduğuna ve ön sınırlamaların Anayasa'nın Ek 1. maddesiyle güvence altına alınan hakları en ciddi biçimde ihlal ettiğine karar vermiştir.¹⁵⁹

Bir diğer ilginç karar, Melvin v. Reid Kararı olup; bu Karar, cinayetten yargılanan ve beraat eden eski bir hayat kadını olan G.D' nin, kendi hayatını konu alan bir filmin yapımcısına açtığı davaya ilişkindir.¹⁶⁰ Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, hayatını tamamıyla değiştiren ve geçmişinden haberdar olmayan ailesiyle mutlu bir yaşam süren G.D' nin film yapımcısı tarafından uğradığı zararın tazmin edilmesine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, bu kararda dürüst bir hayat yaşayan herhangi bir kimsenin, kişiliğine, sosyal konumuna veya itibarına yönelik gereksiz saldırılardan kurtulmayı içeren bir “güvenlik ve mutluluk arama hakkı” na sahip olduğunu belirtmiş ve söz konusu ihlalin G.D' nin özel hayatın korunması ve mahremiyetine ilişkin olmayıp; sözünü ettiği bu “güvenlik ve mutluluk arama hakkı” na ilişkin olduğunun altını çizmiştir.¹⁶¹

¹⁵⁸ Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975)

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, Cox Broadcasting Corp. v. Cohn Kararı'na benzer biçimde, Oklahoma Publishing v. District Court of Oklahoma Kararı'nda da medyanın bir çocuk davasıyla bağlantılı olarak, 11 yaşındaki bir çocuğun adını ve fotoğrafını yayınlamasını yasaklayan eyalet mahkemesi kararını Ek 1. maddeye aykırı bulmuştur.

¹⁵⁹ Garcia v. Google, Inc. 786 F.3d 733 (9th Cir. 2015)

¹⁶⁰ Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (1931)

¹⁶¹ Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (1931); 852-853

Amerikan Anayasası'nın Ek 1. maddesi metninde her ne kadar "konuşma, basın, toplantı ve dilekçe hakları"ndan söz edilse de, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, bu sayılan hakların ötesinde "film, sanat eserleri, bilim ve araştırma" gibi başkaca hakları da Ek 1. madde kapsamında değerlendirmektedir.¹⁶² Örneğin, Foster v. Svenson Davası'nda bir fotoğraf sanatçısı olan Svenson, kendi balkonundan çevre binaların pencerelerinde görünen sakinleri uzun zumlu lensler kullanarak fotoğraflamıştır. Bu sırada bina sakinleri, hayatlarının özel ve hatta mahrem anlarının belgelenmesinin farkında değildirler. Bu fotoğraflar daha sonra Svenson'un fotoğraf sergisinde sergilenmiştir. Bunun üzerine özel hayatlarının gizliliği ve mahremiyetlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Foster ve diğerleri tarafından açılan tazminat davasında New York Yüksek Mahkemesi Temyiz Dairesi (New York Supreme Court, Appellate Division), sanat eserlerinin düşünceyi ifade etme biçimi olduğunu, dolayısıyla bunların da Anayasanın Ek 1. maddesi ile güvence altına alındığını belirtmiştir.¹⁶³ Mahkeme, ayrıca fotoğrafçının eyleminin, ilgili Ceza Kanunu'nda suç olarak öngörülen yasa dışı gözetlemeye varmadığını, dolayısıyla davacıların mahremiyetlerinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin bu değerlendirmesi, bir sanatçının davranışı aşırı bulunmadığı sürece, başka bir kişinin kişilik haklarını ihlal etse bile, sanatını ve eserlerini yaratma ve sergileme konusunda önemli ölçüde özgürlüğe sahip olduğu anlayışını doğrulamaktadır.

Amerikan yargı sisteminde unutulma hakkı her ne kadar doğrudan yasal bir düzenlemeye girmemiş olsa da,¹⁶⁴ bu hakla bağlantılı olan pek çok düzenleme söz konusudur. Federal düzeyde geniş kapsamlı bir veri gizliliği mevzuatı bulunmamakla birlikte, bazı eyaletler veri gizliliğine ilişkin kendi kanunlarını yürürlüğe sokmuşlardır. Bunlardan ilki Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü ile nispeten uyumlu olan "Kaliforniya Tüketici Gizliliği Kanunu" (California Consumer Privacy Act)'dur. Bu Kanun'un amacı, şirketleri tüketicilere verilerinin nasıl toplandığı, saklandığı ve kullanıldığı hakkında bilgi sağlamaya zorlamak suretiyle, tüketicilerin özel verileri üzerinde daha fazla şeffaflık ve kontrol sağlamasının önünü açmaktır. Söz konusu Kanun'a göre tüketiciler, işletmelerden kendileriyle ilgili toplamış oldukları kişisel bilgilerinin silinmesini talep edebilmektedirler. Kaliforniya'nın gayri safi yurtiçi hasılası çoğu eyaletten büyük olduğu için, bu Kanun'un diğer eyaletler üzerinde de önemli bir etkisi olmuştur.¹⁶⁵

"Ban the Box" olarak adlandırılan ve Amerika Birleşik Devletleri'nde popülerliği giderek artan bu Kanun da bir işverenin işe alma sürecinde adaylara sabı-

¹⁶² Bu yönde bkz. Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952); Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957)

¹⁶³ Foster v. Svenson, No. 03068 (N.Y. App. Div. Apr. 9, 2015)

¹⁶⁴ New York Eyaleti yasama organı 2017 yılında A05323 no'lu "Unutulma Hakkı Kanunu" nu kabul etmiştir.

¹⁶⁵ C. W. Von Bergen, Martin S. Bressler & Cody Bogard, "The Right to Be Forgotten in the United States: Part II" (2020) 6 (7) Pratt's Privacy and Cybersecurity Law Report 215



ka geçmişi hakkında soru sormasını kısıtlamaktadır. Diğer bir ifadeyle, işveren iş başvurusunda bulunan kişinin sabıka kaydını işe alım sürecinin son aşamalarına kadar, örneğin şartlı istihdam teklifi yapılana kadar sorgulayamamaktadır. Bu şekilde başvuru sahiplerine adil bir istihdam şansı tanınmış olmaktadır. Amerikan eyaletlerinin 36’sı söz konusu Kanun’u kendi yasama organında kabul etmiştir.¹⁶⁶

Bir Amerikan federal kanunu, iflas etmiş bir kişinin kredi notunda on yıl geçtikten sonra iflas bilgisinin yer almayacağını hükme bağlamıştır. Bu kanunla kredi kuruluşunun bu bilgileri paylaşmasının önüne geçilmekte, böylece mali sıkıntılardan kurtulmuş olan kişinin temiz bir sayfa açması sağlanmış ve mahremiyeti korunmuş olmaktadır.¹⁶⁷

Amerika Birleşik Devletleri’nde sabıka fotoğrafları (mug shot) habercilik açısından önem taşımakla ve esas olarak halka açık olmakla birlikte, bazı eyaletlerin yasama organları sabıka fotoğraflarını yayınlayan ve bunları kaldırmak için ücret talep eden websitelerine bir tepki olarak yasal düzenleme yoluna gitmişlerdir.¹⁶⁸ Örneğin Florida’da bir kimse iadeli taahhütlü mektupla sabıka fotoğraflarını yayınlayan ve bunları silmek için ücret talep eden bir websitesinden fotoğraflarının silinmesini talep ederse, bu fotoğraflar silinmek zorundadır.¹⁶⁹

Amerika Birleşik Devletleri’nde polis memurları, vücutlarında bir bölgeye, genellikle göğüslerine tutturdıkları küçük bir kamera ile bir olay yerindeki ses ve görüntü içeren delilleri kaydetmektedirler. Illinois Eyaleti Kanunu bu şekilde elde edilen kamera kayıtlarının 90 gün sonra imha edilmesini öngörmektedir.¹⁷⁰ Minnesota Eyaleti’nde, “Verilerin İmhası Kanun”u gereğince, araba plaka okuyucularından gelen kayıtların 60 gün sonra imha edilmesi gerekmektedir.¹⁷¹ Tüm bu materyaller, kişilerin geçmişte nerede olduklarını, ne yaptıkları ve hatta ne söylediklerini kanıtlamaya yardımcı olsalar da, mahremiyete dairdirler.

Güney Karolina’da bir kanun, bir şeye kulak misafiri olma sırasında veya birini gizlice gözetlerken elde edilen fotoğraf, video, elektronik dosya ve diğer delillerin, mağdurun mahremiyetinin korunması için imha edilmesini öngörmektedir.¹⁷²

¹⁶⁶ Christopher Herring and Sandra Susan Smith, “The Limits of Ban the Box Legislation” (2022) Berkeley University Institute for Research on Labor and Employment <<https://irle.berkeley.edu/wp-content/uploads/2022/03/The-Limits-of-Ban-the-Box-Legislation-1.pdf>> 30.09.2023

¹⁶⁷ Requirements relating to information contained in consumer reports, 15 U.S.C. parag. 1681c(a) (1) (2012)

¹⁶⁸ Alex Adekola, “Updated 2023: A Comprehensive List of Mugshot Removal Laws State by State” (2017) Remove My Mugshot <<https://removemymugshot.org/updated-comprehensive-list-mugshotremoval-laws-state-state/>> 30.09.2023

¹⁶⁹ Criminal History Records Bill, S.B. 118, 2017 Leg. (Fla. 2017)

¹⁷⁰ Law Enforcement Officer-Worn Body Camera Act, 50 ILL. COMP. STAT. 706/10-20(a)(7)(B) (2017)

¹⁷¹ Destruction of data required, Mich. Comp. Laws parag. 333.2855a (2017)

¹⁷² 1976 South Carolina Code of Laws Unannotated, parag. 16-17-470(f) (2017)

Özel hayata saygı ve mahremiyetin korunması bağlamında çocukları konu alan düzenlemeler ayrı bir öneme sahiptir. Bu bağlamda, örneğin, Montana Eyaleti'nde bir kanun, çocuk suçlulara ilişkin sabıka kayıtlarının 18 yaşına geldiklerinde fiziksel olarak imha edilmesini öngörmektedir.¹⁷³ Kuzey Dakota Eyaleti'nde bir kanun uyarınca, tutuklanan bir çocuğa ait parmak izi kayıtları ve fotoğrafları imha edilmekte ve devlet makamları böyle bir kayıt hiç varolmamış gibi işlem yapmak durumundadırlar.¹⁷⁴ Alabama Eyaleti'nde bir çocuk evlat edinildiğinde, original doğum belgesi mühürlenmekte ve evlat edinen ebeveynlerin isimlerini içeren yeni bir doğum belgesi düzenlenmektedir.¹⁷⁵

Unutulma hakkı konusunda çocuklara ilişkin en kapsamlı düzenleme ise, 2013 yılında Kaliforniya Eyaleti yasama organı tarafından kabul edilen ve 2015 yılında yürürlüğe giren bir kanun (Online Eraser Law) dur. Bu Kanun uyarınca reşit olmayanlar, bir internet sitesi operatörünün kendilerine ait kişisel verileri kaldırmasını talep edebilmektedirler. Söz konusu Kanun, on sekiz yaş ve altındakilere bir internet sitesinde yayınladıkları içerik henüz üçüncü şahıslara iletilmeden silme talebinde bulunma hakkını tanımaktadır. Bu düzenleme halihazırda arama motorları için geçerli değildir.¹⁷⁶ Unutulma hakkına ilişkin önemli bir gelişme olarak kabul edilebilecek olan bu yasal düzenleme ile küçüklerin mahremiyetleri güvence altına alınarak, sosyal medyada yayınladıkları bilgi ve içeriğin silinmesiyle aksi halde yetişkin yaşamları boyunca onları takip edecek olan özel verilerinin kalıcılığı engellenmiş olmaktadır. Diğer eyeletler de benzer şekilde veri gizliliğini korumaya ilişkin kanunlar benimsemeye başlamışlardır. Örneğin; New York Eyaleti yasama organı bir adım daha ileri giderek 2017 yılında A05323 No'lu "Unutulma Hakkı Kanunu"nu kabul etmiştir. Söz konusu Kanun kişinin talebi üzerine, arama motorları, indeksleyiciler ve yayıncılara kişinin itibarına zarar veren, aşırı, yetersiz, ilgisiz ve ölçsüz verileri 30 gün içinde kaldırmak zorunluluğu getirmektedir. Bunun istisnaları ise ağır suç ve şiddet içeren, üstün kamu yararı bulunan ve talepte bulunan kişinin rolünün son derece önemli olduğu içeriklerdir.¹⁷⁷

Ülkelerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatlarındaki farklılıklar, uluslararası ilişkilerinde önemli etkiler yaratmaktadır. Her ne kadar uluslararası hukukta her devletin kendi toprakları üzerinde münhasır egemenliğe sahip olduğu ilkesi kabul edilse de, çevrimiçi etkileşimler coğrafi konumdan bağımsız olduğundan bu durum geleneksel bölgesel egemenlik kavramını tartışmalı hale getir-

¹⁷³ Montana Code Annotated, parag. 41-5-216(1), (2021)

¹⁷⁴ North Dakota Century Code, parag. 27-20-53(4) (2017)

¹⁷⁵ Alabama Adoption Code, parag. 26-10A-32 (2017)

¹⁷⁶ Senate Bill- 568 Privacy: Internet: Minors 23 September 2013, <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568> 01.10.2023

¹⁷⁷ New York State Assembly, Bill No A05323 (2017) <https://nyassembly.gov/leg/?default_fid=&leg_&Actions=Y&Committee%2526nbspVotes=Y&Text=Y> 01.10.2023



mektedir. Özellikle unutulma hakkı, sınır ötesi veri akışına uygulandığında, bölgesel egemenlik hakkında soru işaretleri uyandırdığından, AB ve Amerika Birleşik Devletleri, konuya ilişkin yasal mevzuat farklılıklarıyla yüzleşmek ve Avrupa’da yaşayanların verilerini işleyen tüm yabancı şirketler için geçerli olan bir dizi yasal düzenleme üzerinde müzakere etmek zorunda kalmaktadırlar. Özellikle, unutulma hakkına ilişkin mevzuattaki farklılıklar, transatlantik veri gizliliği düzenlemelerine ilişkin tartışmaları ve müzakereleri şekillendirmektedir.¹⁷⁸ Bu doğrultuda, ilk kez 2000 yılında AB ve ABD şirketleri arasında AB’nin veri koruma düzenlemesiyle tutarlı bir şekilde serbest veri aktarımını sağlamayı öngören bir veri aktarım anlaşması olan ve kişisel verilerin toplanmasını bir standarda bağlayan “Güvenli Liman Anlaşması” (Safe Harbor Agreement) imzalanmış; bu anlaşma 15 yıl boyunca yürürlükte kalmıştır. Ancak Avrupa Adalet Divanı 6 Ekim 2015’te aldığı bir kararla, “sosyal paylaşım sitelerini ve genel olarak interneti kullanan Avrupalıların kişisel verilerinin Amerikan istihbarat kuruluşlarının erişimlerinden yeteri kadar korunmadığı”¹⁷⁹ gerekçesiyle söz konusu anlaşmayı iptal etmiştir. Anlaşmanın geçersiz kılınması süreci Edward J. Snowden’ın Amerikan Ulusal Güvenlik Dairesi (NSA)’nin Amerikan teknoloji şirketlerinin veritabanlarında, hatta Avrupa’daki veritabanlarında saklanan bilgilere dahi düzenli olarak erişebildiğini açıklamasıyla başlamıştır. Mahkeme, Amerikan Ulusal Güvenlik Dairesi’nin Avrupa vatandaşlarının bilgilerine sınırsız erişiminin, özel hayata saygı ve mahremiyet hakkının özünü tehlikeye attığı değerlendirmesinde bulunmuştur.¹⁸⁰

Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından 2014 yılında verilen unutulma hakkına ilişkin Google Spain SL v. M.C.G kararından sonra Google, kullanıcılar tarafından oluşturulan listeden kaldırma taleplerini ve sonuçlarını istatistiksel olarak değer-

¹⁷⁸ Stephan Kobrin, “Safe Harbours Are Hard To Find: The Trans-Atlantic Data Privacy Dispute, Territorial Jurisdiction and Global Governance” (2004) 30 (1) Review of International Studies 111

¹⁷⁹ Samuel Gibbs, “What is Safe Harbour and Why Did the EUCJ Just Declare it Invalid?” (Oct. 6, 2015) THE GUARDIAN <<http://www.theguardian.com/technology/2015/oct/06/safe-harbour-european-court-declare-invalid-data-protection>>; Court of Justice of the European Union PRESS RELEASE No 117/15, Luxembourg, “The Court of Justice declares that the Commission’s US Safe Harbour Decision is invalid”, (6 October 2015), Judgment in Case C-362/14 Maximillian Schrems v Data Protection Commission, <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf>> 02.10.2023

¹⁸⁰ Court of Justice of the European Union Press Release No. 117/15, “The Court of Justice declares that the Commission’s US Safe Harbour Decision is invalid” (Oct. 6, 2015) Judgment in Case C-362/14 Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf>> 02.10.2023

Mahkeme, ilgili ABD şirketleri yeterli koruma önlemleri alıyor olsalar dahi, ABD kamu yetkililerinin Güvenli Liman yönergelerine tabi olmadığı ve bu nedenle Avrupa vatandaşlarının verilerinin ve mahremiyetinin risk altında olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu yönde bkz. Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner & Digital Rights Ireland Ltd.; <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd5b610279af-57461688cfc1d680446584.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRbN90?text=&docid=169195&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=356030>>

lendirmeye başlamıştır. Söz konusu tarihten itibaren toplam 5.593.383 URL'nin listeden kaldırılması talep edilmiş ve bunların %49.4'ü haklı bir talep olarak değerlendirilerek arama sonuçlarından kaldırılmıştır.¹⁸¹ Söz konusu Karar'dan sonra verilerin korunması konusu Amerika Birleşik Devletleri'nde de önemi git gide artan bir konu haline gelmiş; 2022 yılında Amerikan mahkemeleri ve devlet kurumları tarafından toplamda 1700 içeriğin Google'dan kaldırılması talebinde bulunulmuştur.¹⁸² Bununla birlikte, bazı yazarlar, Amerika'da unutulma hakkı kapsamında verilerin korunmasına ilişkin federal düzeyde kapsamlı bir yasal düzenleme yapılması halinde, verilerin arama motorlarından kaldırılması talebi bağlamında, nelerin kaldırılmaya uygun olup olmadığına karar verme yetkisini Avrupa ve Latin Amerika'da olduğu gibi Google ya da diğer çevrimiçi tüzel kişilere bırakmak yerine, bu yetkinin bu konuda yeni kurulan ya da halihazırda var olan bir idari kuruma örneğin, Federal İletişim Komisyonu'na (Federal Communications Commission) bırakılıp, denetiminin de mahkemelerce yapılmasının daha uygun olacağı görüşündedir.¹⁸³ Bu tür bir Komisyonun, unutulma hakkı taleplerini daha hızlı şekilde ele almak için objektif birtakım kriterler belirleyeceği, Google'dan daha verimli ve tutarlı değerlendirme yaparak, Amerikan kamuoyunda güven sağlayacağı ileri sürülmektedir.¹⁸⁴

Yakın zamanda, Avrupa Komisyonu'nun aldığı yeterlilik kararı üzerine, AB-ABD Veri Gizliliği Çerçevesi 10 Temmuz 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.¹⁸⁵ ABD'nin, yeni çerçeve kapsamında AB'den ABD şirketlerine aktarılan kişisel veriler için Avrupa Birliği standartlarında, yeterli düzeyde koruma sağladığı sonucuna varılmıştır. AB-ABD Veri Gizliliği Çerçevesi ABD istihbarat servislerinin AB verilerine erişimini gerekli ve orantılı olacak şekilde sınırlamak ve AB vatandaşlarının erişebileceği bir Veri Koruma İnceleme Mahkemesi (DPRC) kurmak da dahil olmak üzere, Avrupa Adalet Divanı tarafından dile getirilen tüm endişeleri gidermek için yeni bağlayıcı güvenceler sunma iddiasındadır. Örneğin, DPRC, verilerin yeni güvenlik önlemlerini ihlal edecek şekilde toplandığını tespit ederse,

¹⁸¹ Google Şeffaflık Raporu, "Avrupa Gizlilik Yasası Kapsamında İçerik Kaldırma Talepleri" <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=tr>> 03.10.2023.

¹⁸² Google Şeffaflık Raporu, "İçerik Kaldırmaya İlişkin Resmi Makamların Talepleri", <<https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?hl=tr>> 03.10.2023

¹⁸³ John W. Dowdell, "An American Right to Be Forgotten" (2017) 52 (2), Tulsa Law Review 339.

¹⁸⁴ Dowdell n (183) 340; bkz. ayrıca Steven M. LoCascio, "Forcing Europe to Wear Rose-Colored Google Glass: The 'Right to be Forgotten' and the Struggle to Manage Compliance Post Google Spain" (2015) 54 (1) COLUM. J. TRANSNAT'L L. 296, 328.

¹⁸⁵ European Commission, "Adequacy decision for the EU-US Data Privacy Framework", <https://commission.europa.eu/document/fa09cbad-dd7d-4684-ae60-be03fcb0fddf_en> 03.10.2023

AB-ABD Veri Gizliliği Çerçevesi, kişisel verileri AB'den ABD'ye aktarırken AB veri koruma gerekliliklerine uyumu sağlayan bir mekanizmadır. Bu mekanizma, sırasıyla 2015 yılında Güvenli Liman (Safe Harbor) ve 2020 yılında Gizlilik Kalkanı (Privacy Shield) Avrupa Birliği Adalet Divanı (CJEU) tarafından geçersiz kılındıktan sonra transatlantik veri akışları için öngörülen üçüncü veri aktarım mekanizması girişimidir.



verilerin silinmesi emrini verebilecektir. ABD şirketleri, ayrıntılı bir dizi gizlilik yükümlülüğüne uymayı taahhüt ederek AB-ABD Veri Gizliliği Çerçevesine katılabilecektir. Bu doğrultuda, kişisel verilerin toplanma amacı ortadan kalktığında kişisel veriler silinecektir ve kişisel veriler üçüncü kişilerle paylaşılsa dahi korumanın sürekliliği sağlanacaktır. AB-ABD'nin Veri Gizliliği Çerçevesi, Avrupa Komisyonu, Avrupa veri koruma yetkililerinin ve yetkili ABD makamlarının temsilcileriyle birlikte yürütülecek olan periyodik incelemelere tabi olacaktır.¹⁸⁶ İncelemede, ABD yasal çerçevesinin tüm ilgili unsurlarının uygulamada etkili bir şekilde işleyip işlemediği kontrol edilecek, gelişmelere bağlı olarak yeterlilik kararı değiştirilebilecek veya geri çekilecektir.¹⁸⁷

SONUÇ

Özel hayatın gizliliğine saygı, kişisel verilerin korunması gibi haklarla ilişkili olup; onur, saygınlık, mahremiyet gibi kişilik hakkı değerleriyle açıklanan “unutulma hakkı”, kişinin geçmişteki olumsuz deneyimleriyle ilişkilendirilmesinin engellenmesi yoluyla, yeni bir başlangıç yaparak manevi varlığını geliştirmesini mümkün kılmaktadır. Avrupa Adalet Divanı'nın 2014 yılında Google v. Spain Davası'nda, dünyada en çok kullanılan arama motoru olan Google aleyhine karar vererek, belirli koşullar altında Avrupa Birliği ülkelerinde ikamet edenlerin kişisel bilgilerinin arama sonuçlarından ve kamu kayıtlarının veritabanlarından kaldırabileceğini veya silinebileceğini açıklamasından sonra, unutulma hakkının nüvesinde yer alan verilerin korunması konusu, sadece Avrupa'da değil, Amerika Birleşik Devletleri'nde de önemi git gide artan bir konu haline gelmiş; Google, yakın zamanda Amerikan vatandaşlarının kişisel iletişim bilgilerinin çevrimiçi arama sonuçlarından kaldırılmasını talep etmesini kolaylaştırmak için politikalarını genişletmiştir.¹⁸⁸

¹⁸⁶ European Commission, “Data Protection: European Commission adopts new adequacy decision for safe and trusted EU-US data flows” <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3721> 03.10.2023.

Court of Justice of the European Union Press Release No. 117/15, “The Court of Justice declares that the Commission’s US Safe Harbour Decision is invalid” (Oct. 6, 2015) Judgment in Case C-362/14 Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf>> 02.10.2023

Mahkeme, ilgili ABD şirketleri yeterli koruma önlemleri alıyor olsalar dahi, ABD kamu yetkililerinin Güvenli Liman yönergelerine tabi olmadığı ve bu nedenle Avrupa vatandaşlarının verilerinin ve mahremiyetinin risk altında olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu yönde bkz. Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner & Digital Rights Ireland Ltd.; <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd5b610279af57461688cfc1d680446584.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRbN90?text=&docid=169195&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=356030>> 02.10.2023

¹⁸⁸ Virginia Dressler, “Google Quietly Rolls Out the Right to be Forgotten mechanism in the U.S.”

Unutulma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açık bir biçimde düzenlenmiş olmamakla birlikte, AİHM itibarın, mahremiyetin ve kişisel verilerin korunmasını ve unutulma hakkını AİHS'nin "özel hayata saygı hakkı" başlıklı 8. maddesi kapsamında ele almakta ve ihlale ilişkin değerlendirmede bulunurken unutulma hakkı ve ifade hürriyeti arasında adil bir denge kurmaya çalışmaktadır. Bununla birlikte, yukarıda ayrıntılı biçimde incelenen kararlarda da görüldüğü üzere, AİHM'nin ifade özgürlüğü karşısında özel hayata saygı hakkı ve mahremiyete; dolayısıyla unutulma hakkına ağırlık verdiği anlaşılmaktadır.¹⁸⁹

Diğer yandan, Amerika Birleşik Devletleri'nde bu konudaki genel eğilim ifade özgürlüğüne, kişilerin özel hayatlarına saygı hakkı karşısında üstünlük tanınması yönündedir. Bu yaklaşımın temel dayanağı, 1787 tarihli Amerikan Anayasası'nın Ek 1. maddesidir. Söz konusu madde, "kongrenin; düşünceyi açıklama özgürlüğünü, basın özgürlüğünü, halkın barışçıl şekilde toplanma ve sorunlarını hükümete dilekçe yoluyla iletme hakkını ihlal eden kanunlar yapamayacağını" hükmüne bağlamıştır. Amerikan yargı sisteminde bir kimseye ait özel bilgilerin bir kez kamuoyuyla paylaşıldıktan sonra mahremiyet ve özel hayata saygı hakkının konusu olmaktan çıkacağına ilişkin geleneksel içtihat doğrultusunda Federal Yüksek Mahkeme, önemli menfaatler söz konusu olsa da, özel hayata ilişkin bilgilerin ifşasını çoğunlukla haber değeri olduğu gerekçesiyle hukuka aykırı olarak kabul etmemektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımı yukarıda incelenen kararlarda açıkça görülmektedir. Bununla birlikte, teknolojinin günümüzde geldiği noktaya paralel biçimde kişilerin itibar ve kişilik haklarına zarar verecek bilgilerin yayılma hızı ve kalıcılığı dikkate alındığında, demokratik bir toplumda, özel hayatın gizliliği karşısında "kamunun bekçi köpeği (public watchdog)" rolünü üstlenen basının haber kaynaklarının ifade özgürlüğü kapsamında korunmasına ağırlık veren Amerikan mahkeme kararlarının her daim doğru kılavuz olmayabileceği ileri sürülebilir. Zira, son yıllarda Amerikan doktrininde unutulma hakkının benimsenmesi gerektiğini savunanlar, bu hakkın internet teknolojisinin gelişmesiyle birlikte mahremiyetin giderek ortadan kalkması nedeniyle, Amerikan Anayasası'nın Ek 1. maddesine rağmen tanınması gerektiğini ileri sürmektedirler.¹⁹⁰

Unutulma hakkı, bir hak olarak ilk kez Avrupa Parlamentosu tarafından 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe giren ve tüm üyeler için bağlayıcı olan Avrupa Birliği

(14 June 2022) The Office for Intellectual Freedom of the American Library Association <<https://www.oif.ala.org/google-quietly-rolls-out-the-right-to-be-forgotten-mechanism-in-the-us/>> 05.10.2023

¹⁸⁹ Franz Werro, "The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash" in Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott and Leslie Jane Smith (eds), Liability in The Third Millennium (Georgetown Public Law Research Paper No. 2, 2009) 239

¹⁹⁰ Jeff John Roberts, "The Right to Be Forgotten from Google? Forget It, Says US Crowd" (12.03.2015) Fortune <<https://fortune.com/2015/03/12/the-right-to-be-forgotten-from-google-forget-it-says-u-s-crowd/>> 06.10.2023



Genel Veri Koruma Tüzüğü’nde (GDPR) düzenlenmiştir. Bu hakkın Avrupa’daki gelişim süreci, teknolojinin durdurulamaz hızı ve küreselleşmenin de etkisiyle, özellikle son yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde unutulma hakkı kapsamında verilerin korunması konusunda kapsamlı federal bir kanun çıkarılması ülke genelinde tartışılmakta, Apple ve Facebook gibi önemli Amerikan teknoloji şirketleri de bu konuda federal bir kanunun kabul edilmesini desteklemektedirler.¹⁹¹ Zira, unutulma hakkı konusunda federal bir kanun olmaması, her eyalette farklı düzenleme ve uygulamalara yol açmaktadır. Örneğin; Kaliforniya Eyaleti’nde verilerin gizliliğine dair kapsamlı bir yasal düzenleme ve bu düzenlemeye dayalı olarak zarar görenin dava açma ve tazminat hakkı korunurken, Wyoming Eyaleti’nde verilerin ve özel hayatın gizliliği alanında neredeyse hiç bir mevzuat bulunmamaktadır.¹⁹² Adweek tarafından yapılan bir anket, kişilerin çevirim içi verileri ile ilgili tasarrufta bulunabilme imkanını sağlaması, iftira niteliğinde olan, istenmeyen ya da kişinin mali durumu, kariyeri veya kişisel güvenliğini tehlikeye atabilecek bilgilerin kaldırılması ve kişilere hayatlarında yeni bir sayfa açma fırsatını tanıması nedenleriyle her 10 Amerikalı’dan 9’unun, unutulma hakkının bir şekilde Amerika Birleşik Devletleri’nde benimsenmesini arzuladığını ortaya koymuştur.¹⁹³

AB ve ABD şirketleri arasında AB’nin veri koruma düzenlemesiyle tutarlı bir şekilde serbest veri aktarımını sağlamayı öngören bir veri aktarım anlaşması olan ve kişisel verilerin toplanmasını bir standarda bağlayan Güvenli Liman Anlaşması’nı, Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın, “*Avrupalıların kişisel verilerinin Amerikan istihbarat kuruluşlarının erişimlerinden yeteri kadar korunmadığı*” gerekçesiyle 2015 yılında iptal etmesi ve ardından 2020 yılında Gizlilik Kalkanı Anlaşması’nı (Privacy Shield) da geçersiz kılması üzerine AB ve ABD arasındaki transatlantik veri gizliliği düzenlemelerine ilişkin tartışma ve müzakereler çok yakın zamana kadar devam etmiştir. Nihayet unutulma hakkı kapsamında kişisel verilerin mahremiyetini güvence altına alma amacı taşıyan “AB-ABD Veri Gizliliği Çerçevesi” 10 Temmuz 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte, bu son veri aktarım mekanizması girişiminin etkili bir şekilde işleyip işlemediği zaman içinde ortaya çıkacaktır.

¹⁹¹ Bu yönde bkz. Chris Baraniuk, “Tim Cook Blasts Weaponisation of Personal Data and Praises GDPR” (24.10. 2018) BBC NEWS <https://www.bbc.com/news/technology-45963935>; Justin Jaffe and Laura Hautala, “What the GDPR Means for Facebook, the EU, and You” (Nov. 29, 2019) CNET <https://www.cnet.com/news/privacy/what-gdpr-means-for-facebook-google-the-eu-us-and-you/> 06.10.2023

¹⁹² Paul Bischoff, “Internet Privacy Laws by State: Which US States Best Protect Privacy Online?” (23.10.2019) Comparitech <https://www.comparitech.com/blog/vpn-privacy/which-us-states-best-protect-online-privacy/> 06.10.2023

¹⁹³ Thomson Reuters, “Right To Be Forgotten - Erasing Your Private Information From Cyberspace”, <https://legal.thomsonreuters.com/en/insights/articles/erasing-your-private-information-from-cyberspace> 06.10.2023

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

Ambrose M L and Ausloos J, "The Right to Be Forgotten Across the Pond" (2013) 3 (1) Journal of Information Policy

Bernal P, "A Right to Delete" (2011) 2 (2) European Journal of Law and Technology

Brock G, Right to Be Forgotten: Privacy and The Media in The Digital Age (Reuters Institute for the Study of Journalism, University of Oxford 2016)

Cook L, "The Right to Be Forgotten: A Step In The Right Direction for Cyberspace Law and Policy" (2015) 6 (1) Journal of Law, Technology & the Internet

Craven J B, "Personhood: The Right To Be Let Alone" (1976) 1976 (4) Duke Law Journal

De Andrade N G, "Oblivion: The Right to be Different from Oneself: Re-Proposing the Right to be Forgotten" in A. Ghezzi, A.G. Pereira and L. Vesnić-Alujević (eds), The Ethics of Memory in a Digital Age (Palgrave Macmillan 2014)

De Andrade N G, "Right to Personal Identity: The Challenges of Ambient Intelligence and the Need for a New Legal Conceptualization" in S. Gutwirth and others (eds), Privacy and Data Protection: An Element of Choice, (Springer Publisher 2011)

De Terwangne C, "Internet Privacy and the Right to Be Forgotten/Right to Oblivion" (2012) 1 (13) Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC

Dowdell J W, "An American Right to Be Forgotten" (2017) 52 (2), Tulsa Law Review

Erdoğan M, "Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif" (2001) (24) Liberal Düşünce

Gajda A, "Privacy, Press, and The Right to Be Forgotten in The United States" (2018) 93 (1) Washington Law Review

Giglio E D, "Unwanted Publicity, the News Media, and the Constitution: Where Privacy Rights Compete with the First Amendment", (1979) 12 (2) Akron Law Review

Hornung G and Schnabel C, "Data Protection in Germany I: The Population Census Decision and the Right to Informational Self-determination" (2009) 25 (1) Computer Law & Security Report

Işıқтаç Y, "Ceza Adaleti Açısından Hapis Cezası ve Rehabilitasyon İlişkisi" (2013) LXXI (1) İÜHF



Jacoby N, “Redefining the Right To Be Let Alone: Privacy Rights And The Constitutionality Of Technical Surveillance Measures In Germany And The United States” (2007) 35 (3) Georgia Journal Of International And Comparative Law

Kobrin S, “Safe Harbours Are Hard To Find: The Trans-Atlantic Data Privacy Dispute, Territorial Jurisdiction and Global Governance” (2004) 30 (1) Review of International Studies

Kodde C, “Germany’s ‘Right to be forgotten’ – between the freedom of expression and the right to informational self-determination” (2016) 30 (1-2) International Review of Law, Computers & Technology

Koops B J, “Forgetting Footprints, Shunning Shadows: A Critical Analysis of the Right to Be Forgotten in Big Data Practice” (2011) 8 (3) SCRIPTed

LoCascio S M, “Forcing Europe to Wear Rose-Colored Google Glass: The ‘Right to be Forgotten’ and the Struggle to Manage Compliance Post Google Spain” (2015) 54 (1) COLUM. J. TRANSNAT’L L.

Mantelero A, “The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the Right to Be Forgotten” (2013) 29 (3) Computer Law & Security Review

Markou C, “The Right To Be Forgotten: Ten Reasons Why It Should Be Forgotten” in S. Gutwirth, Ronald Leenes and Paul de Hert (eds), Reforming European Data Protection Law (1st edn, Springer 2015)

McNealy J E, “The Emerging Conflict between Newsworthiness and the Right to Be Forgotten” (2012) 39 (2) Northern Kentucky Law Review

Miyashita H, “The Right To Be Forgotten and Search Engine Liability” (2016) 2 (8) Brussels Privacy Hub, Working Paper

Quint P E, “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory” (1989) 48 (2) Maryland Law Review

Reed T, “Indigenous Dignity and the Right to Be Forgotten” (2021) 46 (4) BYU Law Review

Roagna I, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması (çev. Ayşe Gül Alkış Schaling) (Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları 2012)

Rouvroy A and Pouillet Y, “The Right to Informational Self-Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy” in S. Gutwirth, Ronald Leenes and Paul de Hert (eds), Reforming European Data Protection Law (1st edn, Springer 2015)

Tamò A and George D, "Oblivion, Erasure and Forgetting in the Digital Age, Journal of Intellectual Property" (2014) 5 (2) Information Technology and Electronic Commerce Law

Tanör B, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası (Öncü Kitabevi 1969)*

Von Bergen C W, Martin S B and Cody B, "The Right to Be Forgotten in the United States: Part II" (2020) 6 (7) Pratt's Privacy and Cybersecurity Law Report

Weber R H, "The Right To Be Forgotten: More Than a Pandora's Box?" (2011) 2 (1) JIPITEC

Franz Werro, "The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash" in Aurelia Colombi Ciacchi, Christine Godt, Peter Rott and Leslie Jane Smith (eds), *Liability in The Third Millennium (Georgetown Public Law Research Paper No. 2, 2009)*

İnternet Kaynakları

Akıncı A N, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler Ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi" (2017) TC Kalkınma Bakanlığı, Çalışma Raporu 6 <http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf>

Baraniuk C, "Tim Cook Blasts Weaponisation of Personal Data and Praises GDPR" (24.10. 2018) BBC NEWS <<https://www.bbc.com/news/technology-45963935>>

Bischoff P, "Internet Privacy Laws by State: Which US States Best Protect Privacy Online?" (23.10.2019) Comparitech <<https://www.comparitech.com/blog/vpn-privacy/which-us-states-best-protect-online-privacy/>>

BVerfG, Order of the First Senate of 15 December 1983 - 1 BvR 209/83, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/1983/12/rs19831215_1bvr020983en.html>

Court of Justice of the European Union Press Release No. 117/15, "The Court of Justice declares that the Commission's US Safe Harbour Decision is invalid" (Oct. 6, 2015) Judgment in Case C-362/14 Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner <<https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf>>

De Terwangne C, "The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment" (2013) European Commission Joint Research Centre Institute for the Protection and Security of the Citizen Report EUR 26434 <jrc86750_cecile_fv.pdf>

Dressler V, "Google Quietly Rolls Out the Right to be Forgotten mechanism in the U.S." (14 June 2022) The Office for Intellectual Freedom of the American Library Association <<https://www.oif.ala.org/google-quietly-rolls-out-the-right-to-be-forgotten-mechanism-in-the-us/>>



European Commission, “A comprehensive approach on personal data protection in the European Union” (2010) Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The Economic and Social Committee and The Committee of The Regions <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0609:FIN:EN:PDF>>

European Commission, “Adequacy decision for the EU-US Data Privacy Framework”, <https://commission.europa.eu/document/fa09cbad-dd7d-4684-ae60-be03fcb0fddf_en>

European Commission, “Data Protection: European Commission adopts new adequacy decision for safe and trusted EU-US data flows” <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_3721>

General Data Protection Regulation (GDPR), <<https://gdpr-info.eu/>>

Gibbs S, “What is Safe Harbour and Why Did the EUCJ Just Declare It Invalid?” (Oct. 6, 2015) THE GUARDIAN <<http://www.theguardian.com/technology/2015/oct/06/safe-harbour-european-court-declare-invalid-data-protection>>

Google Şeffaflık Raporu, “Avrupa Gizlilik Yasası Kapsamında İçerik Kaldırma Talepleri” <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=tr>>

Google Şeffaflık Raporu, “İçerik Kaldırmaya İlişkin Resmi Makamların Talepleri”, <<https://transparencyreport.google.com/government-removals/overview?hl=tr>>

Google “Transparency Report”, <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>>

Herring C and Smith S S, “The Limits of Ban the Box Legislation” (2022) Berkeley University Institute for Research on Labor and Employment <https://irle.berkeley.edu/wp-content/uploads/2022/03/The-Limits-of-Ban-the-Box-Legislation-1.pdf>

Hoboken J V, “The Proposed Right to Be Forgotten Seen from the Perspective of Our Right to Remember, Freedom of Expression Safeguards in a Converging Information Environment” (2013) Prepared for the European Commission Appointment Letter No. 257971 Institute for Information law (IViR) <<https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC86747>>

Jaffe J and Hautala L, “What the GDPR Means for Facebook, the EU, and You” (Nov. 29, 2019) CNET <<https://www.cnet.com/news/privacy/what-gdpr-means-for-facebook-google-the-eu-us-and-you/>>

Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner & Digital Rights Ireland Ltd.; <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d-2dc30dd5b610279af57461688cfc1d680446584.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuRb->

N90?text=&docid=169195&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&oc-
c=first&part=1&cid=356030>

New York State Assembly, Bill No A05323 (2017) <https://nyassembly.gov/leg/?default_fld=&leg_video=&bn=A05323&term=2017&Summary=Y&Actions=Y&Committee%2526nbspVotes=Y&Text=Y>

Roberts J J, "The Right to Be Forgotten from Google? Forget It, Says US Crowd" (12.03.2015) Fortune <<https://fortune.com/2015/03/12/the-right-to-be-forgotten-from-google-forget-it-says-u-s-crowd/>>

Rosen J, "The Right To Be Forgotten" (2012) 64 (88) Stanford Law Review Online <<https://www.stanfordlawreview.org/online/privacy-paradox-the-right-to-be-forgotten/>>

Senate Bill- 568 Privacy: Internet: Minors 23 September 2013, <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201320140SB568>

Simmons and Simmons, "EU Permits Unrestricted Flow of Personal Data with Immediate Effect" (12 July 2023), <<https://www.simmons-simmons.com/en/publications/cljzyp71500uotpz0xj8mligj/faqs-eu-us-data-privacy-framework-approved>>

Schwartz J, "Two German Killers Demanding Anonymity Sue Wikipedia's Parent" (2019) The New York Times <http://en.wikipedia.org/wiki/Walter_Sedlmayr>

The Constitution of the United States of America, <https://www.senate.gov/civics/resources/pdf/US_Constitution-Senate_Publication_103-21.pdf>

Thomson Reuters, "Right To Be Forgotten - Erasing Your Private Information From Cyberspace", <<https://legal.thomsonreuters.com/en/insights/articles/erasing-your-private-information-from-cyberspace>>

Volkszählungsurteil in englischer Sprache: Census Act, <<https://freiheitsfoo.de/census-act/>>

Xanthoulis N, "Conceptualizing a Right to Oblivion in the Digital World: A Human Rights- Based Approach" (2012) Social Science Research Network <SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2064503>>

95/46/EC sayılı AB Veri Koruma Direktifi (Directive 95/46/EC of The European Parliament and of The Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data), <https://edps.europa.eu/sites/default/files/publication/dir_1995_46_en.pdf>

Mahkeme Kararları ve Mevzuat

- A. v. France, Başvuru No. 14838/89, 23.11.1993
- A. v. Norway, Başvuru No. 28070/06
- A.D.T. v. The United Kingdom, Başvuru No. 35765/97, 31.07.2000
- Adams v. US, 250 US 616, 630, 631 (1919)
- Alabama Adoption Code (2017)
- Axel Springer AG. v. Germany, Başvuru No. 39954/08, 07.02.2012
- Bartnicki v. Vopper, 532 U.S. 514 (2001)
- Biancardi v. Italy, Başvuru No. 77419/16, 25.02.2022
- Chauvy and Others v. France, Başvuru No. 64915/01
- Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469 (1975)
- Criminal History Records Bill, S.B. 118, 2017 Leg. (Fla. 2017)
- Delfi As v. Estonia, No. 64569/09
- Dennis v. US, 341 US, 494, 550 (1951)
- Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel v. Ukraine, Başvuru No. 33014/0
- Egeland and Hanseid v. Norway, Başvuru No. 34438/04
- Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989)
- Foster v. Svenson, No. 03068 (N.Y. App. Div. Apr. 9, 2015)
- Fuchsmann v. Germany, Başvuru No. 71233/13
- Fürst- Pfeifer v. Austria, Başvuru No. 33677/10, 52340/10, 17.05.2016
- Garcia v. Google, Inc. 786 F.3d 733 (9th Cir. 2015)
- Gaskin v. United Kingdom, 10454/83, 23.01.1986
- Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Espanola de Proteccion de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gonzalez (2014) Document 62012CJ0131
- Halford v. United Kingdom, Başvuru No. 20605/92, 25.07.1997
- Hass v. Switzerland, Başvuru No. 31322/07, 20. 01. 2011
- Hurbain v. Belgium, Başvuru No. 57292/16, 04.07.2023
- Hurbain v. Belgium, No. 57292/16, 22 06. 2021
- Joseph Burstyn v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952)

- Karabeyoğlu v. Turkey, Başvuru No. 30083/10, 07.07. 2016
- L.B v. Hungary; Başvuru No. 36345/16, 09. 03. 2023
- Landmark Communications, Inc. v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978)
- Landmark Communications, Inc. v. Virginia, 435 U.S. 829 (1978)
- Law Enforcement Officer-Worn Body Camera Act, 50 ILL. COMP. STAT. 706/10-20(a)(7)(B) (2017)
- Lebach Case, 35 BVerfGE 202, 05.06.1973
- Lingens v. Austria, Başvuru No. 9815/82
- M.A.K. and R.K. v. The United Kingdom, Başvuru No. 45901/05- 40146/06, 23.03.2010
- M.L. and W.W. v. Germany, Başvuru No. 60798/10 ve 65599/10, 28.09.2018
- Martin v. Hearst, 777 F.3d 546 (2d Cir. 2015)
- Maximillian Schrems v. Data Protection Commissioner & Digital Rights Ireland Ltd, 06.10.2015
- Melvin v. Reid, 112 Cal. App. 285, 297 P. 91 (1931)
- Montana Code Annotated (2021)
- Murray v. United Kingdom, Başvuru No. 14310/88 , 01.10.1994
- Niemietz v. Germany, Başvuru No. 13710/88, 16.12.1992
- Nilsen & Johnsen v. Norway, Başvuru No. 23118/93
- Norris v. Ireland, Başvuru No. 10581/83, 12.03.1987
- North Dakota Century Code, parag. 27-20-53(4) (2017)
- Oberschlick v. Austria, Başvuru No. 11662/85
- Oklahoma Publishing Company v. District Court, 430 U.S. 308 (1977)
- Petrenco v. Moldova, Başvuru No. 20928/05
- Pfeifer v. Austria, Başvuru No. 12556/03, 15.11.2007
- Polanco Torres ve Movilla Polanco v. Spain, Başvuru No. 34147/06
- Requirements relating to information contained in consumer reports, 15 U.S.C. parag. 1681c(a)(1) (2012)
- S. and Marper v. The United Kingdom, Başvuru No. 30562/04-30566/04, 04.12.2008

Schweizerische Radio und Fernsehgesellschaft SRG v. Switzerland, Başvuru No. 34124/06

Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963)

Smith v. Daily Mail Publishing Co., 443 U.S. 97 (1979)

Surikov v. Ukraine, Başvuru No. 42788/06, 26.01.2017

Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957)

Vavricka and Others v. The Czech Republic, Başvuru No. 47621/13

Wisconsin v. Yoder, 406 US 205 (1972)

Sipple v. Chronicle Publishing Co.; 201 Cal. Rptr. 665 (Ct. App. 1984)

DEVLET MEMURLARI KANUNU İLE 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNUNDAKİ DİSİPLİN HUKUKUNA İLİŞKİN SÜRELER

Time Limits of Disciplinary Law in Civil Servants Law and Higher Education Law

Engin SAYGIN*

Özet

Medeni ve idari yargılama hukuku açısından önemli bir yere sahip olan süreler, disiplin hukukunda da aynı oranda öneme sahiptirler. Bu nedenle hem 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda memurlar için hem de 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öğretim elemanları için disiplin soruşturmasının başlangıcından sonuna kadar farklı nitelikteki sürelerle yer verilmiştir. Bu sürelerin bir kısmının muhatabı idari makamlardır ve söz konusu süreler daha çok idarenin daha hızlı hareket etmesini temin etmeye yöneliktir. Bir kısım süreler ise memurlar ve öğretim elemanlarının savunma hakkı gibi haklarını gereği gibi kullanmaları için getirilmiş sürelerdir.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin getirmiş olduğu en temel ilkelerden birisi olan "Usul esasa mukaddemdir" ilkesi de kanunlarda düzenlenmiş sürelerin önemine işaret etmektedir. Bu çalışmamızda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda memurlar için ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öğretim elemanları için disiplin soruşturma ve cezalarında öngörülen süreler bütüncül bir yaklaşımla ele alınmıştır. Söz konusu kanunlarda düzenlenen süreler; konusuna, muhatabına ve etkisine göre gruplara ayrılmıştır. Bu kriterler ile yapılan ayırmada memurların ve öğretim elemanlarının disiplin hukukundaki süreleri; disiplin cezasına konu olan fiilin bir unsuru olan süreler, disiplin soruşturmasında hak düşürücü süreler, disiplin cezalarının uygulanması bakımından süreler ve idari tedbir olarak görevden uzaklaştırmada süreler olmak üzere dört gruba ayırmak mümkündür. Her bir grupta söz konusu süreler ile ilgili önem arz eden ve güncel nitelikteki hususlardaki yargı kararlarına yer verilmek suretiyle disiplin hukukunda süreler incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Memur, Öğretim Elemanları, Disiplin, Disiplin Soruşturması, Disiplin Cezası, Süreler

Abstract

Time limits that have an important place in the law of civil and administrative procedure are equally important in disciplinary law. For this reason, both Civil Servants Law No. 657 and Higher Education Law No. 2547 stipulate time limits with different characteristics from the beginning to the end of the disciplinary investigation for civil servants and academics respectively. Some of these time limits are addressed to administrative authorities and are they are mostly intended to ensure that the administrative authorities act faster. Some of time limits are introduced for the effective use of constitutional rights such as the right to defence for civil servants and academics.

The principle of "Usul esasa mukaddemdir. (Procedural rules take priority over substantive rules.)" that is one of the fundamental principles of Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye highlights the importance of time limits regulated in the law. In this study, time limits prescribed in disciplinary law in the Civil

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 06.03.2024

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Doç. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, enginsaygin@aybu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9003-9966>.



Servants Law No. 657 for civil servants and Higher Education Law No. 2547 for academics have been discussed with a comprehensive approach. For this purpose, time limits that are regulated by these laws may be divided into groups according to their subject, addressee and effect. Based on these criteria, it is possible to categorize time limits in disciplinary law into four groups; time limits that are an element of the act subject to disciplinary punishment, time limits may cause the deprivation of rights in disciplinary investigations, time limits in terms of the application of disciplinary penalties and time limits in the suspension from duty as an administrative measure. In each group, time limits in disciplinary law are explained by addressing judicial decisions on important and current issues.

Keywords: Civil Servant, Academics, Discipline, Disciplinary Investigation, Disciplinary Penalty, Terms

GİRİŞ

1982 Anayasası “Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” başlıklı kısımda, “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.*” (madde 129/2) hükmü ile disiplin soruşturmasındaki güvencelerden birisi olarak savunma hakkını anayasal güvence altına almıştır.

Savunma hakkı, hukuk devleti ilkelerine uygun bir zeminde adil yargılanma hakkından temellerini almakta ise de savunma hakkının ne kadar bir süre içerisinde kullanılabileceği Anayasa’da düzenlenmemiştir. Bu konuda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (kısaca 657 sayılı Kanun) devlet memuruna savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceğini belirttiikten sonra soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun savunma yapmak üzere soruşturulana yedi günden az olmamak üzere süre vermesini öngörmektedir.

Kendine ait personel kanunu bulunan hakimler ve savcılar için 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nda; askeri personel için 6413 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu’nda savunma hakkına ilişkin süre öngörülmüştür.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu (kısaca 2547 sayılı Kanun) ise bu konuda ele alınmayı gerektirmektedir. Nitekim 2547 sayılı Kanun’da soruşturulananın savunma hakkının kapsamı, bu süreçten nasıl haberdar edileceği ve savunmasının nasıl alınacağı düzenlenmiş ve iddialar hakkında savunma imkanı tanınmadan soruşturulana disiplin cezası verilemeyeceği, soruşturmayı yapan tarafından yedi günden az olmamak kaydıyla savunma süresi verileceği ve bu süre zarfında geçerli bir mazeret olmaksızın savunmanın yapılmaması halinde savunma hakkından vazgeçilmiş sayılacağı hüküm altına alınmışsa da savunma hakkının kullanılması için yedi günden az olmamak üzere verilen sürenin de içinde bulunduğu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından 13/10/2022 tarihli ve E.: 2022/87, K.: 2022/121 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Netice itibariyle, 2547 sayılı Kanun’da, kanun koyucu bu konuda yeni bir düzenleme yapıncaya kadar, savunma hakkının kullanılacağı süreye dair bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kanun koyucu bu konuda yeni bir düzenleme yapıncaya kadar, öğretim elemanlarının savunma hakkını kullanacağı süre konusunda farklı uygulamaların ve uyumsuzlukların çıkabileceğini öngörmek mümkündür. Bu nedenle, Anayasa Mahke-

mesi'nin iptal gerekçesi önem arz etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre Kanun'un açık lafzından; soruşturmaya davet yazısının soruşturmayı yapan tarafından gönderileceği dolayısıyla savunmaya davet yazısıyla soruşturma henüz tamamlanmadan yani isnat edilen eylem ve bu eyleme karşılık gelen disiplin cezasının ne olduğu henüz açık hale gelmeden savunma hakkının kullanılması için süre verilmesinin söz konusu olabilecektir. Söz konusu düzenlemenin savunma hakkının anayasal güvencelerine uygun olup olmadığının ortaya konabilmesi açısından savunmaya davet yazısında yer alacak bilgilerle bağlantılı olarak ele alınması gerektiğini değerlendiren Yüksek Mahkeme; disiplin sürecinde soruşturmayı yapanın görev aldığı aşama dikkate alındığında, bu aşamanın ilgilinin savunma için ön koşul olan isnadı öğrenme hakkından gereği gibi yararlanmasına imkân verip vermediğini değerlendirmiştir. Savunma davet yazısının içeriğinde olması zorunlu bilgiler göz önünde bulundurulduğunda soruşturmacının, dosyanın henüz olgunlaşmadığı bir aşamada savunmanın istenebileceği sonucuna varan Yüksek Mahkeme; bu durumda soruşturmaya davet yazısının içeriğinin kişinin isnattan haberdar olmasını sağlamaya, dolayısıyla Anayasa'nın 129. maddesinin ikinci fıkrası anlamında savunma hakkını etkili bir şekilde kullanmasına elverişli olmadığını değerlendirmiştir.

Görüldüğü üzere, savunma hakkının anayasal bir hak olması sebebiyle mevzuatta savunma hakkı için öngörülen yedi günlük süre ön plana çıkmaktaysa da önemli olan savunma hakkının sadece yedi günlük sürede kullanılması değil, savunma hakkının gereği gibi ve etkili bir şekilde kullanılmasıdır. Kaldı ki, savunma hakkı için öngörülen en az yedi günlük sürenin dışında disiplin soruşturmasının başlangıcından sonuna kadar pek çok farklı nitelikte süreler de bulunmaktadır ve bu sürelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim Osmanlı'nın son dönem hukukçularından olan Ahmet Cevdet Paşa'nın riyasetinde bulunan bir hukuk kurulu tarafından hazırlanan ve kimi ülkelerde 1990'lara kadar yürürlükte kalan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin getirmiş olduğu en temel ilkelerden birisi olan "Usul esasa mukaddemdir" ilkesi kanunlarda düzenlenmiş sürelerin önemine vurgu yapmaktadır.

Bu çalışmamızda öncelikle genel olarak süre kavramı tanımlanacak ve sürelerin tasnifi yapılacaktır. Daha sonra disiplin hukukunda süreler konusu ele alınacaktır. Disiplin hukukunda süreler; konusuna, muhatabına ve etkisine göre gruplara ayrılacaktır. Bu kriterler ile yapılan ayırmada disiplin hukukunda süreleri; disiplin cezasına konu olan fiilin bir unsuru olan süreler, disiplin soruşturmalarında hak düşürücü süreler, disiplin cezalarının uygulanması bakımından süreler ve idari tedbir olarak görevden uzaklaştırmada süreler olmak üzere dört grupta incelenecektir. Her bir grupta sürelerin hem 657 sayılı Kanun'da hem de 2547 sayılı Kanun'da nasıl düzenlendiği ele alınacak ve bu sürelerin uygulanması ve yorumlanmasında yargı organlarının değerlendirme ölçütlerine yer verilecektir.

I. SÜRENİN TANIMI VE SINIFLANDIRILMASI

Müddet, mehil (mehl) veya mühlet olarak da ifade edilen süre¹; bir olayın başı ile sonu arasında geçen zaman parçası ya da bir olayın bir eylemin olageldiği zaman aralığı veya bir işin başlangıcı ve sonu için önceden belirlenen zaman bölümü anlamlarına gelmektedir².

Türk Medeni Kanunu'ndaki "süre" ve "vade", Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki "süre", İcra ve İflas Kanunu'nda "süre", "mehil", "müddet" ve "mühlet" gibi kavramlar kanun tarafından bir hakkın talep edilmesi veya bir borcun yerine getirilmesi için belirlenen zaman dilimini ifade etmektedir³.

Sürelerin kanunlarda yer alma nedenleri, türleri, koşulları ve uzunlukları, uygulanan hukuk düzenine ve kanun koyucunun amacına göre değişmektedir⁴.

Eraslan kanunlarda yer alan süreleri; yer aldıkları hukuk alanlarına göre kamu hukuku alanındaki ve özel hukuk alanındaki süreler olarak ikiye ayırmakta ve kamu hukuku alanındaki süreleri ise ceza hukuku ve idare hukuku alanındaki süreler olarak iki alt gruba ayrılmaktadır⁵. Özel hukuk alanındaki süreler ise maddi hukuk alanında ve özel hukuk alanında düzenlenen süreler olarak iki alt gruba ayrılmaktadır⁶.

Maddi hukuk alanındaki süreler; zamanaşımı (müruruzaman) süreleri, hak düşürücü (sükûtu hak müddeti) süreler ve hak düşürücü ve zamanaşımı sürelerinden olmayan süreler olarak üçe ayrılmaktadır.

Bir hakkın belirli bir süre içerisinde kullanılmaması durumunda, hakkı ortadan kaldırmayan ancak onun dava veya cebri icra yoluyla talep edilebilirliğini engelle-

¹ Disiplin soruşturmalarındaki sürelerin ne zaman işlemeye başlayacağı, duracağı, kaldığı yerden yeniden işlemeye devam edeceği, ne zaman son bulacağı, sürenin ne şekilde hesaplanacağı, sürenin son gününün resmi tatile denk gelmesi halinde nasıl hareket edileceği gibi hususlar idari davalar için öngörülen düzenlemelerden hareketle belirlenmektedir. Bu nedenle idari davalarda sürelerle ilişkin detaylı bilgi için bakınız Ender Ethem Atay, İdari Yargılama Hukuku (3rd edn, Seçkin, Ankara, 2021) 227 vd.; Ramazan Çağlayan, İdari Yargılama Hukuku (15th edn, Seçkin, Ankara, 2023) 319 vd.; Ramazan Çağlayan, 'İdari Yargılama Usulünde Dâvâ Açma Süresine İlişkin Güncel Kararlar Üzerine Bazı Mülâhazalar' (2022) 26 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 207-245

² Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü (10 edn, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011) 969; Ejder Yılmaz, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler' (2013) III (8) Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan (Özel Sayı), 3167-3190; Büyük Larousse, Sözlük ve Ansiklopedi (Milliyet Yayınları, Yirmi Birinci Cilt, İstanbul, 2007) 10930-10931; Meydan Larousse, Büyük Lügat ve Ansiklopedi (Meydan Yayınevi, 11. Cilt, İstanbul, 1986) 664; Türk Dil Kurumu Sözlük, Türkçe Sözlük (10th edn, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2005) 1830.

³ Ejder Yılmaz, 2013, 'Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler' 3167.

⁴ Eraslan Özkaya, Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler (3rd edn, Seçkin Yayıncılık, 2023) 27; S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7th edn, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1993) s. 1030-1034; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25th edn, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020) 1418 vd.

⁵ Özkaya (n4) 28.

⁶ Özkaya (n4) 29.

yen süreler zamanaşımı süresidir⁷.

Hak düşürücü süre kavramı, geniş anlamıyla, bir hakkın belirli süreler içerisinde kullanılmamasından dolayı hakkın kendisinin ortadan kalkmasıdır⁸. Hak düşürücü süreler kural olarak yenilik doğuran haklar bakımından söz konusudur⁹.

Hak düşürücü süre ve zamanaşımı süresinden olmayan süreler ise kanunun ya bir edimin yerine getirilmesi için ya da bir hukuki durumun tespiti için öngördüğü sürelerdir¹⁰. Keza bu süreler düzenleyici süreler ve hakkı bağlı süreler olarak da tasnif edilebilmektedir¹¹.

II. DİSİPLİN HUKUKUNDA SÜRELER

657 sayılı Kanun'un "Disiplin" başlıklı 7. bölümünde ve 2547 sayılı Kanun'un "Disiplin ve Ceza İşleri" başlıklı 9. bölümünde çok sayıda ve farklı nitelikte süreye yer verildiği görülmektedir.

Bu süreler konusuna, muhatabına ve etkisine göre disiplin cezasına konu olan fiilin bir unsuru olan süreler, disiplin soruşturmalarında hak düşürücü süreler, disiplin cezalarının uygulanması bakımından süreler ve idari tedbir olarak görevden uzaklaştırmada süre olmak üzere dört gruba ayrılabilir.

657 sayılı Kanun'da bu sürelerin dışında idarenin işleyişini düzenleyen ve idareyi hızlandırıcı sürelere yer verildiği de görülmektedir. Şöyle ki, Kanun'un "Karar Süresi" başlığını taşıyan 128. maddesinde;

"Disiplin amirleri uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarını soruşturmanın tamamlandığı günden itibaren 15 gün içinde vermek zorundadırlar. Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren hallerde soruşturma dosyası, kararını bildirmek üzere yetkili disiplin kuruluna 15 gün içinde tevdi edilir.

Disiplin kurulu, dosyayı aldığı tarihten itibaren 30 gün içinde soruşturma evrakına göre kararını bildirir. Memurluktan çıkarma cezası için disiplin amirleri tarafından yaptırılan soruşturmaya ait dosya, memurun bağlı bulunduğu kurumun yüksek disiplin kuruluna tevdiinden itibaren azami altı ay içinde bu kurulca, karara bağlanır."

hükmüne yer verilmiştir.

⁷ Eren (n4) 1419.

⁸ Vedat Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar (Yetkin Yayınları, Ankara, 2005) 261 vd; Mehmet Erdem, Özel Hukukta Zamanaşımı (XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010) 25.

⁹ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1 (11th edn, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013) 600.

¹⁰ Eren (n4) 1419.

¹¹ Özkaya (n4) 30.

Bu maddede öngörülen süreler geçtikten sonra da cezaların verilebileceği ve sadece karar verme süresine uyulmamasının idari işlemi kusurlandıracak nitelikte olmadığı¹² dikkate alınmak suretiyle yukarıda yapılan gruplandırmaya karar süreleri dahil edilmemiştir.

Keza 2547 sayılı Kanun'da öğretim elemanı, memur ve diğer personel yanında öğrencilere ilişkin disiplin kuralları öngörülmekte ise de bu çalışmamızın kapsamının sınırlı olması nedeniyle 2547 sayılı Kanun'da öğrencilerin disiplin soruşturmalarına ilişkin süreler de çalışmaya dahil edilmemiştir¹³.

A. Disiplin Cezasına Konu Olan Süreler¹⁴

657 sayılı Kanun'un "Disiplin Cezalarının Çeşitleri ile Ceza Uygulanacak Fiil ve Haller" başlıklı 125. maddesinde ve 2547 sayılı Kanun'un "Genel Esaslar" başlıklı 53. maddesinde, bazı disiplin suçunu oluşturan fiil ve hallerde suçun konusunun belli bir zaman dilimine bir diğer ifadeyle süreye göre belirlendiği görülmektedir.

657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde belirtilen "özürsüz olarak göreve gelmek" fiili disiplin cezasını gerektiren bir fiil olup bu fiilin ne kadar süre boyunca yapıldığı hangi disiplin cezasının uygulanacağı yönünde önem arz etmektedir.

Şöyle ki, memurun bir veya iki gün boyunca göreve gelmeyip görevi terk etmesi halinde aylıktan kesme cezası, üç-dokuz gün boyunca göreve gelmemesi halinde kademe ilerlemesinin durdurulması, bir yıl içerisinde toplam yirmi gün göreve gelinmemesi halinde ise devlet memurluğundan çıkarma cezası söz konusu olacaktır.

2547 sayılı Kanun'un 53. maddesinde "özürsüz olarak göreve gelmemek" fiili benzer şekilde düzenlenmiştir.

Burada ise öğretim elemanlarının üç-dokuz gün boyunca göreve gelmemesi halinde aylıktan veya ücretten kesme, bir yıl içerisinde toplam yirmi gün göreve gelinmemesi halinde ise, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezası söz konusu olacaktır¹⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken ilk ve önemli husus, göreve gelmemenin özürsüz olmasıdır. Danıştay kararlarına incelendiğinde; üyesi olduğu sendikanın aldığı

¹² Danıştay 14. D. 2011/13683, 2013/2676, 10.4.2013; Erzurum 3 BİM, 2018/29, 2019/151, 31.1.2019; Gaziantep 3 BİM, 2017/283, 2017/319, 23.3.2017 Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

¹³ Yükseköğretim öğrencilerinin disiplin soruşturmaları için bakınız Bahattin Duman, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması (8th edn, Seçkin, Ankara, 2023).

¹⁴ 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun yanı sıra 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 6413 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ve 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu kapsamında da benzer süreler öngörülmüştür.

¹⁵ Öğretim elemanları dışında iş sözleşmesiyle çalışan personel 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ve iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine tabidir. Memurlar hakkında ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesi uygulanır.

bir karar sonucunda gerçekleşen iş bırakma eylemine katılmanın özürsüz olarak göreve gelmemek fiili kapsamında değerlendirilemeyeceği ve sendikal faaliyet kapsamında bir fiil olarak kabulü gerekeceği sonucuna varıldığı görülmektedir¹⁶.

Bununla birlikte söz konusu kararların karşı oy yazılarında, eylemin amacının ve niteliğinin de dikkate alındığı görülmektedir. Kamu görevlilerinin, ekonomik, sosyal, mesleki hak ve menfaatlerinin ve bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi, bu konulara dikkat çekilmesi ve kamuoyu oluşturulmasının sağlanması amacıyla ve başka seçeneklerinin bulunmaması durumunda üyesi buldukları sendikaların aldıkları kararlar uyarınca iş bırakma eylemlerine ilgili mevzuatına uygun olarak katılmaları nedeniyle disiplin cezaları ile cezalandırılmalarının demokratik bir toplumda gerekli olduğundan söz edilemeyeceği kabul edilmektedir.

Ancak görevine gelmeme nedeninin, ilgilinin bulunduğu sendikaca alınan, “Savaşa hayır, barışı savunacağız.” şiarıyla gerçekleşen bir günlük grev kararına katılım sağlamak olduğunun sabit olduğu; kamu görevlilerinin, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin ve bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi amacını taşımayan anılan eyleme katılan ve bu nedenle görevine gelmeyen ilgili hakkında tesis edilen disiplin cezasının hukuka aykırı olmadığı ileri sürülmüştür¹⁷.

Benzer şekilde bir diğer karşı görüş yazısında, İstanbul İli, Silivri 50. Yıl Aile Sağlığı Merkezinde aile hekimi olarak görev yapan ilgilinin, sendikanın aldığı iş bırakma eylemine uyararak 20/05/2015 tarihinde nöbete gelmediğini ikrar ettiği, diğer yandan gerek aile hekimlerine nöbet uygulamasının yasal dayanağını oluşturan Aile Hekimliği Kanunu’nun 3. maddesinin iptali istemiyle açılan davaların Anayasa Mahkemesi’nin 03/10/2013 tarihli kararıyla reddedilmiş olması, gerekse nöbete gelmeme eylemlerinin sendikal faaliyet sınırını aşması ve ölçülülük ilkesine aykırı olması sebebiyle, nöbet görevine gelmeyen ilgiliye Yönetmeliğin 14. maddesinde yer alan “izinsiz işe gelmemek (işe gelmediği her gün için)” fiinden dolayı (10) ihtar puanı verilmesinde hukuka aykırılık görülmemiştir¹⁸.

¹⁶ Danıştay 12. D. 2015/2579, 2016/1629, 24.3.2016; Danıştay 12. D. 2012/10428, 2016/77, 20.1.2016; Danıştay 12. D. 2012/12076, 2016/35, 28.1.2016; Danıştay 12. D. 2016/2518, 2016/3909, 15.6.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

¹⁷ İstanbul 2 BİM, 2018/2813, 2018/3382, 27.11.2018; Erzurum 3 BİM, 2018/1920, 2019/929, 18.7.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

¹⁸ Danıştay 2. D. 2016/12557, 2017/5144, 15.6.2017; Danıştay 2. D. 2016/12817, 2017/4874, 8.6.2017; Benzer kararlar için bakınız Danıştay 2 D. 2021/15124, K. 2021/1240, 13.4.2021; Danıştay 2 D. 2016/4294, K. 2017/5398, 22.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/15562, K. 2017/5239, 20.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/15605, K. 2017/4906, 13.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/16020, K. 2017/4904, 13.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/15424, K. 2017/6046, 9.10.2017; Danıştay 2 D. 2016/4738, K. 2017/5402, 22.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/12911, K. 2017/5091, 15.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/4879, K. 2017/5110, 15.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/8660, K. 2017/5180, 15.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/4538, K. 2017/5111, 15.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/15394, K. 2017/5072, 14.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/14107, K. 2017/4920, 13.6.2017; Danıştay 2 D.



Her ne kadar bir disiplin cezasına konu bir fiil olarak düzenlenmemiş olsa da 657 sayılı Kanun'da olup da 2547 sayılı Kanun'da olmayan bir süreden de bahsetmek gerekmektedir. 657 sayılı Kanun'un 94. maddesine göre “*Mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılır.*”

2457 sayılı Kanun'da öğretim elemanları için mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi hali düzenlenmemiştir. Bununla birlikte 2547 sayılı Kanun'un 62. maddesinde, üniversite öğretim elemanları ve üst kuruluşlar ile üniversitelerdeki memur ve diğer görevlilerin özlük hakları için bu Kanunun, bu Kanunda belirtilmeyen hususlar için Üniversite Personel Kanunu, Üniversite Personel Kanununda bulunmayan hususlar için ise genel hükümlerin uygulanacağı kurala bağlanmıştır. Kanun'un 65/9. maddesinde ise, öğretim elemanları, memur ve diğer personel ile öğrencilerin disiplin işlemlerinin Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı tarafından çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği kurala bağlanmış iken Anayasa Mahkemesi'nin 8/9/2022 tarihli ve E.: 2022/54, K.: 2022/99 sayılı kararı ile bu alt bentte yer alan “ile öğrencilerin” ibaresi “disiplin işlemleri” ve “ile ilgili hususlar” ibareleri yönünden iptal edilmiştir.

Yargı organları öğretim elemanlarının atanma usulleri ve süreleri ile yürütecekleri görevlerinin nitelikleri 2547 sayılı Kanun'da, diğer özlük hakları da 2914 sayılı Kanun'da düzenlenirken öğretim elemanlarının görevlerinden çekilme isteğinde bulunma ya da bulunmuş sayılma şeklinde kendi iradelerine bağlı olarak sonlandırmalarına ilişkin açık bir yasa kuralına yer verilmediği için öğretim elemanları hakkında 657 sayılı Kanun'un 94. maddesi uyarınca çekilmiş sayılma işleminin uygulanıp uygulanmayacağını ele almak durumunda kalmıştır.

2547 sayılı Kanun ile 2914 sayılı Kanun'a tabi öğretim elemanlarının kanunda tanımlanmış olan görevleri ile 657 sayılı Kanun'a tabi memurların yürüttükleri kamu hizmetinin farklı niteliklerde olduğu, yasa koyucunun bu farklılığı gözetmek suretiyle 2547 sayılı Kanun'da öğretim elemanları açısından göreve devamsızlık

2016/14482, K. 2017/4924, 13.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/13059, K. 2017/8241, 25.12.2017; Danıştay 2 D. 2016/12770, K. 2017/5092, 15.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/3869, K. 2017/5171, 15.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/12141, K. 2017/5169, 15.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/13118, K. 2017/4997, 14.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/5641, K. 2017/5035, 14.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/15623, K. 2017/5071, 14.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/4091, K. 2017/4883, 13.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/14100, K. 2017/4915, 13.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/15564, K. 2017/4919, 13.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/15337, K. 2017/4909, 13.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/14072, K. 2017/4921, 13.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/5639, K. 2017/4814, 8.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/12817, K. 2017/4874, 8.6.2017; Danıştay 2 D. 2017/761, K. 2017/8157, 20.12.2017; Danıştay 2 D. 2016/4836, K. 2017/6045, 9.10.2017; Danıştay 2 D. 2016/4737, K. 2017/5400, 22.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/13253, K. 2017/4915, 13.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/14325, K. 2017/4873, 8.6.2017; Danıştay 2 D. 2016/5223, K. 2017/5048, 14.6.2017, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

hali için bir idari tasarruf öngörmeyerek sadece disiplin cezasına tabi kaldığı sonucuna ulaşıldığı, kaldı ki, disiplin cezası şeklinde tesis edilecek bir işlem ile idari bir tasarruf niteliği taşıyan işlemin oluşturulma süreci ve ilgili açısından yaratacağı hukuki sonuçlar birbirinden farklılık taşıdığı, bu bakımdan Kanun'da disiplin cezasına tekabül eden bir durumun daha ağır sonuçları olan idari bir tasarrufa bağlanmasının hukuka uygun olmayacağı, bu açıklamalar ışığında, 2547 sayılı Kanun'a tabi öğretim elemanı olarak görev yapan ilgili hakkında durumun yapılacak bir soruşturma ile tespit edilerek, bunun sonucuna göre işlem tesis edilmesi gerekmekte iken görevinden çekilmiş sayılması yönünde 657 sayılı Kanun'un 94. maddesi uyarınca tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmıştır¹⁹.

Sonuç olarak yargı organları, öğretim elemanlarınca mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesin-tisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılacağına dair 657 sayılı Kanun'daki hükmün uygulanamayacağına karar vermektedir.

B. Disiplin Cezalarının Uygulanması Bakımından Süreler

657 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun'da yer alan sürelerden bir kısmının cezaların uygulanmasına yönelik olduğu görülmektedir.

Şöyle ki, disiplin cezalarından birisi kademe ilerlemesinin durdurulmasıdır. 657 sayılı Kanun kademeyi; derece içinde, görevin önemi veya sorumluluğu artmadan, memurun aylığındaki ilerleme şeklinde tanımlamaktadır²⁰. 657 sayılı Kanun'da kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ise fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademe ilerlemesinin bir ila üç yıl durdurulması şeklinde ifade edilmiştir²¹.

2547 sayılı Kanun her ne kadar kademe kavramını tanımlamamış olsa da kademe ilerlemesinin durdurulmasını, devlet yükseköğretim kurumlarında görev yapan aylıklı öğretim elemanlarının buldukları kademedeki ilerlemelerinin fiilin ağırlık derecesine göre bir ila üç yıl arasında durdurulması olarak tanımlamaktadır²².

¹⁹ Danıştay 8. D. 2018/4493, 2022/3323, 17.05.2022, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

²⁰ Ramazan Çağlayan, İdare Hukuku Dersleri (11th edn, Adalet Yayınevi, 2023) 543; Bahtiyar Akyılmaz/Murat Sezginer/Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku (17th edn, Seçkin, Ankara) 743; Halil Kalabalık, İdare Hukuku Dersleri Cilt-I (5th edn, Seçkin, Ankara, 2019) 505.

²¹ 657 sayılı Kanunda öğrenim durumları nedeniyle yükelebilecekleri kadroların son kademelerinde bulunan Devlet memurlarının, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının verilmesini gerektiren hallerde, brüt aylıklarının ¼'ü - ½'si kesileceği ve tekrüründe görevlerine son verileceği düzenlenmiştir.

²² Diğer kanunlarda kısa ve uzun süreli kademe ilerlemesinin durdurulması öngörülüyor gibi derece yükselmesinin durdurulması da öngörülmüştür. Şöyle ki, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'da "Kısa süreli durdurma", personelin bulunduğu kademe ilerlemesinin dört, altı veya on ay süre ile



Yargı kararları incelendiğinde; kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının iptal nedenleri, daha çok memura atfedilen fiilin sübuta ermediğinin anlaşılması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Örneğin, ilgilinin Kağıthane İlçesi Cengizhan Anadolu Lisesi Müdür vekili olarak görev yapmakta iken 03/06/2006 tarihinde yapılan Açıköğretim Fakültesi sınavında 11 no'lu salona girerek bir öğrenciye kopya verdiği yönündeki iddia üzerine yapılan soruşturma sonucunda fiili sabit görülerek 657 sayılı Yasanın 125/D-c maddesi gereğince bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırılması yönünde teklif getirildiği, ancak geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve iyi veya çok iyi derecede sicil alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabileceği hususu da göz önüne alınarak İstanbul Milli Eğitim Disiplin Kurulu'nun 19/01/2007 tarihli kararıyla raporda getirilen önerinin reddine karar verilmesi üzerine dava konusu işlemle ilgilinin bir alt ceza olan 657 sayılı Kanun'un 125/C maddesi gereğince 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile tecziye edilmesi üzerine dava açılmıştır.

İlgilinin Açıköğretim Fakültesi sınavı yapılan sınıfa girerek bir öğrencinin sınav giriş belgesini aldığı, daha sonra ise belgenin üzerine cevapları yazarak öğrenciye verdiği sırada salon gözetmeninin kopya kağıdını öğrencinin önünden alarak kopya çekilmesine izin vermediği ve kopya kağıdını cebine koyduğu, ilgilinin ise salon gözetmeninin cebini yırtarak kopya kağıdını zorla aldığı hususları sabit ise de; soruşturma raporunda, ilgilinin görevi ile ilgili çıkar sağladığına ilişkin herhangi bir tespitin yapılmadığı görüldüğünden, 657 sayılı Kanun'un 125/D-c maddesi kapsamında cezalandırılmayacağı sonucuna varıldığından, davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir²³.

Benzer şekilde Antalya İli, Alanya İlçesi, ... Anaokulu'nda müdür olarak görev yapmakta olan ilgili, hakkında yapılan disiplin soruşturması sonucunda düzenlenen soruşturma raporunda yer verilen öneri doğrultusunda aynı ilin ve ilçenin ... İlkokulu'na rehberlik öğretmeni olarak naklen atanmasına ilişkin 07.03.2016 tarihli işlemin iptaline ve işlem nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü maddi kayıplarının yasal faizi ile birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açmıştır.

Yürütülen soruşturma sonunda hazırlanan raporda ilgili hakkında;

- “Öğrencilerin kulüp saatlerinde öğretmenlerin derse girmedikleri, öğrencilerin gözetmen ve öğretmen olmadan kulüp saatinde başı boş şekilde vakit geçirdikleri” iddiasının sübuta erdiğinden bahisle 657 sayılı Kanun'un 125 inci maddesinin C/1 bendi uyarınca 1/8 oranında aylıktan kesme cezasıyla tecziye edilmesi

durdurulması; “Uzun süreli durdurma” ise personelin bulunduğu kademede ilerlemesinin oniki, onaltı, yirmi veya yirmidört ay süre ile durdurulması olarak tanımlanmaktadır. “Derece yükselmesini durdurma” 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda “ilgilinin bir üst dereceye yükselmesinin iki yıl süre ile durdurulması” olarak ifade edilmiştir.

²³ Danıştay 12. D. 2012/824, 2015/6169, 25.11.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

ve ve ...'ya haksız ödenen 1.657,71.-TL tutarındaki kulüp aidatının adı geçenlerden geri alınması gerektiği teklifinde bulunulduğu;

- “Servis şoförlerinin eksik evraklarının olduğunu söyleyerek veliler ile servis şoförleri arasında sorun yaşanmasına neden olduğu, servis şoförlerinden araç ve bilgisayar istediği, işe aldığı servis şoföründen rüşvet olarak 2.624,00.-TL tutarında bilgisayar istediği vb.” hususların öğrenci velileri ve öğretmenler tarafından doğrulanmadığı, yöntemi uygun olmamakla birlikte servis şoföründen alınan bilgisayarın okula araç-gereç kazandırılması amacıyla alındığı, rüşvet amacıyla alındığı iddiasının sübuta ermediği;
- “Öğrencilerin merdivenden düştüğü ve müdahale yapılmadığı, ailelere haber verilmediği, öğrencilerin giriş çıkış saatlerinde merdivenlerde oturup sigara içtiği, sohbet ettiği ve çocukların gelmesine rağmen kalkıp yolu açmadığı” iddiaları ile “öğrenci velisi ... okula dekont bırakmaya gittiğinde personelin yanında ‹psikolojik destek alması gerektiğini› söylediği ve çocuğunu ‹okulda çete kurmakla› suçladığı” iddiasının ve “okulun üst katında büyük yazıcı, scanner, fotokopi makinesi olduğu halde, okul aile birliğine faks özelliği olan lazerli yeni yazıcı alınması yönünde baskı uyguladığı” iddiaları sübuta ermediğinden herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı;
- “Öğrencilerin tuvaletini kullandığı, öğrencilerin sağlığı ve hijyen açısından yanlış olduğu söylendiğinde ‹Bu tuvaletleri kontrol amaçlı kullanıyorum.› dediği” iddiasının sübuta erdiği sonucuna varılsa da bu iddianın disiplin suçu oluşturmaması nedeniyle belirtilen eyleme ilişkin olarak işlem yapılmasına gerek olmadığı;
- “Okulun çatı kısmındaki brandaların değiştirilmesi gerektiği, bu nedenle okul aile birliği üyelerinin piyasa araştırması yaptığı ancak farklı renk ve kişisel isteklerinden dolayı kendisinin istediği firmanın piyasa fiyatının iki katı fiyat verdiği, bu nedenle okul aile birliği başkanının görevinden istifa ettiği” iddiasıyla ilgili olarak kusurlu olduğunu ortaya koyacak yeterli delil elde edilemediğinden işlem yapılmasına gerek olmadığı;
- “Öğretmenlere iftiralarda bulunduğu, mobbing uyguladığı, öğrenci velilerine yeterince bilgi vermediği, kötü davrandığı, yüzlerine kapı kapatıldığı ya da konuşma ve tartışma esnasında ortamı terk ettiği” iddiasının “öğretmenlere iftiralarda bulunduğu, mobbing uyguladığı” kısmının sübuta erdiği kanaatine varılarak 657 sayılı Kanun’un 125 inci maddesinin B-g bendi uyarınca kınama cezasıyla tecziye edilmesi gerektiği;
- “... Anaokulu’nda 2014/2015 Öğretim Yılında ...’ı Part-Time aşçı olarak işe başlattığı ancak ...’ın okulda hiçbir zaman aşçı olarak çalıştırılmadığı, öğrencilere kahvaltı ve çocuk kulübü yemeklerini İş-Kur’dan görevlendirilen bir başka kişinin yaptığı, ...’ın aşçılık sertifikasının kullanıldığı ve çalışmadığı halde her ay değişik miktarda ücret ödediği, resmi evrakların dışında kendisine el-

den para ödendiği ancak elden aldığı para ile ilgili okulda bir kaydın olmadığı, ...'ın bir hastanede çalıştığı” iddiasının sübuta erdiğinden bahisle 657 sayılı Kanun'un 125 inci maddesinin C/1 bendi uyarınca 1/8 oranında aylıktan kesme cezasıyla tecziye edilmesi gerektiği;

- “... Anaokulu'nda 2014/2015 öğretim yılında 6 şube oluşturduğu, öğrenci devamsızlıklarını 30.04.2015 tarihine kadar e-okul sistemine işlemediği, oluşturulan bir sınıftaki öğrencilerin kesin kayıtları yapılmasına rağmen o şubedeki öğrencilerin nerede olduğunun bilinmediği ve sistemde 6 şubenin görüldüğü ancak okulda 5 şubenin eğitim öğretime devam ettiği, devamsız öğrenciler işlenmediği için hangi öğrencilerin ücretlerinin yatırıp yatırmadıklarının tespitinin yapılamadığı ve öğrenci kulübünde de benzer uygulamaların olduğu” iddiasının sübuta erdiği kanaatine varılması nedeniyle değinilen Kanun'un 125/C-a bendi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılması gerektiği ve
- Disiplin yönünden tevhidden, sözü edilen Kanun'un 125/D-f bendi uyarınca 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla tecziye edilmesi, idari yönden; yöneticilik görevi üzerinden alınarak il içerisinde durumuna uygun bir okul veya kuruma öğretmen olarak atanması, mali yönden ise; Kabahatler Kanunu'nun 39. maddesi uyarınca 190,00.-TL idari para cezasıyla tecziye edilmesi gerektiği tekliflerinde bulunulmuştur.

İdari yönden getirilen teklif üzerine tesis edilen işlemlerle, Antalya İli, Alanya İlçesi ... İlkokulu'na rehber öğretmen olarak naklen atanması üzerine bakılmakta olan ilgilinin hakkında kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına ilişkin işlemin iptaline yönelik açtığı davada, Antalya 1. İdare Mahkemesi anılan disiplin cezasının iptaline karar vermiştir. Konya Bölge İdare Mahkemesi ise ... Anaokulu müdürü olarak görev yapan ilgiliye yönelik iddia ve isnatların çokluğu, çeşitliliği ve mahiyetleri ile eylemlerinin bir kısmının öğretmen, veli ve öğrencilere yönelik olduğu, bir kısmının ise anaokulunun iş ve işlemlerine ve dolayısıyla ilgilinin yöneticilik görevine ilişkin bulunduğu, dosyada mevcut disiplin soruşturması raporunda sübuta erdiği kanaatine varılan fiillerinin niteliği birlikte değerlendirildiğinde; ilgilinin yöneticilik görevinde verimli ve yeterli olamadığı, tavır, davranış ve fiilleri nedeniyle etkili yöneticilik vasfından uzaklaştığı ve bu nedenle öğretmen, veli ve öğrenciler nazarında yıprandığı, bu koşullar altında yöneticilik görevini sürdürmesinin hizmetin gerekleri ve kamu yararı açısından uygun ve yerinde olmadığı sonuç ve kanaatine varıldığından, ayrıca dava konusu işlemin dayanağını teşkil eden fiiller nedeniyle verilen bir yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına ilişkin işleme karşı açılan davada, Antalya 1. İdare Mahkemesi tarafından anılan disiplin cezası işlemi iptal edilmiş ise de; söz konusu Antalya 1. İdare Mahkemesi kararında ilgilinin ... Anaokulu'nda 2014-2015 öğretim yılında ...'ı part-time aşçı olarak işe başlattığı ancak ...'ın hiçbir zaman aşçı olarak çalıştırılmadığı, öğrencilere kahvaltı ve çocuk kulübü yemeklerini İş-Kur'dan bir görevlinin yaptığı, ...'a

çalışmadığı halde her ay değişik miktarlarda ücret ödendiğine ilişkin fiiliyle ilgili herhangi bir değerlendirme ve tespitin yapılmadığının anlaşıldığı, yöneticilik (okul müdürlüğü) görevi üzerinden alınarak aynı il ve ilçede bulunan ... İlkokulu'na rehber öğretmen olarak naklen atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık, dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararında ise hukuka uygunluk bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır²⁴.

C. Disiplin Soruşturmalarda Hak Düşürücü Süreler

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bazı hakların kanunen belirlenen süre içerisinde kullanılmaması, hakkın sona ermesi sonucunu doğurur ki bu tür sürelerle hak düşürücü süre denilir. Doğurmuş olduğu hukuki sonuç nedeniyle hak düşürücü sürelerin zamanaşımı sürelerine göre daha kısa nitelikte olduğu görülür²⁵.

1. Savunma Süresi

Giriş kısmında da açıklandığı üzere 657 sayılı Kanun'da savunma süresi en az yedi gün olarak öngörülmüş iken 2547 sayılı Kanun'da düzenlenen en az yedi günlük sürenin içinde bulunduğu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında da ifade edildiği üzere gerek ceza hukuku anlamında suç isnadında gerekse disiplin suçu isnadında Anayasa'nın 129. maddesinin ikinci fıkrasında savunma hakkına²⁶ ilişkin öngörülen güvencenin gereklerinin yerine getirilebilmesi için hakkında disiplin soruşturması yürütülen kişiye savunma hakkının şeklen değil gerçek anlamda sağlanmış olması gerekir²⁷.

Savunma hakkının kullanılması bakımından uyulması gereken esaslar olarak

²⁴ Antalya 1. İdare Mahkemesi, 2017/1344, 2017/1363, 12.12.2017; Konya 1 BİM, 2017/3745, 2018/322, 20.2.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

²⁵ Oğuzman ve Öz (n 9) 464 vd; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6th edn, İstanbul, 1976) 1235 vd.

²⁶ Nuri Alan, 'Savunma Hakkı' (1993) Danıştay Dergisi 23 (87) 17-26; Bahtiyar Akyılmaz, 'Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar' (2002) 6 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 13.

²⁷ Anayasa Mahkemesi, 2. B., B. 2020/24822, 20.6.2023; Anayasa Mahkemesi, GK 2020/79, 2023/113, 22.6.2023; Anayasa Mahkemesi, 1. B., B. 2018/5640, 12.4.2023; Anayasa Mahkemesi, 1. B., B. 2019/6722, 12.4.2023; Anayasa Mahkemesi, 1. B., B. 2019/41680, 30.3.2023; Anayasa Mahkemesi, GK, B. 2019/5577, 8.3.2023; Anayasa Mahkemesi, 1. B., B. 2019/11810, 8.2.2023; Anayasa Mahkemesi, 2. B., B. 2019/1001, 11.1.2023; Anayasa Mahkemesi, 2. B., B. 2019/27487, 18.1.2023; Anayasa Mahkemesi, GK 2022/87, 2022/121, 13.10.2022; Anayasa Mahkemesi, 2. B., B. 2019/9769, 23.11.2022; Anayasa Mahkemesi, 2. B., B. 2019/17460, 5.10.2022; Anayasa Mahkemesi, 1. B., B. 2019/27469, 6.10.2022; Anayasa Mahkemesi, GK, B. 2016/1635, 5.7.2022; Anayasa Mahkemesi, 1. B., B. 2020/7757, 31.3.2022; Anayasa Mahkemesi, 1.B., B. 2019/7210, 28.12.2021; Anayasa Mahkemesi, 1.B., B. 2016/9325, 6.10.2021; Anayasa Mahkemesi, 2. B., B. 2019/38141, 14.9.2021; Anayasa Mahkemesi, GK, B. 2019/42695, 20.5.2021; Anayasa Mahkemesi, 1.B., B. 2019/3512; 26.5.2021, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası



“disiplin soruşturması açılması”²⁸”, “memura isnatta bulunulması”²⁹”, “memurun savunmasını yapmak amacıyla başvuracağı bilgi ve belgelere/ispata araçlarına yönelik taleplerinin karşılanması”³⁰”, “memura savunma yapılmadığı takdirde savunma

²⁸ Danıştay 12. D. 2016/3852, 2016/3588, 7.6.2016; Danıştay 12. D. 2016/974, 2016/1140, 3.3.2016; Ankara 2 BİM, 2018/3460, 2019/388, 22.2.2019; Danıştay 12. D. 2013/4532, 2016/3042, 18.5.2016, Ankara 2 BİM, 2018/3152, 2019/572, 21.3.2019, Danıştay 12. D. 2013/1652, 2016/3472, 31.5.2016; Danıştay 12. D. 2013/3870, 2015/3047, 13.5.2015; Danıştay 12. D. 2011/5339, 2015/487, 18.2.2015; Danıştay 12. D. 2016/1340, 2016/3473, 31.5.2016; Danıştay 12. D. 2012/13342, 2016/2175, 13.4.2016; Danıştay 12. D. 2012/7837, 2016/409, 2.2.2016; Danıştay 12. D. 2012/5471, 2016/217, 26.1.2016; Danıştay 12. D. 2011/9851, 2015/2396, 15.4.2015; Danıştay 12. D. 2012/12028, 2016/3212, 25.5.2016; Danıştay 12. D. 2012/1345, 2015/5905, 12.11.2015, Danıştay 12. D. 2012/9312, 2015/4979, 6.10.2015, İzmir 2 BİM 2017/8332, 2018/1544, 11.4.2018; Danıştay 12. D. 2012/1677, 2015/6064, 19.11.2015; Samsun 1 BİM, 2017/2567, 2018/20, 16.1.2018; Samsun 1 BİM, 2017/2162, 2018/19, 16.1.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

²⁹ Danıştay’a göre “... *yasal* süre içerisinde isnat olunan fiiller bildirilerek sanığın savunmasının alınması gerekliliği disiplin hukukunun temel ilkelerinden (*dir*)...” Danıştay 12. D. 2021/1778, 2023/250, 6.2.2023, Danıştay 5. D. 2016/9888, 2019/6247, 26.11.2019; Danıştay 5. D. 2016/49740, 2019/5803, 7.11.2019; Danıştay 5. D. 2016/51106, 2019/5621, 24.10.2019; Danıştay 12. D. 2021/1790, 2021/4258, 24.6.2021; Danıştay 12. D. 2018/9169, 2021/1308, 15.3.2021; Danıştay 12. D. 2022/35, 2022/833, 2.3.2022; Danıştay 5. D. 2016/51130, 2019/6723, 24.12.2019; Danıştay 8. D. 2018/1704, 2022/2031, 24.3.2022; Danıştay 8. D. 2020/2880, 2021/1631, 17.3.2021; Danıştay 12. D. 2021/185, 2021/328, 2.2.2021; Danıştay 12. D. 2017/2263, 2020/3436, 4.11.2020; Danıştay 12. D. 2021/334, 2021/572, 10.2.2021; Danıştay 12. D. 2019/1728, 2020/4417, 17.12.2020; Danıştay 12. D. 2021/1515, 2021/200, 27.1.2021; Danıştay 8. D. 2017/728, 2020/3870, 29.9.2020; Danıştay 5. D. 2016/16016, 2018/8784, 14.2.2018; Danıştay 5. D. 2016/9859, 2018/13134, 5.4.2018; Danıştay 12. D. 2016/11327, 2018/327, 31.1.2018; Danıştay 12. D. 2015/869, 2018/789, 20.2.2018; Danıştay 5. D. 2016/15471, 2018/8757, 14.2.2018; Danıştay 5. D. 2016/37637, 2017/20235, 19.9.2017; Danıştay 12. D. 2013/4071, 2016/3164, 24.5.2016; Danıştay 16. D. 2015/6591, 2015/2517, 8.5.2015; Danıştay 16. D. 2015/4192, 2015/1186, 31.3.2015; Danıştay 12. D. 2013/5497, 2016/3358, 30.5.2016; Danıştay 12. D. 2012/11529, 2016/893, 23.2.2016; Danıştay 12. D. 2013/8579, 2016/3000, 17.5.2016; Danıştay 12. D. 2012/8852, 2016/892, 23.2.2016; Danıştay 12. D. 2015/44, 2019/1589, 25.2.2015; Danıştay 12. D. 2010/5013, 2015/2275, 9.4.2015; Danıştay 12. D. 2009/1600, 2013/2621, 11.4.2013; Danıştay 12. D. 2011/9851, 2015/2396, 15.4.2015; Danıştay 12. D. 2011/1186, 2015/1844, 1.4.2015; Danıştay 12. D. 2012/12291, 2016/3352, 30.5.2016; Danıştay 12. D. 2014/786, 2016/3706, 9.6.2016; Danıştay 12. D. 2013/9436, 2016/3413, 30.5.2016; Danıştay 12. D. 2013/1652, 2016/3472, 31.5.2016; Danıştay 12. D. 2016/1340, 2016/3473, 31.5.2016; Danıştay 12. D. 2012/7940, 2016/3835, 14.6.2016; Danıştay 12. D. 2016/815, 2016/1531, 22.3.2016; Danıştay 2. D. 2016/4269, 2017/406, 30.1.2017; Danıştay 12. D. 2012/10707, 2016/3827, 14.6.2016; Danıştay 12. D. 2015/3295, 2017/2060, 27.4.2017; Danıştay 12. D. 2015/1975, 2017/3074, 7.6.2017; Danıştay 16. D. 2015/1579, 2016/3702, 25.5.2016; Danıştay 12. D. 2012/9312, 2015/4979, 6.10.2015; Danıştay 12. D. 2012/5471, 2016/217, 26.1.2016; Danıştay 12. D. 2012/13342, 2016/2175, 13.4.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

³⁰ 657 sayılı Kanun’da belgelere erişim, tanık dinletme ve vekil vasıtasıyla savunma hakları yalnızca devlet memurluğundan çıkarılma cezası bakımından öngörülmüştür. 2547 sayılı Kanun da benzer şekilde hakkında üniversite öğretim mesleğinden çıkarılma ve kamu görevinden çıkarılma cezası

hakkından vazgeçmiş sayılacağı³¹”, “memura kendisini savunması için yeterli süre verilmesi³²” ve “memurun savunmasının disiplin amiri ve/veya

istenenlerin soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme, disiplin kurulunda sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. 657 Kanun’da ve 2547 sayılı Kanun’da, memura ve öğretim elemanına bu hakların yalnızca devlet memurluğundan çıkarma ve üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ile kamu görevinden cezasına yönelik disiplin soruşturmalarında değil uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezaları bakımından da tanınması gerektiği düşüncesindeyiz. Doktrinde bu hakların diğer disiplin cezaları bakımında da kullanılabilmesine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Çağlayan’a göre “diğer disiplin suçları bakımından da soruşturmayı tehlikeye düşürmeyecek şekilde, ilgiliye dosyayı inceleme imkânı verilmelidir.” Bakınız Çağlayan (n 19) 586. Söyler’e göre “bu düzenleme (m.129/2) sadece devlet memurluğundan çıkarma cezasında savunma hakkının içeriğine ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirilmemelidir. Devlet memurunun diğer disiplin cezalarından birisi ile soruşturulmasında dahi soruşturma evrakını inceleme, tanık dinletme ve sözlü veya yazılı olarak kendisi veya vekili vasıtasıyla savunma yapma hakkına sahip olması gerekir⁷⁸. Bunların olmadığı bir soruşturmada savunma hakkının sadece adı var olabilir. İçeriği olmayan bir savunma hakkının ise, savunma hakkı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.” (Yasin Söyler, İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması (Danışman: Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008 s. 82-83).

³¹ Danıştay’a göre “... savunmasını belirtilen sürede yapmadığı takdirde savunmasından vazgeçmiş sayılacağı bildirilmediği anlaşıldığından savunma istemine ilişkin bahse konu savunma istem yazısının yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca kabul edilebilir bir savunma istem yazısı olmadığı” değerlendirilmektedir. Danıştay 8. D. 2016/12127, 2020/3595, 16.9.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

³² Savunma hakkının kullanılacağı süre ile ilgili iki husus ön plana çıkmaktadır. İlk olarak savunma hakkı için tanından en az 7 günlük süreden feragatin mümkün olup olmadığı diğeri ise savunma hakkının kullanılması için ek süre talep edilip edilemeyeceği hususudur. Danıştay, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Anayasa’da gerekse konu ile ilgili yapılmış tüm yasal ve ikincil düzenlemelerle koruma altına alınan savunma hakkının herhangi bir eylemden ötürü soruşturma altında bulunan kişilere tanındığı, haktan feragatin iradesi fesada uğramamış olmak kaydıyla kişinin hakkından tek taraflı olarak vazgeçmesi anlamı taşıdığı, bu çerçevede davacının da kendisine tanınan yasal savunma süresinden rızasıyla feragat edebileceğinin hukuken mümkün bulunduğu, öte yandan hakkında yürütülen soruşturmaya konu eylem hakkında yasal savunma hakkı çerçevesinde davacının da savunmasını usulüne uygun olarak yaptığı ve savunmasında soruşturma konusu eylem somutlaştırılarak kişi, yer ve zaman düzleminde ayrıntılı açıklamalara yer verildiği görüldüğünden savunma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yönünde karar veren Mahkeme kararında hukuki isabet görmemiştir. Danıştay 8. D. 2016/13009, 2018/1171, 1.3.2018 Danıştay, davacı tarafından son savunması alınmadan disiplin cezasının tesis edildiği, bu şekilde savunma hakkının kısıtlandığı ileri sürülse de davacıya usulüne uygun şekilde tebliğ edilen son savunma yazısında; 7 gün içinde son savunmasını yapması, aksi takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağı hususunun tebliğ edildiği, davacının bu yazının tebliğinden sonra ek süre talep ettiği, mevzuatta ek süre verilmesini gerektiren bir düzenlemenin olmadığı, davalı idarenin bu isteme cevaben ek süre verilemeyeceğini bildirdiği dikkate alındığında davacının iddiası yerinde görmemiştir. Danıştay 5. D. 2016/27848, 2018/13388, 11.4.2018, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası



yüksek disiplin kurulu tarafından alınması³³⁷ sayılmaktadır³⁴.

Bu esaslardan disiplin soruşturması açılmaksızın savunma hakkının kullanılabilmesi konusundaki dikkat çeken kararlardan bir tanesi yetki devri ile ilgilidir. Şöyle ki, “Yetki Devri” konulu ve 07/09/2015 tarihli Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanı tarafından imzalanan Olur’da; adli ve disiplin soruşturması kapsamında yapılacak incelemelerin, Rehberlik ve Teftiş Kurulu Başkanının verdiği talimata göre görevlendirilecek müfettişlerce yürütülmesi hususlarında Bakanlık Rehberlik ve Teftiş Kurulu Başkanlığına genel mahiyette yetki devri yapılmıştır.

Söz konusu 07/09/2015 tarihli anılan yetki devrine dayanılarak 15/03/2016 tarihli Teftiş Kurulu Başkanlığı Olur’u ile Bakanlığa hitaben verilen isimsiz ve bila tarihli şikayet dilekçesinde yer verilen hususların mahallinde incelenmesini, disiplin suçu oluşturan fiillerin tespiti halinde 657 sayılı Kanun’un disiplin hükümleri çerçevesinde soruşturma yapılmasını, inceleme sırasında 4483 sayılı Kanun kapsamına giren suçların işlendiğine dair kanıtların elde edilmesi halinde anılan Kanun hükümleri uyarınca ön inceleme yetkisi talep edilmesi şeklinde verilen Olur kapsamında disiplin soruşturması başlatılmıştır.

Yapılan soruşturma sonucunda hazırlanan 03/06/2016 tarihli soruşturma raporunda; İstanbul Yolu üzerindeki AOÇ Müdürlüğüne ait 64,486 m² arazi ve üzerindeki ticari alanların ihaleye çıkılmadan şirketin talepleri doğrultusunda F3 Petrol’e 15 yıl süre ile kiraya verilerek bu şirkete menfaat sağlandığı, böylece AOÇ Müdürlüğü Alım Satım Kiralama ve Kiraya Verme Yönetmeliği’nin 101/3. maddesinde yer alan; “*Kiraya verme süresi onbeş yılı geçemez ve onbeş yılın sonunda AOÇ yeniden ihaleye çıkmak suretiyle taşınmazı kiraya verebilir.*” hükmüne aykırı davranıldığı ve kamu zararının oluştuğu tespit edildiğinden bahisle anılan Yönetmeliğe aykırı olarak alınan yönetim kurulu kararlarında ilginin de imzasının bulunması nedeniyle eylemine uyan 657 sayılı Kanun’un 125. maddesi C/a bendinde yer alan “kasıtlı olarak; görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine ge-

³³ Anayasa Mahkemesi’ne göre “...Disiplin hukukunda savunma hakkının bir anlam ifade etmesi bu hakkın etkili şekilde kullanılabilmesi, savunmanın mutlak surette karar veren makam önünde yapılabilmesine bağlıdır...” Anayasa Mahkemesi, 28.11.2013 2013/46, K.2013.140, Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası.

Danıştay’a göre ise 657 sayılı Kanun’un 130. maddesi uyarınca, disiplin cezası verilebilmesi için soruşturma aşamasında tüm hukuki delillere sahip olmak kaydıyla soruşturmacılar tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen savunma istem yazısıyla alınan savunma yeterli olup, uyumsuzluk konusu olayda soruşturmayı yapan muhakkik tarafından mevcut delil durumu dikkate alınarak davacıya isnat edilen tüm fiillere yer verilmek suretiyle usulüne uygun bir şekilde davacının savunmasının alındığı görüldüğünden disiplin cezasını vermeye yetkili amir tarafından ayrıca bir savunma alınmasına gerek olmayıp, davacının savunma hakkının kullandırılmadığından söz edilmesi mümkün değildir. Danıştay 16. D. 2015/4326, 2015/2271, 30.4.2015, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

³⁴ Abdullah Sencer Akkoyunlu, ‘Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar’ (2023) 28 Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 48.

tirmemek” hükmü uyarınca ilgilinin 1/8 oranında aylıktan kesme cezası ile tecziye edilmesi gerektiği teklif edilmiş, teklif doğrultusunda 1/8 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmıştır.

Davaya bakan Ankara Bölge İdare Mahkemesince memur hakkında disiplin soruşturması açılmaksızın disiplin cezası verilemeyeceği, soruşturma emrinin bizzat disiplin amiri tarafından memura suç isnadı yapıldıktan sonra, isnat edilen eylemin soruşturma emrinde belirtilmesi suretiyle verilmesi gerektiği, önceden yapılan genel bir yetki devri ile Teftiş Kurulu Başkanlığı’nın ya da bir kişinin “gerektiğinde soruşturma” yetkisini kullanmak üzere yetkilendirilmesinin mümkün olmadığı, aksi halde bu yetkiyi alan kişinin disiplin amirine sormadan ve izin almadan dilediği şekilde soruşturma açma imkanına kavuşacağı, bu durumun da hukuk güvenliği ilkesini zedeleyeceği sonucuna ulaşılmıştır³⁵.

2. İtiraz Süresi

İtiraz, ilgili personel hakkında verilen disiplin cezasının niteliğine göre disiplin kuruluna ya da yüksek disiplin kuruluna başvuru yolu olan ve kanunla tanınan (idari) bir haktır³⁶.

657 sayılı Kanunun 135. maddesinde “*Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezalarına karşı disiplin kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı yüksek disiplin kuruluna itiraz edilebilir.*”

İtirazda süre, kararın ilgiliye tebliği tarihinden itibaren yedi gündür. Süresi içinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları kesinleşir.” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, maddede devlet memurluğundan çıkarma cezası için itiraz öngörülmemiştir. Bu nedenle, öğretilerde bu husus ele çeşitli yazarlarca ele alınmıştır.

Örneğin Çağlayan, 2577 sayılı Kanun’un 11. maddesi açısından konuya yaklaşmış ve “...*İYUK 11. madde hükmü gereğince, disiplin cezalarına karşı itiraz edilebileceği kabul edilse bile, disiplin cezalarının derhal uygulanması ilkesi karşısında, bu başvuru disiplin cezasının uygulanması bakımından netice doğurmaz. Sadece dava açma süresine etki edebilir...*”³⁷ sonucuna varmıştır.

Akyılmaz/Sezginer/Kaya, devlet memurluğundan çıkarma cezası alan memur-

³⁵ Ankara 2 BİM, 2018/3000, 2019/1240, 23.5.2019; Benzer karar için bakınız Ankara 2 BİM, 2018/3058, 2019/1256, 23.5.2019. Danıştay’ın, savunma istenilmesinin disiplin soruşturmasından ayrı bir işlem saymaya olanak olmadığı, bu nedenle disiplin amirince savunma istenilmesinin soruşturmanın yapılmasına anlamına geldiği yönünde kararları da bulunmaktadır. Danıştay 8. D. 1991/1717, 1992/571, 30.3.1992, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

³⁶ Danıştay 12. D. 2014/3368, 2015/464, 18.2.2015; Danıştay 12. D. 2015/1884, 2016/248, 26.1.2016; Danıştay 12. D. 2015/1963, 2016/1603, 23.3.2016; Danıştay 12. D. 2012/7715, 2015/7056, 22.12.2015; Danıştay 12. D. 2016/965, 2016/1641, 24.3.2016; Danıştay 12. D. 2013/14, 2016/3349, 30.5.2016; Danıştay 12. D. 2013/8671, 2016/3386, 30.5.2016, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

³⁷ Çağlayan (n 19) 597.



run dava açmadan önce 2547 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre itirazda bulunmasına engel olmadığını ifade etmektedir³⁸.

Benzer şekilde Atay, devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceğini ifade ederek zımnen de olsa itirazın sadece dava açma süresine etki edeceğini kabul etmektedir³⁹.

Sezer/Bilgin'e göre "...kanunda açıkça yasaklayıcı bir hüküm yoktur. Hak arama hürriyeti açısından yargı yoluna nazaran daha kolay, daha kısa süreli ve daha az masraflı bir yol olan idari başvuru yolunun, kanunda açık bir yasaklama olmadığı müddetçe, var olduğunun kabulü gerekir... Teorik olarak genel kanun (2577 sayılı Kanun) karşısında özel kanun (657 sayılı Kanun) hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmekle birlikte, söz konusu genel kanun tarih itibarıyla daha sonra yapılmış bir kanundur ve kanun koyucunun iradesi de idari başvuru yolunu açmak yönündedir. Dolayısıyla, kanunda açıkça yasaklayıcı bir hüküm olmadığı halde "sırf kanunda olmadığı" gerekçesiyle, bazı disiplin cezalarında idari başvuru yolunun kapatılması hakkaniyete aykırı olduğu gibi, usul ekonomisi açısından da uygun bir yorum değildir..."⁴⁰.

Göçgün ise aynı konuda şu ifadeleri kullanmaktadır: "...İtiraz yolunun sadece kanunlarda öngörüldüğü durumlarda değil genel hüküm olarak kabul ettiğimiz ve bundan dolayı da bu genel hüküm çerçevesinde değerlendirdiğimiz İYUK 11. madde kapsamında yapılacak başvuruların da itiraz yolunun uygulanması sonucu doğacak tüm sonuçları doğurması gerektiğini kanaatindeyiz. Nihayet, dava açma süresinin durması da bu sonuçlardan biri olduğu için İYUK 11. madde uyarınca yapılacak başvuruların devam etmekte olan idari dava açma süresini durdurması gerektiğini savunmaktayız..."⁴¹.

Genel yaklaşımın aksine Akkoyunlu ise "657 sayılı Kanunda diğer disiplin cezalarının aksine devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı itirazda bulunulmasının öngörülmemesi ve buna bağlı olarak itiraz merciin gösterilmemesi kanun koyucunun iradesinin bu disiplin cezasına itirazda bulunulamayacağı yönünde oluştuğunu göstermektedir" demek suretiyle disiplin cezalarına karşı itirazın düzenlendiği 657 sayılı Kanun'un 135. maddesinin, 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi karşısında özel hüküm niteliğinde olduğunu, dolayısıyla devlet memurluğundan çıkarma cezası bakımından 657 sayılı Kanun'un 135. maddesinin uygulanacağını; 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinin uygulanamayacağını, o halde devlet memurluğundan çıkarma cezasına idari itirazda bulunulamayacağını ve

³⁸ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n19) 766.

³⁹ Ender Ethem Atay, İdare Hukuku (2nd edn, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009) 933.

⁴⁰ Yasin Sezer/Hüseyin Bilgin, 'Danıştay Kararlarında İdari Başvurular' (2008) 57 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 342-343.

⁴¹ Muhammed Göçgün, 'Disiplin Cezalarına Karşı Başvuru Yolları' Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, 34-42.

idari itirazda bulunmanın neticelerinin ortaya çıkmayacağını ifade etmektedir⁴².

2547 sayılı Kanun'un 53/F maddesinde disiplin cezalarına itiraz süresi, cezanın tebliğ tarihinden itibaren yedi gündür. İtiraz mercileri, itiraz tarihinden itibaren altmış gün içinde karar verir. İtiraz mercileri itirazı kabul ya da reddedebilir. İtirazın kabul edilmesi halinde ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar, ancak ilgili disiplin amiri veya disiplin kurulu tarafından kabul gerekçesine uygun olarak en geç üç ay içerisinde yeni bir işlem tesis edilebilir.

Bu noktada verilen disiplin cezasının ne zaman kesinleşeceğini belirtmekte fayda bulunmaktadır. İtiraz hakkının kullanımında; yedi günlük itiraz süresi içinde itiraz edilmeyen ya da bu süre geçtikten sonra yapılan itirazın süresinde olmaması nedeniyle disiplin cezalarının kesinleşeceği ve bu kesinleşme tarihinden itibaren altmış gün, yani (7+60=) altmış yedi gün içerisinde dava açılması gerektiği değerlendirilmiştir.

Daha somut olarak ifade etmek gerekirse, İdare Mahkemesi tarafından dava konusu işlemin tebliğ yazısında Anayasa'nın 40/2. maddesine aykırı olarak ilgiliye yedi günlük idari itiraz süresi ve merci ile altmış günlük dava süresi ve mercinin belirtilmediği gibi 24/10/2016 tarihinde tebliğ edilen disiplin cezasına karşı ilgili tarafından itiraz yoluna başvurulmadığından, söz konusu disiplin cezasının tebliğden itibaren yedi gün sonra 31/10/2016 tarihinde kesinleşeceği, dava açma süresinin de işbu kesinleşme tarihinden itibaren başlayacağı ve altmış günlük dava açma süresinin 30/12/2016 tarihine kadar devam ettiği, bakılmakta olan davanın da 26/12/2016 tarihinde süresinde açıldığı anlaşıldığından davalı idarenin süreaşımına ilişkin itirazı yerinde görülmemiştir. Bölge İdare Mahkemesi ise 24/10/2016 tarihinde tebliğ edilen işleme karşı yazılı bildirim tarihini izleyen günden itibaren altmış gün içerisinde ve en son 23/12/2016 tarihine kadar dava açılması gerekirken, bu süre geçirildikten sonra 26/12/2016 tarihinde kayda giren dava dilekçesi ile dava açıldığı anlaşıldığından, açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenmesine olanak bulunmadığına karar vermiştir⁴³.

3. Disiplin Soruşturmalarda Soruşturma ve Ceza Zamanaşımı

Türk Ceza Kanunu dava zamanaşımı ve ceza zamanaşımı olarak iki kuruma yer vermektedir. Ceza hukukunda davanın düşürülmesine sebep olan önemli kurumlardan birisi TCK madde 66'da hayat bulan dava zamanaşımıdır⁴⁴. Dava zama-

⁴² Akkoyunlu (n 33) 14.

⁴³ İstanbul 2 BİM, 2018/2163, 2019/235, 14.2.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

⁴⁴ TCK 66/1, dava zamanaşımında uygulanacak temel süreleri belirlemektedir. Fıkraya göre kamu davası:

- Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl,
 - Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl,
 - Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl,
 - Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl,
 - Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl,
- geçmesiyle düşer.

naşımı, belirlenen sürelerin geçmesi halinde devletin artık o suçla ilgili yargılama yapamaması halidir⁴⁵. Yargılamanın sonucunda, kesin mahkumiyet ortaya çıkmasından sonra, belirli bir sürenin geçmesiyle cezanın infaz edilebilmesine engel olan kuruma, ceza zamanaşımı denir⁴⁶.

Disiplin hukukunda ise zamanaşımı kavramı ilk kez 657 sayılı Kanun'un 127. maddesinde 12/05/1982 gün ve 2670 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra girmiş bulunmaktadır⁴⁷.

Aynı tarihli bir değişiklikle de kararların verilmesi için süre getirilmiştir. 657 sayılı Kanun'un 127. maddesinde disiplin soruşturması ve kovuşturması için "zamanaşımından" söz edilirken, 128. maddesinde "karar süresinden" söz edilmektedir⁴⁸.

657 sayılı Kanun'da zamanaşımı

"Bu Kanun'un 125. maddesinde sayılan fiil ve halleri işleyenler hakkında, bu fiil ve hallerin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren;

- *Uyarma, kınama, aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezalarında bir ay içinde disiplin soruşturmasına,*
- *Memurluktan çıkarma cezasında altı ay içinde disiplin kovuşturmasına, başlanmadığı takdirde disiplin cezası verme yetkisi zamanaşımına uğrar.*

Disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin işlendiği tarihten itibaren nihayet iki yıl içinde disiplin cezası verilmediği takdirde ceza verme yetkisi zamanaşımına uğrar." şeklinde düzenlenmiştir.

2547 sayılı Kanun'un "Zamanaşımı" başlıklı 53/C maddesinde ise disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallerin işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren;

"a) Uyarma, kınama, aylıktan veya ücretten kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme cezalarında bir ay içinde,

⁴⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19th edn, Seçkin, Ankara, 2023) 1078; Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16th edn, Seçkin, Ankara, 2023) 754; Murat Volkan Dülger, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2nd edn, Seçkin, Ankara, 2023) 1045,

⁴⁶ Özgenç (44) 1090; Koca ve Üzülmüş (n 44) 772; Dülger (n 44) 1051.

⁴⁷ Muzaffer Dilek, 'Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları' (1999) 423 Türk İdare Dergisi, 39.

⁴⁸ Bölge İdare Mahkemesine göre, idarenin inceleme yaptırmaya ve disiplin soruşturması başlatmaya yetkili makamınca disipline aykırı eylemin öğrenilmesi üzerine inceleme yaptırmak, disiplin işlemleri içerisinde yer alan ve disiplin amirinin soruşturma açıp açmamasına ilişkin iradesini belirleyici nitelikteki bir işlemdir. İnceleme sürecini disiplin soruşturması sürecinden ayırmak, farklılaştırmak ya da asıl olarak idarenin iç işleyişine yönelik olarak düzenlenen bir aylık süre içerisinde disiplin soruşturmasına başlanmaması halinde disiplin soruşturması yapma yetkisinin kalkacağına karar vermek, disiplin suçları için tanınan uzun zaman aşımı süresinin etkisizleştirilmesine sebep olacağı açıktır. İzmir 5 BİM, 2019/1943, 2020/447, 4.6.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

b) *Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezasında altı ay içinde,*

disiplin soruşturmasına başlanmadığı takdirde disiplin soruşturması açılmaz.

Disiplin cezası verilmesini gerektiren fiillerin işlendiği tarihten itibaren iki yıl, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasını gerektiren fiil açısından altı yıl geçmiş ise disiplin cezası verilemez.” hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü üzere soruşturmaya başlama zamanasını için fiilin öğrenilme tarihi esas alınmakta iken ceza zamanasını için sürenin başlangıcı olarak fiil ve hareketlerin işlendiği tarih esas alınmaktadır.

Arslan/Altındağ’a göre, “fiil ve failin öğrenildiği tarih”in esas alınması daha doğrudur zira bu kabul ile birlikte kurum düzenini ihlal edebilen ve fakat sonradan öğrenilen faillere disiplin yaptırımı uygulanabilir hale gelecektir⁴⁹.

Bu görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz nitekim disiplin hukukun başlıca amacı faili cezalandırmaktan ziyade bozulan kurum içi düzenin tesis edilmesidir. Bu nedenle failden ziyade fiilin öğrenilmesi önem arz etmektedir.

İdari yargı yerlerince soruşturma zamanasını geçtikten sonra verilen cezalarına ilişkin işlemleri hukuka aykırı bulunmaktaysa da burada sorun disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallerin işlendiğinin öğrenildiği tarihin tespitidir. Bu konuda yargı kararları yol gösterici niteliktedir.

Şöyle ki, ... Üniversitesi ... Meslek Yüksek Okulu Otel, Lokanta ve Otel İşletmeciliği Programında öğretim görevlisi olarak görev yapan ilgili; reşit olmayanla rızaen cinsel ilişki suçunu işlediğinden bahisle Üniversitesi Rektörlüğü’nün yazı ile Ağır Ceza Mahkemesi’nde sanık sıfatıyla yargılanmıştır.

İlgilinin kamu görevlisi olması sebebiyle hakkında mahkumiyet kararı verilmesi halinde kararın bir suretinin Rektörlüğe gönderilmesinin talep edilmişse de Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı tarafından ... Üniversitesi Rektörlüğü’ne gönderilen yazıda ilgili hakkında Türk Ceza Kanunu’nun 104/1. maddesi gereğince “reşit olmayanla rızaen cinsel ilişki” suçundan yapılan yargılama sonucunda suçun yasal unsurlarının olduğu halde, mağdurun şikayetten vazgeçmesi nedeniyle adı geçen hakkında vazgeçme nedeniyle düşme kararı verildiği ve kararın temyiz edilmeksizin 27/03/2017 tarihinde kesinleştiğinin belirtilmiştir.

Bunun üzerine, ... Üniversitesi Rektörlüğü’nün Olur’u ile ilgili hakkında 2547 sayılı Kanun uyarınca yeniden disiplin soruşturması başlatılarak soruşturmacı görevlendirilmiş; soruşturmacı tarafından hazırlanan 26/05/2017 tarihli soruşturma raporunun sonuç bölümünde davacının “reşit olmayanla rızaen cinsel ilişki” suçunu işlediği, suçun yasal unsurlarının olduğuna dair gerekçeli mahkeme kararına karşı istinaf yoluna başvurulmadığının anlaşıldığı belirtilerek ilgilinin 2547 sayılı

⁴⁹ Zehreddin Arslan/Halil Altındağ, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması - 2547 Sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil (5th edn, Seçkin, Ankara, 2023) 121.



Kanun'un 53/b-6(c) alt bendinde yer alan "Kamu hizmeti veya öğretim elemanı sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" disiplin suçu kapsamında kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırılması teklifi getirilmiş; ... Üniversitesi Rektörlüğü'nün yazısı ile ilgilinin 2547 sayılı Kanun'un 53/b-6(c) alt bendi uyarınca kamu görevinden çıkarma cezası ile cezalandırılmasının uygun bulunduğu belirtilerek anılan Kanun'un 53/Ç-c maddesi uyarınca gereği yapılmak üzere soruşturma dosyası Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Yüksek Disiplin Kurulu'na tevdi edilmiş; Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yüksek Disiplin Kurulu'nun kararı ile 2547 sayılı Kanun'un 53/b-6(c) alt bendinde yer alan "Kamu hizmeti veya öğretim elemanı sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" disiplin suçu kapsamında kamu görevinden çıkarma cezası ile tecziyesine karar verilmiştir.

Dava konusu olayda; reşit olmayanla rızaen cinsel ilişki eyleminin üniversite dışında gerçekleşmesi nedeniyle, suça ilişkin Ceza Mahkemesi kararının kesinleşme tarihinin, disiplin zaman aşımı süresinin başlangıç tarihi olarak kabul edilmesi gerektiği; bu itibarla, davacının üniversite dışındaki reşit olmayanla rızaen cinsel ilişki eyleminden 27/03/2017 tarihinde haberdar olan idarenin, 06/04/2017 tarihinde disiplin soruşturmasına başlayarak, ceza mahkemesi kararının 27/03/2017 tarihinde kesinleşmesinden sonra, 07/12/2017 tarihinde dava konusu işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan 2547 Sayılı Kanun'un 53/b-6(c) alt bendi uyarınca, ilgili hakkında tesis edilen dava konusu işlemde zamanaşımı bulunmadığı sonucuna varılmıştır⁵⁰.

Bir diğer kararda ise ilgilinin müfettiş olduğu dönemde Bağ-Kur Genel Müdürlüğü'nün (Devredilen) 04/04/2005 tarihli onayına istinaden görevlendirilmesi üzerine düzenlediği 15/06/2009 tarihli soruşturma raporunun 23/06/2010 tarihli yazı ekinde iade edilmesine rağmen söz konusu raporun halen geri gönderilmediği hususunun sübuta erdiği değerlendirilerek ilgiliye uyarma cezası verilmiştir.

Uyuşmazlıkta ilgiliye isnat edilen fiil yönünden 657 sayılı Kanununun 127. maddesi kapsamında ceza verme zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının ayrıca irdelenmesi gerektiği, bu kapsamda idarenin 2010/4 sayılı İç Emir talimatında, inceleme eksikliklerinin giderilmesini teminen müfettişlere iade edilen raporların mümkün olan en kısa sürede, maddi hata veya görüş farklılığı nedeniyle iade edilen raporların ise iade yazısının alındığı tarihten itibaren en geç bir ay içinde Rehberlik ve Teftiş Başkanlığı'na geri gönderileceğine ilişkin düzenleme ve yine 2013/1 sayılı İç Emir talimatında da konusu her ne olursa olsun altmış iş günü içerisinde sonuçlandırılmayan işlerle ilgili olarak bilgi notu hazırlanıp grup başkanlığına verileceği yönündeki düzenleme, 15/06/2009 tarihli soruşturma raporunun yeniden değerlendirilmek üzere ilgiliye iadesine ilişkin 23/06/2010 tarihli

⁵⁰ Danıştay 8. D. 2019/4742, 2022/5480, 7.10.2022, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

yazı içeriği ile birlikte incelendiğinde, iade gerekçesinin bir kısmının maddi hata bir kısmının da eksik inceleme gerekçesine dayandığı, bu nedenle de söz konusu raporun mümkün olan en kısa zamanda tamamlanarak iade edilmesi gerektiği, mümkün olan en kısa sürenin, konusu her ne olursa olsun altmış iş günü içerisinde sonuçlandırılmayan işlerle ilgili olarak bilgi notu hazırlanması talimatı kıyasen uygulandığında, altmış gün olması gerektiği, iade edilen bir raporun 60 gün içerisinde tamamlanmaması durumunda ve altmışıncı günün bitiminde, bu eylem için 657 sayılı Kanun'da belirtilen iki yıllık ceza verme zamanaşımı süresinin başlayacağı kabulü gerektiği, aksine kabul halinde ise, idarenin iç denetim mekanizması eksikliğinden kaynaklı olarak 657 sayılı Kanun'un 127. maddesinde öngörülen ceza verme zamanaşımı süresine ilişkin düzenlemenin hiçbir şekilde uygulama olanağının kalmayacağı gibi, iç denetim mekanizması eksikliğinin ilgilinin aleyhine yorumlanmasının hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmayacağı anlaşıldığından, ilgiliye isnat edilen fiil bakımından disiplin cezası verme zamanaşımı süresinin dolduğu sonucuna varılmıştır⁵¹.

Bu noktada, 2547 sayılı Kanun'un öğretim üyelerine özgü personel kanunu olması hasebiyle 657 sayılı Kanun'dan farklı olarak akademiye özgü süreleri öngördüğü de vurgulanmalıdır. Şöyle ki, 2547 sayılı Kanun'da

“Bilimsel bir eserin akademik atama ve terfilerde kullanılması ya da kısmen veya tamamen yeniden yayımlanması hâlinde ikinci fıkrada belirtilen zamanaşımı süreleri yeniden işleme başlar.

Disiplin cezasının yargı kararıyla iptal edilmesi hâlinde, kararın idareye ulaştığı tarihten itibaren kalan disiplin ceza zamanaşımı süresi içerisinde, zamanaşımı süresinin dolması veya üç aydan daha az süre kalması hâlinde en geç üç ay içerisinde karar gerekçesi dikkate alınarak yeniden disiplin cezası tesis edilebilir.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Kanun'un gerekçesinde bilimsel bir eserin akademik atama ve terfilerde kullanılması ya da kısmen veya tamamen yeniden yayımlanması halinde sürelerin yeniden işlemeye başlamasının altında yatan nedene yer verilmemiş olsa da bu düzenlemenin gerekçesinin suçun mütemadi suç olarak kabul edildiği ifade edilebilir. Bu kabulün dayanağı ise, mütemadi suçta, suç oluşturan eylem nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırı sonucun birden sona ermeyip zaman içinde devam etmesi ve bu devamlılığın failin iradi bir davranışına bağlı olması durumu oluşturmaktadır⁵².

Bu hususta son olarak vurgulanması gereken husus, disiplin soruşturmalarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin durması ve kesilmesidir. Disiplin hukuku ile ilgili kuralların düzenlendiği 657 sayılı Kanun'da zamanaşımının durmasına veya kesilmesine ilişkin hükümler yer almamaktadır.

⁵¹ Ankara 2 BİM, 2018/2999, 2019/791, 18.4.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

⁵² İzzet Özgenç (n 44) 192; Koca ve Üzülmöz (n 44) 809; Dülger (n 44) 152.



Bununla birlikte 2547 sayılı Kanunun 53/A maddesinin (n) bendinde bir durumda zamanaşımı süresinin duracağı düzenlenmiştir: *“Bir fiilden dolayı ilgili hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması yapılıyor olması, aynı fiilden dolayı disiplin soruşturması yapılmasına, ceza verilmesine ve bu cezanın yerine getirilmesine engel değildir. Gerektiğinde ceza kovuşturması bekletici mesele yapılabilir. Bu durumda disiplin soruşturmasına ilişkin zamanaşımı süreleri durur.”*

Sonuç olarak, zamanaşımı sürelerinin hak düşürücü sürelerden olması sebebiyle diğer disiplin hukukuna hakim olan ilkeler⁵³ gibi zamanaşımının ne zaman başlayıp ne zaman biteceğinin mevzuatla açık ve net bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

D. Görevden Uzaklaştırma Tedbirinde Süreler

Görevden uzaklaştırma, 657 sayılı Kanun’un 137. maddesinde; devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülecek devlet memurları hakkında alınan ihtiyati bir tedbir olarak tanımlanmaktadır⁵⁴. Görevden uzaklaştırma tedbiri, soruşturmanın herhangi bir safhasında da alınabilir.

Görevinden uzaklaştırılan devlet memurları hakkında görevden uzaklaştırmayı izleyen on iş günü içinde soruşturmaya başlanması şarttır.

Görevden uzaklaştırma; bir disiplin kovuşturması icabından olduğu takdirde en çok üç ay devam edebilir. Bu süre sonunda hakkında bir karar verilmediği takdirde memur görevine başlatılır.

2547 sayılı Kanun’un 53/B maddesinde ise görevden uzaklaştırma, devlet veya vakıf yükseköğretim kurumlarında yürütülen kamu hizmetinin gerektirdiği hallerde, görevi başında kalmasında sakınca görülen üst kuruluşlar ile yükseköğretim kurumu yöneticileri, öğretim elemanları, memurlar ve diğer personel hakkında alınan ihtiyati bir tedbirdir.

Görevden uzaklaştırma tedbiri disiplin veya ceza soruşturmasının herhangi bir safhasında üç ay süreyle alınabilir. Soruşturmayı yürütenler görevden uzaklaştırmayı teklif edebilirler.

Bu sürenin bitiminde tedbir kararının alınmasına ilişkin sebeplerin devam etmesi halinde tedbir her defasında üç ay uzatılabilir.

⁵³ Cemil Kaya, ‘Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler’ (2005) 38 (2) Amme İdaresi Dergisi, 61-87; Selman Sacit Boz, ‘Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler’ (2017) 25 (2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15-41; Yahya: Kamu Usman, ‘Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri’, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019; Burç Volkan Zor, ‘Disiplin Hukukuna Hâkim Olan İlkeler’, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2020.

⁵⁴ Atay (n 38) 943; Çağlayan (n 19) 601; Akyılmaz, Sezginer ve Kaya (n 19) 794; Kalabalık (n 19) 512.

Görevden uzaklaştırma ilgili iki husus ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki düzenlemelerde yer alan “soruşturmanın selameti bakımından görevinin başında kalmasında sakınca görülen hal” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Diğer husus ise görevden uzaklaştırma kararının özlük dosyasından silinip silinemeyeceğidir.

Görevden uzaklaştırmalarda ön plana çıkan ilk husus, görevden uzaklaştırma şartının “soruşturmanın selameti” gibi içeriği belirsiz bir kavrama bağlanmış olmasıdır. Bu belirsizlik nedeniyle, idareye görevden uzaklaştırmaya karar verme konusunda geniş bir takdir yetkisinin tanındığından varlığından söz edilebilir.

“Soruşturmanın selameti” kavramına somut bir örnek olarak otomasyon sistemine erişim yetkisi bulunan personelin görevinin durumu verilebilir. Örneğin, ilgilinin Başkanı olduğu ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Kardiyoloji Ana Bilim Dalına atanmasına ilişkin işlemleri açtığı davalar sonucunda iptal ettirmiş olduğu Yrd. Doç. Dr. K2'nin 25/12/2017 tarihli olup kendisinin ve Doç. Dr. K3, Yrd. Doç. Dr. K4 ve Doç. Dr. K5'in sorumlu oldukları zaman dilimlerinde (haftalarda) hasta kayıtlarının (performans girişlerinin) resmi kayıtlardaki öğretim üyelerine değil Prof. Dr. K6 adına yapıldığı, bu durumun yanlışlıkla olmayıp sürekli ve düzenli bir şekilde devam ettiği, öğretim üyelerinin bu usulsüz işlemlerden performans gelir kaybına uğradıkları, ayrıca Döner Sermaye İşletme Müdürlüğü'nün de zarara uğratıldığı hususlarını içeren dilekçesi üzerine 04/01/2018 tarihli işlemle soruşturmacı görevlendirildiği, 30/01/2018 tarihinde dava konusu görevden uzaklaştırma işleminin tesis edildiği, soruşturmacının 31/01/2018 tarihli soruşturma raporu ile davacının herhangi bir disiplin cezası ile cezalandırılmaması kanaatini içeren raporunu düzenlediği, takip eden süreçte bazı eksikler ve taleplerden dolayı olayla ilgili olarak Rektörlük İç Denetim Birimince yapılan inceleme sonucunda 31/05/2018 tarihli raporun, soruşturmacı tarafından ise 03/04/2018, 26/04/2018 ve 09/07/2018 tarihlerinde üç ayrı soruşturma raporu düzenlendiği ve hepsinde de disiplin cezası verilmemesi kanaatinin belirtildiği, en son Fakülte Dekanlığınca görevlendirilen raportörün soruşturmanın genişletilerek kapsamlı şekilde yapılması önerisi üzerine Rektörlükten 22/11/2018 tarihli yazıyla yeni bir soruşturmacı görevlendirilmesinin talep edildiği, soruşturmanın henüz sonuçlandırılmadığı ve bu arada Kardiyoloji Ana Bilim Dalı Başkanlığına Prof. Dr. K7'nun 25/10/2018 tarihinde vekâleten atamasının yapıldığı anlaşılmıştır.

Belirtilen duruma göre şikâyetçi dışındaki diğer üç öğretim üyesinin ifadelelerinde şikâyet konusu olaydan mağdur ve şikâyetçi olmadıklarını beyan ettikleri, poliklinik hizmetlerinden sorumlu öğretim üyeleri listesinin her ay düzenli olarak Hastane Başhekimliğine bildirildiği, soruşturma konusu olayla ilgili bilgi belge ve hasta kayıtlarının Hastane otomasyon sisteminde bulunduğu dolayısıyla davacının görevi başında kalması durumunda delillerin karartılması ihtimalinin söz konusu olmadığı gibi Kardiyoloji Ana Bilim Dalında görülen kamu hizmetinin ve bu hizmetten yararlananların olumsuz etkileneceğine dair yeterli ve inandırıcı bir sebep ve makul gerekçe bulunmadığı, idarece görevlendirilen soruşturmacının dava ko-



nusu işleminden bir gün sonra düzenlemiş olduğu raporla disiplin cezası verilmesi önerisi üzerine yukarıda özetlenen süreç de dikkate alındığında dava konusu işlemin tesisinde idarece sahip olunan takdir yetkisinin sebep ve maksat yönlerinden hukuka, hak ve adalet ilkelerine uygun kullanılmadığı kanaatine varılmıştır.⁵⁵

Görevden uzaklaştırma konusunda ele alınması gereken ikinci husus, görevden uzaklaştırma kararının özlük dosyasından silinip silinemeyeceğidir. Şöyle ki, ... Üniversitesi, İdari ve Mali İşlerde memur olarak çalışan ilgilinin, Üniversitenin web sitesi işlemlerini yaptığı ve bu kapsamda 2018 Eylül ayında site ara yüzünü “X1” şeklinde düzenlemesi nedeniyle, FETÖ terör örgütünün propagandasını yaptığı iddiasıyla hakkında adli ve idari soruşturma başlatılmıştır.

Yapılan adli soruşturmada Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığınca suçun yasal unsurları oluşmadığı gerekçesiyle 13/02/2019 tarihinde ilgili hakkında takipsizlik kararı verilmiş, yapılan idari soruşturma kapsamında da 2547 sayılı Kanun’un 53/B maddesi uyarınca 11/09/2018 tarihinden itibaren tedbiren görevden uzaklaştırılmış ve 07/12/2018 tarihinde görevden uzaklaştırma tedbirinin kaldırılarak göreve iade edilmiştir.

İlgilinin Kültür ve Turizm Bakanlığına naklen atanma talebi, öğrenilen soruşturma dosyası nedeniyle reddedildiğinden bahisle, Devlet Personel Başkanlığının 27/07/2018 tarihli ve 02/11/2018 tarihli görüşlerine istinaden, hizmet cetvelinde görevden uzaklaştırma ve iadeye ilişkin kayıtların silinmesi talebiyle 27/05/2019 tarihli dilekçeyle davalı idareye başvurmuştur.

Davalı idarece 27/06/2019 tarihli işlemle; Devlet Personel Başkanlığının konu hakkındaki açıklamasının, kamu görevinden ihraç edilen ve görevine iade edilen personel için geçerli olduğu, talebin açıklama kapsamı dışında kaldığından bahisle reddi üzerine, söz konusu işlemin iptali istemiyle iptal davası açılmıştır.

Bölge İdare Mahkemesince 2547 sayılı Kanun’un 53/G maddesi uyarınca; sadece disiplin cezalarının özlük dosyasından silinmesine olanak verildiği, bunun dışında; görevden uzaklaştırma tedbirinin özlük dosyasından silineceğine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı, geçirdiği soruşturma nedeniyle hakkında görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanan ilgilinin, görevden uzaklaştırma işlemine karşı dava açmadığı, dolayısıyla idari işlemin kesinleştiği ve uygulandığı görüldüğünden, özlük dosyasından silinmemesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık, aksi yoldaki idare mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamıştır⁵⁶.

Kanaatimizce görevden uzaklaştırma tedbirinden daha ağır nitelikteki disiplin cezasının dahi özlük dosyasından silinebilmesi mümkün iken, geçici nitelikteki tedbirinin özlük dosyasından silinebilmesi mümkün olmalıdır.

⁵⁵ İzmir 5 BİM, 2019/504, 2019/587, 4.4.2019, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

⁵⁶ İstanbul 3 BİM, 2020/1017, 2020/717, 26.11.2020, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası

SONUÇ

Süreler usule ilişkin düzenlemelerdir ve esası belirleyen en önemli usul kurallarından biri olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bununla birlikte disiplin soruşturmalarının nasıl yürütülmesi gerektiğine dair temel bir usul kanunu bulunmaması nedeniyle disiplin soruşturmalarında ve disiplin cezalarında öngörülen sürelerin nasıl uygulanacağı bilinemediği görülmektedir. Bu belirsizlik başta Danıştay olmak üzere idari yargı organlarınınca verilen kararlarla ortadan kalkmaktadır.

1982 Anayasası “Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili hükümler” başlıklı kısmında, “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez.*” hükmü ile disiplin soruşturmasındaki güvencelerden birisi olarak savunma hakkını anayasal güvence altına almıştır. Her ne kadar savunma hakkı, anayasal bir hak ise de Anayasa’da bu hakkın ne kadar bir süre içerisinde kullanılacağı Anayasa’da düzenlenmemiştir.

Bu konuda 657 sayılı Kanun devlet memuru hakkında savunması alınmadan disiplin cezası verilemeyeceğini belirttikten sonra soruşturmayı yapanın veya yetkili disiplin kurulunun savunma yapmak üzere soruşturulana yedi günden az olmak üzere vermesini öngörmektedir.

657 sayılı Kanun gibi 2547 sayılı Kanun da öğretim elemanlarının savunma hakkını kullanılacağı süreyi öngörmekte idiyse de Anayasa Mahkemesi savunma süresinin içinde bulunduğu düzenlemeyi iptal etmiştir.

Hem 657 sayılı Kanun’da hem de 2547 sayılı Kanun’da yer alan disiplin hukukuna ilişkin süreler; disiplin cezasına konu olan fiilin bir unsuru olan süre, disiplin soruşturmalarında hak düşürücü süre, disiplin cezalarının uygulanması bakımından süre ve idari tedbir olarak görevden uzaklaştırmada süre olmak üzere dört gruba ayrılabilir.

Disiplin cezasına konu olan sürelerde, sürenin kendisinden ziyade “özürsüz olarak göreve gelmemek” fiili disiplin cezasını gerektiren bir fiildir. Daha çok sendikal hakkın kullanımı olarak görevi bırakma şeklinde tezahür eden fiillerde Danıştay anayasal bir hakkın kullanımı nedeniyle disiplin suçunun oluşmayacağı yönünde kararlar vermektedir.

Kanaatimizce karşı görüş yazılarında ifade edilen sendikal nitelikteki eylemin amacının ve niteliğinin de dikkate alınması gerekmektedir. Kamu görevlilerinin, ekonomik, sosyal, mesleki hak ve menfaatlerinin ve bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi, bu konulara dikkat çekilmesi ve kamuoyu oluşturulmasının sağlanması amacıyla ve başka seçeneklerinin bulunmaması durumunda üyesi buldukları sendikaların aldıkları kararlar uyarınca iş bırakma eylemlerine ilgili mevzuatına uygun olarak katılmaları nedeniyle disiplin cezaları ile cezalandırılmalarının demokratik bir toplumda gerekli olduğundan söz edilemeyeceği kabul edilmekte ise de kamu görevlileri-



nin, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin ve bu kapsamda özlük ve parasal haklarının, çalışma koşullarının korunması, iyileştirilmesi, geliştirilmesi amacını taşımayan eyleme katılan ve bu nedenle görevine gelmeyenler hakkında disiplin cezası tesis edilmesinin mümkün olduğunu değerlendirmekteyiz.

Öğretim elemanlarına özgü personel kanunu olması sebebiyle 2547 sayılı Kanun'da bilimsel bir eserin akademik atama ve terfilerde kullanılması ya da kısmen veya tamamen yeniden yayımlanması hâlinde zamanaşımı sürelerinin yeniden işleme başlayacağı, disiplin cezasının yargı kararıyla iptal edilmesi hâlinde ise, kararın idareye ulaştığı tarihten itibaren kalan disiplin ceza zamanaşımı süresi içerisinde, zamanaşımı süresinin dolması veya üç aydan daha az süre kalması hâlinde en geç üç ay içerisinde karar gerekçesi dikkate alınarak yeniden disiplin cezası tesis edilebileceği düzenlenmiştir.

Disiplin cezasının uygulanması bakımından sürelerde ise disiplin cezasının iptal nedeninin daha çok memura atfedilen fiilin sübuta ermediğinin anlaşılması görülmektedir. Bu nedenle, disiplin soruşturmalarında soruşturmanın maddi gerçeği üzerinde hiçbir şüpheye mahal vermeyecek şekilde sonuçlandırılması önem arz etmektedir.

Savunma hakkının kullanılması bakımından uyulması gereken esaslar olarak “disiplin soruşturması açılması”, “memura isnatta bulunulması”, “memurun savunmasını yapmak amacıyla başvuracağı bilgi ve belgeler/ispat araçlarına yönelik taleplerinin karşılanması”, “memura savunma yapmadığı takdirde savunma hakkından vazgeçmiş sayılacağına bildirilmesi”, “memura kendisini savunması için yeterli süre verilmesi” ve “memurun savunmasının disiplin amiri ve/veya yüksek disiplin kurulu tarafından alınması” sayılmaktadır.

Görevden uzaklaştırma ilgili iki husus ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki görevden uzaklaştırma kararının özlük dosyasından silinip silinemeyeceği iken diğeri düzenlemelerde yer alan “soruşturmanın selameti bakımından görevinin başında kalmasında sakınca görülen hal” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. İdareye geniş takdir yetkisi tanyan bu düzenlemede, takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanılıp kullanılmadığı yargı organlarınca denetlenmekte ve kavramın neyi ifade ettiği somut uyuşmazlıklarda ortaya konulmaktadır.

Görevden uzaklaştırma tedbirinden daha ağır nitelikteki disiplin cezasının dahi özlük dosyasından silinebilmesi mümkün iken, mevzuatta açıkça düzenlenmemiş olsa da geçici nitelikteki tedbirinin özlük dosyasından silinebilmesi mümkün olması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Akkoyunlu A S, 'Disiplin Soruşturmasında Memurun Savunma Hakkını Kullanımında İdarenin Uyması Gereken Esaslar', Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 28, (Haziran 2023), ss. 3-63.
- Akyılmaz B, 'Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1-2, 2002, s. 239-260.
- Akyılmaz B/ Sezginer M/ Kaya C, Türk İdare Hukuku, 17. Baskı, Seçkin, Ankara.
- Alan N, 'Savunma Hakkı', Danıştay Dergisi, Yıl: 23, S.87, 1993, s. 17-26.
- Arslan Z/ Altındağ H, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması - 2547 Sayılı Kanun Kapsamında Çalışanların Disiplin ve Ceza Soruşturması Dahil, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Atay E E, İdare Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2009.
- Atay E E, İdari Yargılama Hukuku, Seçkin, Ankara, 2021.
- Boz S S, 'Memur Disiplin Hukukuna Hâkim Olan Temel İlkeler', Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.2, 2017, s. 15-41.
- Buz V, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Büyük Larousse, Sözlük ve Ansiklopedi, Milliyet Yayınları, Yirmi Birinci Cilt, İstanbul, 2007.
- Çağlayan R, 'İdârî Yargılama Usûlünde Dâvâ Açma Süresine İlişkin Güncel Kararlar Üzerine Bâzı Mülâhazalar', C.26, S.4, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2022, ss. 207-245.
- Çağlayan R, İdârî Yargılama Hukuku, 15. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Çağlayan R, İdâre Hukuku Dersleri, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023.
- Dilek M, 'Memur Disiplin Hukukunun ve Disiplin Soruşturmasının Temel Esasları', Türk İdare Dergisi, S.423, 1999, ss. 27-64.
- Duman B, Yükseköğretim Ceza ve Disiplin Soruşturması, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023
- Dülger M V, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Erdem M, Özel Hukukta Zamanaşımı, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Göçgün M, 'Disiplin Cezalarına Karşı Başvuru Yolları' (Danışman: Prof. Dr. Turan Yıldırım), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.
- Kalabalık H, İdare Hukuku Dersleri, C.I, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2019.



Kaya C, ‘Memur Disiplin Suç ve Cezalarına ve Disiplin Soruşturmasına Hâkim Olan Temel İlkeler’, Amme İdaresi Dergisi, C.38, S.2, Haziran 2005, s. 61-87.

Koca M/ Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Meydan Larousse, Büyük Lügat ve Ansiklopedi, Meydan Yayınevi, C.11, İstanbul, 1986.

Oğuzman M K/ Öz M T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Özkaya E, Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023.

Sezer Y/ Bilgin H, ‘Danıştay Kararlarında İdari Başvurular’, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.57, S.4, 2008, s. 337-366.

Söyler Y, İdari Usul İlkeleri Açısından Devlet Memurunun Disiplin Soruşturması (Danışman: Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz), Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

Tekinay S S/ Akman S/ Burcuoğlu H/ Altop A, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

Tunçomağ K, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul, 1976.

Türk Dil Kurumu Sözlük, Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Onuncu Baskı, Ankara, 2005.

Usman Y, ‘Kamu Görevlileri Disiplin Hukukunda İdari Usul İlkeleri’, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.

Yılmaz E, ‘Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler’, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.III, 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan (Özel Sayı), ss.3167-3190.

Yılmaz E, Hukuk Sözlüğü, Onuncu Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

Zor B V, ‘Disiplin Hukukuna Hâkim Olan İlkeler’, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2020.

ÖZEL HUKUK

AMERİKA'DA AİLE VE BOŞANMA ARABULUCULUĞUNA YÖNELİK UYGULAMA MODEL STANDARTLARI

Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation in United States

Erhan FIRAT*

Özet

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuk Amerikan hukuk sisteminde önemli bir yer tutmaktadır. Bu anlamda, bireyler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde aile arabuluculuğu da sıkça tercih edilen yöntemlerden biridir. Nitekim Amerika'da eyalet hukukları incelediğinde aile arabuluculuğu müessesesine ilişkin düzenlemelere sıklıkla rastlamak mümkündür. Söz konusu düzenlemelerde aile arabuluculuğunun kapsamlı bir şekilde ele alındığı görülmektedir. Diğer taraftan, eyalet hukukları dışında aile arabuluculuğuna dair çok sayıda özel düzenleme de bulunmaktadır. Bu özel düzenlemelerden biri de çalışmamızın konusunu oluşturan Aile ve Boşanma Arabuluculuğuna Yönelik Uygulama Model Standartları¹ adlı hukuki düzenlemedir. Bu düzenleme Amerikan Barolar Birliği Delegeler Meclisi tarafından son değişiklikleriyle birlikte 2001 yılında² yayımlanmıştır. Bilindiği üzere aile arabuluculuğu ülkemiz açısından da uzunca bir süredir gündemdedir. Dolayısıyla çalışmamızda bu düzenlemenin tarihsel gelişim sürecine ve hükümlerine değinilerek Türk hukuku için böyle bir düzenlenin yararlı olup olmayacağı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, aile arabuluculuğu, aile hukuku, model standartları.

Abstract

Mediation, one of the alternative dispute resolution methods, has an important place in the American legal system. In this sense, family mediation is one of the most preferred methods in resolving disputes between individuals. As a matter of fact, when state laws in the USA are examined, it is possible to frequently come across regulations regarding family mediation. It is seen that family mediation is dealt with comprehensively in the said regulations. On the other hand, there are many special regulations regarding family mediation apart from state laws. One of these special regulations is the legal regulation called Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, which is the subject of our study. This regulation was published by the American Bar Association's House

> *Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.*

> *Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 29.08.2023*

> *Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024*

Dr. Öğretim Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, erhan_firat@hotmail.com, <http://orcid.org/0000-0001-6910-7453>.

¹ Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, Developed by The Symposium on Standards of Practice, Approved by the ABA House of Delegates (February 2001) 1-21.

² 2001 yılından sonra Amerikan Barolar Birliği çalışmamızın konusunu oluşturan düzenlemede herhangi bir değişiklik yapmamıştır. Ancak söz konusu düzenleme çoğu eyalette kullanıldığı için bazı kuruluşların bir takım değişiklikler yaptığı görülmektedir. Örneğin *New York State Council on Divorce Mediation* adlı aile arabuluculuğu kuruluşu bunlardan biridir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<https://www.nysmediate.org/model-standards>> Erişim Tarihi: 29.11.2023.



of Delegates in 2001 with its last amendments. As it is known, family mediation has been on the agenda for a long time in our country. Therefore, in our study, the historical development process and provisions of this regulation will be mentioned and it will be emphasized whether such an arrangement will be beneficial for Turkish law.

Keywords: Alternative dispute resolution methods, family mediation, family law, model standards.

GİRİŞ

Aile uyuşmazlıklarının alternatif yöntemlerle çözümünde birçok ülke tarafından tercih edilen aile arabuluculuğu Amerikan hukukunda da sıkça kullanılan yöntemlerden biridir. Bu anlamda ABD’de çok sayıda özel düzenleme yapıldığı görülmektedir. Çalışmamızın konusunu oluşturan bu özel düzenlemelerden biri de Aile ve Boşanma Arabuluculuğuna Yönelik Uygulama Model Standartları³ adlı hukuki düzenlemedir. Düzenleme özellikle aile arabulucularının arabuluculuk faaliyetini yönetirken uyacağı kuralları ayrıntılı bir şekilde ele almıştır. Diğer taraftan yeri gelmişken, *Model Standartları*’nın aile arabulucuları için etik kurallar olduğunu da söylemek gerekir.

I. TARİHÇE

Model Standartları, Profesör Andrew Shepard tarafından aile arabuluculuğu topluluğunun, gelişmekte olan bir mesleğe halkın güvenini artıracak ve uygulayıcılarına rehberlik edecek uygulama standartları yaratmaya yönelik yaklaşık yirmi yıllık bir çabanın son kilometre taşları olarak ifade edilmiştir. Tarihsel gelişime baktığımızda öncelikle 1982 ve 1984 yılları arasında *Aile ve Uzlaştırma Mahkemeleri Birliği (AFCC)*⁴’nin boşanma arabuluculuğu standartları hakkında düzenlediği sempozyumlar sonucu bir kaynak belgesi işlevi gören *Aile ve Boşanma Arabuluculuğuna Yönelik Uygulama Model Standartları 1984*⁵ oluşturulmuştur. *Amerikan Barolar Birliği (ABA)*⁶ *Aile Hukuku Bölümü*⁷’de, AFCC tarafından toplanan sürece paralel olarak, *Aile Hukuku Uyuşmazlıklarında Avukat Arabulucular için Uygulama Standartları 1984*⁸’ü (1984 ABA Standartları) hazırlamıştır. Her iki kuruluşun hazırladığı bu Standartların yayınlanmasının ardından, tüm alanlarda arabuluculuğa ve özellikle de aile arabuluculuğuna ilginin arttığı görülmüştür.⁹

³ Çalışmamızın konusunu oluşturan düzenleme bundan sonra *Model Standartları* olarak anılacaktır.

⁴ Association of Family and Conciliation Courts.

⁵ 1984 Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation.

⁶ American Bar Association.

⁷ American Bar Association’s Family Law Section.

⁸ Standards of Practice for Lawyer Mediators in Family Law Disputes (1984).

⁹ Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, (n 2) ii. Ayrıca bkz. Andrew Shepard, “An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation”, Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University Scholarly Commons at Hofstra Law, 35 *Fam. L.Q.* 1 (2001-2002) 9; Andrew Shepard, *The Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P.(eds), Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications, (The Guilford Press 2004) 518-519.

1996 yılına gelindiğinde Amerikan Barolar Birliği Aile Hukuku Bölümü 1984 ABA Standartlarını gözden geçirmek, değişiklikler ve düzeltmeler için önerilerde bulunmak üzere çalışma başlatmıştır. Yoğun çalışma ve incelemelerden sonra, ABA Komitesi 1984 ABA Standartlarının önemli bir gözden geçirmeye ihtiyaç duyulduğu sonucuna varmış, revize edilmiş standartlar için bir takım hedefler belirlemiştir. Birinci olarak ABA Komitesi, revize edilmiş standartlarının çağa uygun olmasını; ikinci olarak ise önerilen standartlarının mümkün olduğuunca boşanma ve aile arabuluculuğu için diğer uygulama standartlarıyla tutarlı olmasını sağlamaya çalışmıştır.¹⁰

Diğer taraftan, ABA'nın Aile Hukuku Bölümü Konseyi, ABA Komitesi'nin Kasım 1997'deki ilk taslak çalışmasını gözden geçirmiş, diğer ilgili arabuluculuk örgütlerinin, aile arabuluculuğu için revize edilmiş uygulama standartlarının hazırlanması sürecine dâhil edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. 1998 yılında AFCC, ABA Komitesi tarafından oluşturulan Uygulama Standartları taslağını tartışmanın başlangıç noktası kabul ederek Model Standartları Sempozyumu'nu yeniden düzenlemeyi teklif etmiş, Ekim 1998'de Model Standartları Sempozyumu, diğer kuruluşlarla birlikte ABA Aile Hukuku Bölümünde katılımıyla, ABA Komitesi tarafından oluşturulan taslak standartları gözden geçirmek üzere Orlando'da toplanmış, yirminin üzerinde aile arabuluculuk örgütünün temsilcileri, tam gün süren bir oturumda ABA taslağını incelemiş ve hangi meslekten geldiğine bakılmaksızın tüm aile arabulucuları için gözden geçirilmiş Model Standartlarının ilk Taslağı ortaya çıkmıştır.¹¹

Bu gelişmelerden sonra sempozyum 26 Şubat 2000'de New Orleans'ta tekrar toplanmış, aynı zamanda o sırada Aile ve Uzlaştırma Mahkemeleri Dergisinin Ocak 2000 sayısında ve AFCC, ABA Aile Hukuku Bölümü ve ABA Alternatif Uyuşmazlık Çözümü Bölümü'nün Web sitelerinde yayınlanan Taslak Standartlardaki değişiklik önerilerini ele almıştır. Sempozyum, Şubat 2000 toplantısında çalışmalarını bitirememiş ve çalışma Şubat 2000 toplantısıyla aynı organizasyon modelini izleyen bir sonraki toplantıda, 5 Ağustos 2000'de Chicago'da tamamlamıştır.¹² Söz konusu düzenleme Şubat 2001 tarihinde Amerikan Barolar Birliği Delegeler Meclisi tarafından kabul edilmiştir.¹³

II. MODEL STANDARTLARININ İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

Aile, yaşamımızı devam ettirdiğimiz ve içerisinde bulunduğumuz toplumun temelini oluşturmaktadır. Henüz doğduğu anda kendini bu topluluğun içerisinde

¹⁰ Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, (n 2) ii-iii. Ayrıca bkz. Shepard (n 10) 10; Shepard (n 10) 519.

¹¹ Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, (n 2) iv. Ayrıca bkz. Shepard (n 10) 11; Shepard (n 10) 520.

¹² Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, (n 2) iv-v.

¹³ Shepard (n 10) 1; Shepard (n 10) 521.



bulan insan, orada büyür ve toplumsal hayata dâhil olur. Toplum ise aile adı verilen bu en küçük sosyal birimlerin toplamından meydana gelmektedir.¹⁴ Eşlerin karşılıklı söz vererek başladıkları bir ilişkinin sonlanması, onların hayatında oldukça travmatik bir durum olup, bu travma birçok etkene bağlı olarak eşler açısından farklı seviyelerde deneyimlense de, genel olarak aile üyelerinin tamamı üzerinde negatif bir atmosfer yaratır. Kaldı ki eşler boşanma aşamasında hem hali hazırda bulunan olumsuzluklarla mücadele etmeye uğraşırken hem de gelecekteki yaşam planlarıyla bağlantılı kararlar almaları gerekmektedir.¹⁵

Aile arabuluculuğunun, boşanma sürecinde uygulanabilecek özel bir müdahale şekli olduğu ve genelde, boşanan eşlere hem evliliğin psikolojik olarak çözülmesi hem de ebeveynlerin sorumlulukları ve ekonomik yönleri üzerinde anlaşma yaparak anlaşmazlıklarını yargı sistemi dışında çözmelerine yardım etmeyi amaçladığı ifade edilmiştir.¹⁶ Aile problemlerinin çeşitli oluşu ve konunun çok yönlü olması doğal olarak aile arabuluculuğu sürecinin zorlu bir süreç olduğunu gösterse de gelişmiş ülkelerde bu sürecin kendine özgü profesyonel yaklaşımla ele alınması başarılı sonuçlar elde edilmesini sağlamıştır.¹⁷

Aile arabuluculuğunda kanaatimizce başarılı bir örnek olarak kabul edilmesi gereken aşağıda hükümlerine yer verdiğimiz Model Standartlarına baktığımızda öncelikle konunun oldukça ayrıntılı şekilde ele alındığını söylemek gerekir. Keza, düzenleme 1984 yılında oluşturulmasından itibaren son şeklini aldığı 2001 yılına gelinceye dek yapılan toplantılar bu durumun oluşmasının doğal sonucudur. Kaldı ki, yukarıda yer verdiğimiz tariheye bakıldığında düzenlemenin oldukça geniş bir çevre ele alındığı, sempozyumlar düzenlendiği ve tartışıldığı düşünüldüğünde ayrıntılı hükümler ihtiva edeceği son derece anlaşılır bir durumdur.

¹⁴ Turgut Akıntürk and Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C. II*, Yenilenmiş 20. bs., (Beta Yayıncılık 2017) 3; Erhan Fırat, *Aile Arabuluculuğu*, EBYÜSBE, (Dan.: Prof. Dr. İbrahim Özbay), Yayınlanmamış DT, (Erzincan 2021) 14. Aile kavramı için bkz. Hüseyin Hatemi and Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku Ders Kitabı*, 5. bs., (Vedat Kitapçılık 2016) 3. Ailenin önemi ile ilgili bkz. Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey and K. Emre Gökyayla, *Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, Son Yasal Değişiklikler Işığında Yeniden Düzenlenmiş 6. bs., (Seçkin Yayıncılık 2000) 665. Ayrıca bkz. Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2006) 197.

¹⁵ İl Sunay, “Aile Arabuluculuğu Family Mediation”, *Toplum ve Sosyal Hizmet*, C. 20, S. 1, (Nisan 2009) 23; Fırat (n 15) 18.

¹⁶ Bkz. Sara Molgora, Sonia Ranieri and Giancarlo Tamanza, “Divorce and Coparenting: A Qualitative Study on Family Mediation in Italy”, *Journal of Divorce & Remarriage*, 55:4, (2014) 302; Fırat (n 15) 19.

¹⁷ Sunay (n 16) 25; Fırat (n 15) 19. Aile arabuluculuğu, davalara kıyasla kullanımından elde edilecek çoklu avantajlarıyla birlikte aile uyumsuzlukları ile başa çıkmak için önemli bir araçtır (Thomas McFarlane, “Mediation: The Future of Dispute Resolution in Contemporary Scots Family Law”, *Aberdeen Student Law Review* 28, (2012) 51).

B. Standart I (Kendi Kaderini Tayin İlkesi)

Düzenlemenin ilk hükmü kendi kaderini tayin ilkesi üzerinedir. Öncelikle arabulucu arabuluculuğun bu ilke üzerine inşa edildiğini bilmelidir (Standart I). Bu anlamda düzenlemede kendi kaderini tayinin aile arabuluculuğunun temel ilkesi olduğu belirtilmiş, aile arabulucusunun temel rolünün katılımcıların kendi ihtiyaç ve çıkarlarını, başkalarının ihtiyaç ve çıkarlarını daha iyi anlamalarına yardımcı olmak olduğu vurgulanmıştır (Standart I/1 ve 2). Diğer taraftan, arabulucuya katılımcıları çeşitli kaynaklardan bilgi ve tavsiye alabilecekleri konusunda bilgilendirme ile istedikleri zaman aile arabuluculuğundan çekilebileceklerini ve arabuluculukta bir anlaşmaya varmak zorunda olmadıklarını bildirme ödevi yüklenmiştir (Standart I/3 ve 4).

Gerçekten de kendini kaderini tayin, aile arabuluculuğunun temel ilkesi olup gönüllü anlaşmalar, aile uyumsuzluklarını çözmenin duygusal ve ekonomik maliyetlerini azaltmaktadır.¹⁸ Bu ilke ihtilaf sahiplerine uyumsuzluk çözüm sürecine aktif olarak ve doğrudan katılma, tartışmalarını ve karar almalarını yönlendiren esas normları kontrol etme, uzlaşma seçeneklerini oluşturma ve uyumsuzluk çözüm sürecinin nihai sonucunu kontrol etme konusunda fırsat tanımaktadır.¹⁹ Ayrıca taraflara kendilerinin belirleyecekleri çözüm tarzı konusunda sorumluk alabilme olanağının sağlanması arabuluculuğun olumlu taraflarından biridir. Kaldı ki, tarafların içeriğini kendilerinin belirledikleri bir anlaşmaya daha sonra uymamaları ihtimali de düşüktür.²⁰ Burada arabulucunun rolü ise hem arabuluculuğu hem de çeşitli teknikleri kullanarak tarafların bireysel ve ortak iradelerini ortaya çıkarmak ve böylece kendi kaderlerini tayin etmelerini sağlamaktır. Nitekim bu ilke arabuluculukta tarafların güçlendirilmesini amaçlamaktadır.²¹

C. Standart II (Aile Arabulucusunun Eğitimi)

Düzenlemenin ikinci hükmü aile arabulucularının eğitimi üzerinedir. Bir kişinin aile arabulucusu olarak görev yapabilmesi için eğitim ve öğretim açısından yeterli olması gerekmektedir (Standart II). Her ne kadar düzenlemede aile arabulucularının eğitimleriyle ilgili ayrıntılı bir düzenleme yer almasada başlıklar halinde sayılan konuların bir aile arabulucusunun yetişmesi için çok önemli olduğunu söylemek gerekmektedir. Zira düzenleme aile arabulucusunun birçok konuda bilgi

¹⁸ Ann Milne and Andrew Schepard, "Does Your Mediator Measure Up? Standards of Practice for Family and Divorce Mediation", *Family Advocate*, Vol. 24, No. 4, American Bar Association, (Spring 2002) 25; Firat (n 15) 112.

¹⁹ Nancy A. Welsh, *Reconciling Self-Determination, Coercion, and Settlement in Court-Connected Mediation*, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P.(eds), *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*, (The Guilford Press 2004) 422; Firat (n 15) 113.

²⁰ Çiğdem Yazıcı-Tıktık, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, (Oniki Levha Yayıncılık 2013) 47; Firat (n 15) 113.

²¹ Welsh (n 20) 422.



sahibi olmasını öngörmektedir. Örneğin aile arabulucusunun hem arabuluculuk sürecine dair eğitim ve öğretime sahip olması gerektiği hem de aile hukuku, aile içi istismar, çocuk gelişimi, çocuğun ihmal ve istismarı, kültür ve çeşitlilik gibi konularda da eğitilmesi gerektiği belirtilmiştir. Diğer taraftan düzenleme arabulucuya eğitim, öğretim ve uzmanlığı ile ilgili katılımcılara bilgi verebilme yetkisi sağlamaktadır (Standart II/5 ve 6). Bu türden bilgilendirme arabuluculuğa gelenlerin arabulucu hakkındaki olası bilgi eksikliklerini veya ön yargılarını ortadan kaldıracaktır.

Aile arabuluculuğu eğitime dair mukayeseli hukukta birçok örneğe rastlamak mümkündür. Örneğin Fransa’da aile arabulucusu olabilmek için hukukçu olmak zorunlu değildir. Uygulamada ise bu mesleğe özellikle psiko-sosyal bilimlerde uzmanlaşanların ilgi duyduğu anlaşılmaktadır. Bu alanda eğitim teorik ve pratikte olmak üzere toplam 595 saatten oluşmaktadır.²² Bu eğitimde ayrı ayrı 63 saatlik hukuk ve psikoloji eğitimi, 35 saatlik sosyoloji eğitimi ve 14 saatlik bitirme projesi eğitiminin yanı sıra 105 saatlik pratik eğitimi yer almakta; arta kalan zamanlarda ise arabuluculuk teknikleri konusunda adaylar bilgilendirilmektedir. Ayrıca bu eğitimin bazı üniversitelerdeki sürekli eğitim birimlerine de verildiği anlaşılmaktadır.²³ Bu konuda bir başka örnek ülke Belçika’dır. Belçika’da arabuluculuk eğitimleri Federal Arabuluculuk Komisyonu²⁴ tarafından denetlenmektedir.²⁵ Bu kuruluşa göre; aile uyuşmazlıklarında arabuluculuk için özel eğitim, en az 60 saat ve bir takım asgari içeriklerden oluşmaktadır. Bu asgari içeriklerin öncelikle as-

²² Cem Özcan, “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5, S. 9, (Haziran 2017) 387; Fırat (n 15) 43. Aile arabulucularının eğitiminin önemi uluslararası düzenlemelerde de yer almaktadır. Örneğin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 21 Ocak 1998 Tarih R (98) 1 Sayılı Aile Arabuluculuğu Hakkında Tavsiye Kararında arabuluculuğun nasıl düzenlendiğine ve sunulduğuna bakılmaksızın, devletlerin, arabulucuların seçimi, eğitimi ve nitelikleri için usuller ile arabulucular tarafından ulaşılabilecek ve sürdürülecek standartları sağlamak için uygun mekanizmaların var olduğundan emin olmaları gerektiği vurgulanmıştır (Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation, 15). Tavsiye kararına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Serdar Özbek, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, *DEÜHFD*, C. 7, S. 2, (2005) 71-102; Mehmet Tiryaki (Editör), *Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları*, (Nisan 2006) 109-113.

²³ Özcan (n 23) 387-388; Fırat (n 15) 43. Fransa’da aile arabuluculuğu eğitimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <<http://www.fenamef.asso.fr/formations-et-journees-d-etude/diplome-d-etat-de-mediateur-familial-demf>> Erişim Tarihi: 18.03.2022. Mukayeseli hukukta aile arabulucusunun eğitimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Fırat (n 15) 149-160. Aile arabuluculuğunda psiko-sosyal alanlardan gelenlerin önemi olsa da hukukçuların bu işin içinde olmalarının daha isabetli olduğu yönünde bkz. Ebru Ceylan, “Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 16, Yıl, S. 190, (2018) 4567.

²⁴ Commission Fédérale de Médiation.

²⁵ Magdalena Skibińska, “Certification of Family Mediators – Polish Solutions in Comparative Perspective”, Nicolaus Copernicus University, *Comparative Law Review* 18, (2014) 63; Fırat (n 15) 151.

gari teorik içerikler ve asgari pratik içerikler olarak ikiye ayrıldığını; asgari teorik içeriklerin aile hukuku, psikoloji ve sosyoloji bilimlerinin bir takım konularına ilişkin, asgari pratik içeriklerin ise aile arabuluculuğu konuları üzerine olduğunu söylemek gerekir. Bu kapsamda boşanma ve ayrılık, çocukların ikamet, kişisel ilişkilere ilişkin haklar, aileyi yeniden düzenleme, şiddet, istismar, gençliğin korunması ve arabuluculuk, aile arabuluculuğunun pratik uygulamaları gibi konular aile arabuluculuğuna ilişkin konulara birkaç örnek olarak gösterilebilir.²⁶

D. Standart III (Katılımcıların Aydınlatılması)

Düzenlemenin üçüncü hükmü aile arabulucusunun arabuluculuğu tanıtması, katılımcıların arabuluculuk konusunda yeterliliklerini değerlendirmesi üzerinedir (Standart III). Öte yandan arabulucu katılımcıları süreç ve amaçları hakkında da bilgilendirecektir. Bu kapsamda öncelikle aile arabulucusunun tarafsız ve kolaylaştırıcı olduğu ile taraflara herhangi bir çözüm getiremeyeceği veya tarafları bir çözüme zorlayamayacağı vurgulanmıştır. Bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında aile arabuluculuğunun diğer aile süreçlerinden farklılığı, anlaşmaya varılırsa mahkeme onayı gerekmesi durumunda anlaşma belgesinin mahkemece inceleneceği, katılımcıların avukat, muhasebeci, terapist gibi profesyonellerden tavsiye alabileceklerinin yanında din görevlilerinden, yaşlı kişilerden dahi tavsiye alabilecekleri, arabuluculuk oturumlarının ayrı ayrı da yapılabileceği, kural olarak süreçte kimlerin bulunup bulunmayacağı konusunun katılımcılar ile arabulucunun anlaşmasına bağlı olduğu, gizlilik yükümlülüğü ve istisnaları, arabuluculuk sürecinin arabulucu ve katılımcılarca askıya alınması ve sonlandırılması yer almaktadır (Standart III/7). Diğer taraftan, bu madde kapsamında bilgilendirme yükümlülüğü dışında katılımcılar arasında arabuluculuk sözleşmesinin imzalanması öngörülmüştür. Ayrıca katılımcıların arabuluculuk faaliyetini içerisinde bulunma istekleri ve kapasiteleri konusunda arabulucunun sürecin başlangıcından sonuna kadar dikkatli olması ve gerekiyorsa arabuluculuğu üstlenmeyi kabul etmemesi vurgulanmıştır (Standart III/8 ve 9).

Arabulucu tarafından taraflar arasında oluşturulan doğru bilgi akışı neticesinde, arabuluculuk hakkında tarafların bilgi edinmesi sağlanacağı gibi aydınlatılmış iradeyle arabuluculuk sürecine katılım gerçekleşecek, ayrıca tarafların süreç boyunca daha yapıcı davranış göstermesi mümkün kılınacaktır.²⁷ Katılımcıların özgür iradeleriyle bir çözüme varabilmeleri için uyumsuzluğun konusu ile haklarına

²⁶ Fırat (n 15) 152.

²⁷ Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 2, 4. bs., (Yetkin Yayınları 2016) 1232; Fırat (n 15) 229. Aile arabuluculuğunun amaçlarından bazıları, çiftin aile ilişkilerindeki bozulmayla yüzleşmesi için destek sunmak ve bundan çıkacak yeni ilişkinin düzenlenmesinde işbirliğini özendirme (Federica Giardini, "Joint Custody of Children on Separation and Divorce: The Current Law in Italy: An Overview of The Law and How It Is Applied", *Int'l Surv. Fam. L.* 227, (2014) 242).



ilişkin tam anlamıyla bilgilendirilmiş olmaları gerekir.²⁸ Zira arabuluculuk faaliyeti hakkında bilgi sahibi olunması sürecin daha sağlıklı yürümesini sağlayacaktır.²⁹ Nitekim arabulucu bilgi ve deneyim açısından taraflara göre daha öndedir. Dolayısıyla tarafları bilgilendirmesi gereken kişi de arabulucu olacaktır.³⁰ Arabulucu bu ilke kapsamında tarafların arabuluculuk yöntemini tam olarak anladıklarından emin olmalı; taraflara ihtiyaçları olan bilgiye ulaşmaları için gerekli zamanı vermelidir.³¹ Ayrıca arabulucu tarafları yönlendirmemek şartıyla yanlış anlaşılabilircek hususlarda açıklama yaparak ortak paydaların tespiti için çaba göstermelidir.³²

E. Standart IV (Tarafsızlık İlkesi)

Düzenlemenin dördüncü hükmü tarafsızlık ilkesi üzerindedir (Standart IV). Düzenleme her ne kadar tarafsızlığı açıklasa da çıkar çatışmasına dair hükümler de ihtiva etmektedir. Düzenlemede göze çarpan ilk husus tarafsızlık ve çıkar çatışmasının ne olduğunun kısa bir şekilde tariflendiğidir. Buna göre tarafsızlık, sözde, eylemde veya görünüşte kayırmacılık veya önyargıdan kurtulma anlamına gelmektedir. Çıkar çatışması ise arabulucu ile herhangi bir katılımcı veya uyuşmazlığın konusu arasındaki, arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye atan veya tehlikeye atıyor görünen herhangi bir ilişki olarak tanımlanmaktadır (Standart IV/1 ve 2).

Tarafsızlık, tek bir bireyin aksine, karşılıklı olarak tatmin edici bir anlaşmaya varmak için tüm katılımcılara yardım etme taahhüdünü ifade ederken; arabulucunun hasmane bir rol oynamayacağı anlamına da gelir.³³ Bu anlamda arabulucunun ideolojik görüşlerden ayrışması, taraflar hakkında önyargılı olmaması veya onlarla

²⁸ Cafer Eminoğlu and Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, (Adalet Yayınevi 2020) 58. Bu ilkenin temelinde arabulucu tarafından arabuluculuğun ne olduğu, nasıl gerçekleştirileceği, uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişliliği, arabuluculuğun temel ilkeleri ile arabulucunun görevi, tarafların hakları, arabuluculuğun faaliyetinin sonuçları ve anlaşma belgesinin hukuki niteliği konusunda bilgilendirme yapılacağı hususunda bkz. Orhan Dür, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, (Adalet Yayınevi 2017) 425-426.

²⁹ İlker Koçyiğit and Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını 2019) 31; Ferhat Büyükkay, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, (Adalet Yayınevi 2018) 76; Mustafa Çiçek, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Güncellenmiş 2. bs., (Seçkin Yayıncılık 2019) 51.

³⁰ Ferhat Yıldırım, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, (Seçkin Yayıncılık 2019) 116-117.

³¹ Dür (n 29) 429; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 1, 4. bs., (Yetkin Yayınları 2016) 606.

³² Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk*, *Makalelerim II* (2006-2010), (Adalet Yayınevi 2011) 200; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan*, (Seçkin Yayıncılık 2009) 648.

³³ Ann Milne, “Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation”, J. A. Lemmon (ed.) *Making Ethical, Decisions. Mediation Quarterly*, No. 8. San Francisco: Jossey-Bass, (June 1985) 76; Fırat (n 15) 100.

ilgili olumlu-olumsuz duyguya sahip olmaması önemlidir.³⁴ Tarafsız olmak arabulucunun uyuşmazlıktan, konulardan ve kişilerden tamamen bağışık olması manasına gelmez. Dolayısıyla tarafsız olmak aslında arabulucunun çok taraflı ya da her tarafa eşit olması olarak açıklanabilir.³⁵ Tarafsız olan ve taraflara eşit mesafede duran arabulucu arabuluculukta güvenin korunmasını bu sayede sağlayabilir.³⁶

Düzenlemede göze çarpan bir diğer husus arabulucunun tarafsız olamayacağını anladığında arabuluculuk talebini reddetmesi gerektiğidir (Standart IV/3). Diğer taraftan arabulucunun tarafsızlığının sorgulanmasına sebep olabilecek olası önyargı veya çıkar çatışması sebeplerini açıklaması da arabulucuya yüklenmiş bir ödev olarak karşımıza çıkmaktadır. Hükümde açıklama yükümlülüğünün olası önyargı veya çıkar çatışması farkedilir edilmez en kısa zamanda yapılması öngörüldüğü gibi bunun sürekli bir görev olduğu belirtilmiştir. Bu anlamda önyargı veya çıkar çatışmasının açıklanması arabuluculuğun başında ve katılımcıların alternatif arabulucu seçebilmelerine imkân tanımak için zamanında yapılması gerektiği vurgulanmıştır (Standart IV/4 ve 5). Öte yandan, katılımcıların çıkar çatışması hakkında bilgilendirilmiş yazılı bir feragat ile arabulucuya devam edebilmelerine imkân tanınmıştır. Ancak bu durum arabulucunun tarafsızlığını açıkça etkiliyorsa arabulucunun süreçten çekilmesi de mümkün kılınmıştır. Diğer taraftan gerek çıkar çatışmasının varlığı gerekse tarafsızlığının tehlikeye düştüğüne inanan arabulucu katılımcılar feragat etmese bile Standart IX gereği de süreçten çekilebilir (Standart IV ve IV/9).

Aile arabuluculuğu faaliyetinde arabulucu bazen diğer profesyonellerden yararlanma noktasında katılımcılara tavsiyede bulunabilir. Örneğin katılımcıları bir terapistle yönlendirebilir. Ancak bu durum çıkar çatışmasına sebep olmamalıdır. Yine arabulucunun katılımcılar hakkında elde edilen bilgileri kişisel kazanç veya menfaat için kullanmaması da düzenlemede açıkça belirtilmiştir (Standart IV/7 ve 8).

Bu ilke arabulucunun ön yargıdan uzak olmasını ifade ettiği gibi etik kuralların da ayrılmaz bir parçasıdır. Diğer taraftan, gerek arabuluculuğun kötüye kullanımının engellenmesi gerekse tarafların kendilerini güvende hissetmeleri arabulucunun tarafsızlığı ile mümkündür.³⁷ Bu anlamda özellikle taraflarla yapılan özel oturumlar önem taşımaktadır. Bu tür görüşmeler konusunda karşı tarafın bilgilendirilmesi ve görüşmenin içeriği ile ilgili karşı tarafa bilgi verilmesi gerekmektedir.³⁸

³⁴ Yıldırım (n 31) 113. Arabulucunun tarafsız olabilmesinin ön koşulu ise bağımsız olmasıdır. Zira bağımsız olmayan arabulucu tarafsız da olamaz (Tanrıver (n 33) 198)

³⁵ Elif Kismet Kekeç, *Arbuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 6325 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 3. bs., (Adalet Yayınevi 2016) 62; Firat (n 15) 101.

³⁶ Çiçek (n 30) 49; Büyükyay (n 30) 75.

³⁷ Özbek (n 32) 602. Arabulucunun tarafsızlığının ölçüsünün arabuluculuk mevzuatında çizilen sınırlara ve varsa arabuluculuk sözleşmesinde belirtilen kurallara objektif olarak uyulması ve uygulanması olduğu yönünde bkz. Dür (n 29) 422.

³⁸ Eminoğlu and Erdoğan (n 29) 57.

F. Standart V (Tazminat, Ücret ve Masraflar)

Düzenlemenin beşinci hükmü tazminat, ücret ve masraflar üzerindedir. Arabulucu, her türlü tazminat, ücret ve masrafın dayanağını katılımcılara tam olarak açıklayacaktır (Standart V). Burada ilk olarak arabulucunun katılımcıları ücret konusunda bilgilendirmesi ve yazılı sözleşmelerinde bu hususun yer alması gerektiği belirtilmiştir (Standart V/11). Bunların dışında arabulucunun arabuluculuğun sonuçlarına veya çözümün miktarına bağlı olarak bir ücret anlaşması yapamayacağı, konuyu bir başka arabulucuya ya da herhangi bir kişiye havale etmesi halinde ücret talep edemeyeceği ve hak kazanmadığı bir ücreti arabuluculuğun sona ermesi üzerine iade edeceği düzenlemede yer alan hükümlerdir (Standart V/12,13 ve 14). Diğer taraftan düzenlemede ücrete ilişkin bilgilendirmenin arabuluculuk faaliyetinin başlangıcında yapılması tavsiye edilmektedir (Standart V/10). Zira ücret konuda sürecin başında bilgilendirme yapılırsa tarafların arabulucunun hizmetini alıp almama noktasında tereddütleri ortadan kalkmış olur.

G. Standart VI (Sürecin Yapılandırılması)

Düzenlemenin altıncı hükmü aile arabulucusunun arabuluculuk sürecini yapılandırması üzerindedir (Standart VI). Burada aile arabulucusuna kendisinin bilgilendirme yapması gerektiği dışında katılımcıları uygun uzmanlara danışmaya teşvik ederek de bunu gerçekleştirilebileceği vurgulanmıştır (Standart VI/15). Zira bazen uyumsuzluk aile arabulucusunun uzmanlaştığı alanın dışında olabilir. Örneğin bazen taraflar arasındaki uyumsuzluk karışık mali konulardan ise bilgilendirmeyi bir mali müşavirin yapması daha doğru olur. Düzenlemeye göre arabulucu arabuluculuk eğitiminden ve deneyiminden bahsedebilir. Bu durum katılımcıların arabulucuya olan inanç ve güveni pekiştirebilir. Ayrıca kendilerini rahat hissetmelerini de sağlayabilir. Ancak arabulucu tarafsızlık ve kendi kaderini tayin ilkelerini ihlal etmemesi şartıyla böyle bir bilgi verebilir. Diğer taraftan, bu kapsamda arabulucu hukuki tavsiye ve terapi sunamaz (Standart VI/16). Çünkü Model Standartları arabuluculuğun bir uyumsuzluk çözüm süreci olduğu ve ruh sağlığı terapisi, danışmanlık veya hukuki temsil ile karıştırılmaması varsayımına dayanmaktadır.³⁹ Arabuluculuğa katılanlar bireysel terapi veya hukuki tavsiye isteyebilir. Böyle bir durumda katılımcıların bu alanlardaki uzmanlarla görüşmesi gerekir. Arabulucu terapist dahi olsa arabuluculuk terapiden farklıdır; ya da arabulucu avukat olsa bile kimseyi temsil edemez ve hukuki tavsiyede bulunamaz.⁴⁰

Diğer taraftan, düzenlemeye göre katılımcıların bir anlaşma⁴¹ akdetmeden önce

³⁹ Shepard (n 10) 12; Shepard (n 10) 521. Ayrıca bkz. Milne and Shepard (n 19) 26.

⁴⁰ Shepard (n 10) 13; Shepard (n 10) 521-522.

⁴¹ Burada “anlaşma” olarak kastedilen özellikle arabuluculuk sözleşmesidir. Zira söz konusu hükmün devamında arabulucunun arabuluculuk oturumlarında bir avukatın, hukuk müşavirinin veya vekilin hazır bulunmasına izin vermesi gerektiği zaten belirtilmiştir (Standart VI/18). Bunun dışında yine hükmün son fıkrasında arabuluculuk anlaşma belgesinin imzalanmadan önce bağımsız bir avukat tarafından incelenmesinin katılımcılara bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir

hukuki temsil almaları noktasında arabulucunun tavsiyede bulunması gerektiği belirtilmiştir. Aynı zamanda arabulucu arabuluculuk oturumlarında bir avukatın, hukuk müşavirinin veya vekilin hazır bulunmasına izin vermesi gerektiği öngörülmüştür. Ayrıca arabulucu, herhangi bir anlaşmanın imzalanmadan önce bağımsız bir avukat tarafından incelenmesi gerektiğini de katılımcılara bildirmelidir (Standart VI/17,18 ve 19).

H. Standart VII (Gizlilik İlkesi)

Düzenlemenin yedinci hükmü gizlilik ilkesi üzerindedir. Gizlilikle ilgili ilk ödev arabulucuya yüklenmiştir. Zira arabulucuya katılımcıların izni ya da bir kanun hükmü dışında arabulucunun süreç içerisinde edindiği bilgilerin gizliliğini koruma ödevi yüklenmiştir (Standart VII). Diğer taraftan arabulucunun, katılımcıların gizlilik beklentilerini onlarla tartışması, arabuluculuk sözleşmesinin gizlilikle ilgili hükümler içermesi ve arabuluculuk yapmayı kabul etmeden önce gizliliğin sınırlamaları ile bilgiyi katılımcılara sunması gerektiği gibi hususlar hükümde yer almaktadır (Standart VII/20 ve 21). Ayrıca şayet arabulucu katılımcılarla özel oturum yapmayı düşünüyorsa bununla ilgili gizlilik yükümlülüğünü de onlarla tartışması ve anlaşması gerektiği öngörülmüştür (Standart VII/23). Zira özel oturumlarda taraflar arabulucuya açıklanan bilgilerin bir kısmının diğer tarafça öğrenilmesini istemeyebilirler. Düzenlemede gizlilik ilkesinin bertaraf edileceği hüküm ise katılımcıların intihar veya şiddet tehditleri karşısında arabulucunun ilgili yetkililere veya tehdit edilen kişiye bu durumu açıklama yetkisinin olduğuna dair hükümdür. Öte yandan düzenlemede arabulucuya gizlilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğine inandığı durumlarda mahkeme kararı olmadan bir mahkeme celbine yanıt olarak belge vermemesi ya da tanıklık yapmaması yetkisi verildiği görülmektedir. Eğer böyle bir davranışta bulunmuş ise bu durum hakkında derhal katılımcıları bilgilendirmesi gerekmektedir (Standart VII/22 ve 24).

Gizlilik, arabulucu ile taraflar arasındaki ilişkiye tamamlayıcı niteliktedir ve arabuluculuğun dört temel ve evrensel özelliklerinden birisidir.⁴² Başarı ile sonuçlanan bir arabuluculuktan bahsedilebilmesi için uyumsuzluk taraflarının birbirleriyle rahatça iletişim kurmaları; bu durumun gerçekleşebilmesi için ise arabuluculuğun aleni bir şekilde yürütülmemesi gerekir.⁴³ Arabulucu ile taraflar arasında var olması gereken güven ilişkisinin ve anlaşmanın önündeki engellerin aşılması için gerekli olan özgür ve samimi açıklamanın temel taşı bu ilkedir.⁴⁴ Aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklar açısından gizlilik ihtiyacı ise daha önemlidir. Çünkü aile

(Standart VI/19). Dolayısıyla Standart VI/17'de "anlaşma" olarak kastedilenin özellikle arabuluculuk sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz.

⁴² Marian Roberts, *Mediation in Family Disputes Principles of Practice*, 4. Ed., (Ashgate 2014) 213; Fırat (n 15) 106.

⁴³ Yazıcı-Tıktık (n 21) 51; Fırat (n 15) 106.

⁴⁴ Roberts (n 43) 213.



sırlarının ortaya dökülmemesi ve bunların alenileşmemesi gibi nedenlerle arabuluculuk, uyumsuzluk çözümü için tercih sebebi olabilir.⁴⁵ Arabuluculuk faaliyetine katılanlar ile arabulucu arasındaki iletişim, bir hasta ile bir doktor veya bir avukat ile bir müvekkil arasındaki iletişim gibi gizli olmalıdır.⁴⁶ Zira böyle bir durum dürüst ve samimi müzakereyi özendirir. Gizlilik ayrıca, arabuluculuğun, katılımcıların kendi kaderini tayin hakkını teşvik etme amacına hizmet etmesine yardımcı olur.⁴⁷ Diğer taraftan bu ilke, tarafların arabuluculuk faaliyetine gönüllü katılımı ve arabulucunun tarafsızlığı açısından da önemlidir.⁴⁸ Gizlilik mutlak olmayıp, bazı hallerde sınırlandırılabilir. Bu anlamda tarafların rızası, kanun öngörüsü veya sözleşme ile gizliliğin sınırlandırılabilmesi mümkündür.⁴⁹

I. Standart VIII ve Standart IX (Çocuğun Yüksek Yararı ile Çocuğun İstismar ve İhmali)

Düzenlemenin sekizinci hükmü çocukların yüksek yararının⁵⁰ nasıl gözetileceğini belirlemede katılımcılara yardımcı olmaya dairdir (Standart VIII). Bu kapsamda arabulucu ayrılık veya boşanma sonrası *ebeveynlik planlamaları*⁵¹ için mevcut seçenekleri ve bunların ilgili maliyet ve faydalarını keşedebilme amacıyla çocuk gelişimi uzmanına katılımcıları yönlendirilebilecektir (Standart VIII/11). Ayrıca

⁴⁵ Seda Özmumcu, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*, 3. bs., (Oniki Levha Yayıncılık 2013) 313; Fırat, (n 15) 106.

⁴⁶ Shepard (n 10) 525; Milne and Shepard (n 19) 26.

⁴⁷ Shepard (n 10) 525.

⁴⁸ Roberts (n 43) 213.

⁴⁹ Kekeç (n 36) 84-85; Erhan Fırat (n 15) 108.

⁵⁰ “Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi’nce 14 numaralı Genel Yorum ile bu kavramın hukuki niteliği üç farklı boyutuyla açıklanmıştır. Buna göre çocuğun üstün yararı, ileri sürülebilir maddi bir haktır. Yani üstün yararın dikkate alınması hakkı, çocuklar ve tüm ilgililerce, bütün ilgili mercilerden talep edilebilir. İkinci olarak Komite, kavramı temel ve yoruma esas bir hukuki ilke olarak tanımlamaktadır. Bunun anlamı, bir hukuki düzenlemenin farklı yorumlara açık olması halinde, çocuğun üstün yararına en uygun olan yorumun seçilmesi gerekliliğidir. Son olarak Komite, kavramın aynı zamanda bir usul kuralı olduğunu tespit etmekte ve böylelikle de ilgili tüm merci ve kişilerce çocukları ilgilendiren bir karar verilmeden önce üstün yararın değerlendirilmesini gözetilmesi gereken zorunlu bir işlem haline getirmektedir. Bu son boyut şüphesiz, verilen kararın gerekçelendirilmesini ve gerekçede bu değerlendirmenin nasıl yapıldığının yer almasını da kapsar.” (Onat Çopur (Proje Koordinatörü), *Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?*, Ankara Barosu Projesi (Ocak 2021) 67).

⁵¹ Ebeveynlik planı; çocukların programları ve ebeveynlerin karar verme süreçleri hakkında dikkatlice belirlenmiş bir anlaşma olarak ifade edilmektedir. Diğer taraftan, ABD’de bazı eyaletlerin “velayet (custody)” ve “ziyaret (visitation)-çocukla kişisel ilişki kurulması” veya “yasal veya fiziksel velayet (legal or physical custody)” terimlerini tamamen kaldırarak bunun yerine kanunların, “ebeveyn hakları ve sorumlulukları (parental rights and responsibilities)”, “ikamet ve karar verme (residence and decision making)” veya sadece “ebeveynlik planı (parenting plan)” terimlerine atıfta bulunduğu belirtilmektedir (Robert E. Emery, *Renegotiating Family Relationships Divorce, Child Custody, and Mediation*, 2. Ed., (The Guilford Press 2012) 103).

arabulucu, mahkeme tarafından çocuğu temsil etmek üzere atanan bir temsilciyi arabuluculuk konusunda bilgilendirecektir (Standart VIII/13). Hükümde dikkat çeken ifadelerden birisi de çocukların da arabuluculuk sürecine katılabileceğidir. Ancak katılımlarının olağanüstü durumlar dışında hem ebeveynlerinin hemde çocuk mahkemesince atanan temsilcinin izniyle mümkün olabileceğini söylemek gerekir (Standart VIII/14). Yine bu kapsamda arabulucu, çocukları sürece dâhil etmeden önce onların arabuluculuk sürecine katılmalarının gerekip gerekmediğine ve bu katılımın şekli konusunda ebeveynlere ve çocuk mahkemesince atanan temsilciye danışmalıdır (Standart VIII/15).

Arabuluculuk, kendi kaderini tayin ilkesini ve gönüllü anlaşmaları vurguladığı için genellikle çocukların yararına hükümler ihtiva eder.⁵² Öte yandan çoğu çocuğun, güvenliyse, boşanmadan sonra her iki ebeveynle de devam eden bir ilişkiden yararlanması arzu edilir. Bu anlamda arabuluculuk belki de ebeveynlerin kendi belirledikleri anlaşmalar yoluyla bu hedefe ulaşmasına yardımcı olmak için mevcut en iyi uyuşmazlık çözüm sürecidir.⁵³

Çocuğun arabuluculuk faaliyeti içerisinde yer alıp alamayacağı mukayeseli hukukta tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵⁴ çocukları arabuluculuğa dâhil etmek onların sıkıntılarını arttırır. Çocuklar, görüşlerini ve duygularını ifade etmek için kendilerini baskı altında hissedebilirler. Çocuklar, uzun vadeli çıkarlarının ne olduğunu mantıklı bir şekilde değerlendiremeyebilirler. Bizim de iştirak ettiğimiz diğer bir görüşe göre ise⁵⁵ çocuklar sebeplerini bilir ve anarlarsa değişikliklerle daha iyi baş edebilir, ebeveynlerinin rollerini güçlendirebilirler. Diğer taraftan, çocuklar arabuluculuk faaliyeti içerisinde yer alırlarsa boşanmaya ve ailenin yeniden yapılandırılmasına duygusal olarak uyum sağlamaları noktasında onlara katkıda bulunulabilir.

Çocuğun arabuluculuk faaliyeti içerisinde yer alması çocuğun yüksek yararıyla da ilişkilidir. Örneğin aile arabuluculuğu ve cinsiyet eşitliğine dair tavsiye kararına göre çocuğun arabuluculuk sürecinde dinlenmesi gerektiği, çünkü çocuğun da kendi haklarının olduğu, çocuğun yüksek yararına uygun çözüm bulunacak ise, çocukların da görüş bildirmesine izin verilmesi gerektiği öngörülmüştür (m. 6).⁵⁶ Çocuğun yüksek yararı ile ilgili olarak Aile Arabuluculuğu ile Hukuk Uyuş-

⁵² Schepard (n 10) 18; Schepard (n 10) 529; Milne and Schepard (n 19) 25.

⁵³ Schepard (n 10) 18; Schepard (n 10) 529-530.

⁵⁴ Cantwell'den naklen Amel Ketani, "Should Children be Included in Family Mediation in England and Wales?", *Human Rights Review*, Year:7, Issue:13, (June 2017) 20.

⁵⁵ Garwood'dan naklen Donald T. Saposnek, *Working with Children in Mediation*, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P. (eds.), *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*, (The Guilford Press 2004) 158. Aynı yönde bkz. Gary Paquin, "Protecting the Interests of Children in Divorce Mediation", *Journal of Family Law*, University of Louisville School of Law, Vol. 26, No: 2, (1987-88) 305; Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu Family Mediation*, (Sorumlu Editör: Yonca Fatma Yücel), (Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası 2018) 241.

⁵⁶ Aile arabuluculuğu ve cinsiyet eşitliği, Tavsiye Karar 1639 (2003) 2. İngilizce metin için bkz.



mazlıklarında Arabuluculuğa Dair Tavsiye Kararlarının Daha İyi Uygulanmasına İlişkin Rehberde de (European Commission for the Efficiency of Justice-CEPEJ) çocuğun arabuluculuğa katılımı da dâhil, ortak değer ölçütleri meydana getirebilmek için üye devletler ile aile arabuluculuğuna müdahil olan diğer kuruluşların birlikte çalışması tavsiye edilerek, uyuşmazlığın yapısı, çocuğun yaş durumu, ailenin rolü ile çocuğun anlama yeteneğinin ölçütler içerisinde yer alması gerektiği belirtilmiştir (m. 1/7).⁵⁷

Düzenlemenin dokuzuncu hükmü çocuğun istismar ve ihmaline ilişkin hükümdür. Bu anlamda *Model Standartları*, arabuluculukta çocuk istismarı ve ihmali ile karşı karşıya kalan aile arabulucularına somut rehberlik sağlamaktadır.⁵⁸ Burada arabulucuya çocuğun istismar veya ihmali içeren ailesel olayları tanınması ve arabuluculuk sürecini buna göre şekillendirmesi ödevi yüklenmiştir (Standart IX). Düzenlemede çocuğun istismar ve ihmali ifadesinin ne anlama geldiği tanımlanmamıştır. Ancak bu terimin yürürlükteki eyalet yasalarıyla tanımlandığı işaret edilmiştir (Standart IX/17). Bu anlamda Federal Çocuk İstismarını Önleme ve Değerlendirme Yasası çocuğun istismar ve ihmali için “Bir ebeveynin veya bakıcının yakın zamanda ölüm, ciddi fiziksel veya duygusal zarar, cinsel istismar veya faydalanma (Bölüm 111’de belirtildiği şekliyle cinsel istismar dâhil) ile sonuçlanan herhangi bir eylemi veya eylemsizliği veya yakın ciddi zarar riski oluşturan bir eylem veya eylemde bulunmama hali” şeklinde tanımlanmaktadır (The Child Abuse Prevention and Treatment Act Sec. 3 m. 5101/2).

Düzenlemede dikkat çekici ifadelerden birisi arabulucunun aile yaşanan olayları çocuğun istismar veya ihmali şeklinde değerlendirme yapabilmesi için bu hususta uygun ve yeterli eğitim alması gerektiğidir (Standart IX/18). Diğer taraftan düzenlemede öngörülen önemli hükümlerden birisi de arabulucuya katılımcılardan birinin çocuğunun istismar edildiğine veya ihmal edildiğine dair (çocuk istismarı ve ihmali yasaları çerçevesinde) makul gerekçeleri varsa katılımcıları aile için uygun hizmetleri keşfetmeye teşvik etme ve arabuluculuk sürecini askıya alma veya sonlandırmayı değerlendirme yetkisinin verilmiş olmasıdır (Standart IX/19).

İ. Standart X (Aile İçi İstismar)

Düzenlemenin onuncu hükmü “*aile içi istismara*” dairdir. Aile içi istismar ifa-

Family Mediation and Equality of Sexes, Parliamentary Assembly of the Council of Europe Recommendation 1639, (2003) 1-2.

⁵⁷ Bkz. Özbek (n 28) 1417. Çocuğun yüksek yararı ilkesinin, arabuluculuk ve davalar dâhil olmak üzere tüm aile hukuku işlemlerinde, ebeveynlik planlarının geliştirilmesinde yasal standart ve yol gösterici ilke olmaya devam ettiği yönünde bkz. Saposnek (n 56) 155. ABD’de çoğu eyalette, mevzuatın, çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde gerçekte neyin dikkate alınması gerektiğini veya dikkate alınabileceğini belirttiği yönünde bkz. Paquin (n 56) 284. Gerçekten çocukların yararına olan bir çözüm bulunacaksa, onların söz söylemelerine izin verilmelidir (Ketani (n 55) 16).

⁵⁸ Shepard (n 10) 531; Shepard (n 10) 20. Ayrıca bkz. Milne and Shepard (n 19) 27.

desi düzenlemede “yürürlükteki eyalet yasalarında tanımlandığı şekliyle aile içi şiddet, kontrol ve tehdit konularını içerir” şeklinde açıklanmıştır (Standart X/20). Eyalet mevzuatlarına baktığımızda örneğin Louisiana’da bu kavram fiziksel veya cinsel istismarı ve bir aile veya hane üyesi tarafından diğerine karşı işlenen ihmal sonucu yaralama ve hakaret hariç olmak üzere, Louisiana Ceza Kanununda tanımlandığı şekilde kişilere karşı işlenen herhangi bir suçu içerir (Louisiana Laws Revised Statutes § 46:2132/3). Yine California’da bu kavram kasten veya taksirle bedensel yaralanmaya neden olmak veya buna teşebbüs etmek, cinsel saldırı, tehdit veya kanunun 6320 maddesinde belirtilen davranışlardan birini gerçekleştirmeyi içerir (California Family Code §6203 (a)) Burada aile arabulucusuna düşen görev bu tür ailesel olayları tanınması ve arabuluculuk sürecini buna göre şekillendirmesidir (Standart X).

Bu hükümde dikkat çeken nokta aile içi istismar şüphesinin olduğu durumlarda arabuluculuğun hemen sonlandırılmayacağıdır. Zira hükümde aile içi istismar mevcut gibi görünüyorsa, arabulucu, katılımcıların ve arabulucunun güvenliğini sağlamak için bazı önlemleri almayı düşünmesi gerektiği belirtilmiştir. Önlemler arasında uygun güvenlik tedbirlerinin alınması, katılımcılarla ayrı oturumlar düzenlemek, bazı kişilerin arabuluculuk oturumlarına katılmasına izin vermek, katılımcıları avukat, hukuk müşaviri gibi kişilerin temsil etmesini teşvik etmek, katılımcıları uygun toplum kaynaklarına yönlendirmek⁵⁹ ve nihayetinde arabuluculuk oturumlarını askıya almak veya sonlandırmak bulunmaktadır (Standart X/23). Dolayısıyla aile içi istismarın varlığının tespiti durumunda hemen arabuluculuk sona erdirilmeyecek gerekli çaba sarfedildikten ve önlemler alındıktan sonra arabuluculuk sona erdirilecektir. Diğer taraftan, arabulucu, arabuluculuk sözleşmesi yapmadan önce aile içi istismarın varlığını taramalı ve arabuluculuk süreci boyunca da aile içi istismarı değerlendirmeye devam etmelidir (Standart X/22). Ancak yeri gelmişken şu hususu da belirtmek gerekir ki, bu hükümlerden herhal ve şartta aile arabulucusu arabuluculuğu sürdürmelidir anlamı da çıkarılmamalıdır. Zira bazı fiillerin varlığı doğrudan arabuluculuğu sonlandırma gerekçesi olabileceği kanaatindeyiz. Aslında bu gibi durumları düzenlemenin XI. maddesinden anlamak mümkündür. Zira bu maddede aile arabulucusunun bu gibi durumlarda arabuluculuk sürecini askıya alabileceği veya sonlandırabileceği düzenlenmiştir (Standart XI/25). Öte yandan, arabulucunun ailede yaşanan olayları aile içi istismar şeklinde tanımlayabilmesi için bu hususta uygun ve yeterli eğitim alması gerekmektedir (Standart X/21).

⁵⁹ *Community Resource* (Toplum Kaynakları): Toplum yaşamının kalitesini iyileştirmek için kullanılacak her şey olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda toplum kaynakları okul, hastane, kütüphane gibi bir fiziki yapı; toplu taşıma, ana okulu gibi bir toplum hizmeti; iş imkânı sağlayan bir işletme; veya insanlara bilgi vermek, onların ekipman veya malzemelerini taşımak gibi destek sağlayan herhangi bir kişi olabilir. <<https://ctb.ku.edu/en/table-of-contents/assessment/assessing-community-needs-and-resources/identify-community-assets/main>> Erişim Tarihi: 19.05.2022.



Bir katılımcının istismarı ve çocuklara yönelik tehlike, arabulucunun güvenliği korumak için süreci şekillendirmesinde önemli zorluklar yaratır.⁶⁰ Bu anlamda *Model Standartları* arabulucunun aile içi istismar sorununa dört aşamalı bir yaklaşım benimsemesini işaret etmektedir. Bunlardan ilki arabulucunun aile içi istismar ve çocuk istismarı ve ihmali konularında özel eğitime sahip olması gerektiğidir.⁶¹ İkinci olarak arabulucuların aile içi istismarın varlığını tespit etmek için (tarama yoluyla) makul çabayı göstermelerini gerektirmektedir. Üçüncü olarak katılımcıların ve çocukların fiziksel güvenliğini sağlamak için arabuluculuk sürecini şekillendirmek amacıyla yukarıda bahsettiğimiz alınacak önlemlerdir.⁶² Son olarak arabulucuların, arabuluculuk başlamadan önce, çocuk istismarı ve ihmali bildirme yükümlülüğü gibi etik veya yasal olarak zorunlu bildirim (raporlama) gereklilikleri hakkında katılımcıları bilgilendirmeleridir.⁶³

J. Standart XI (Arabuluculuğun Askıya Alınması ve Sonlandırılması)

Düzenlemenin onbirinci hükmü arabuluculuğun hangi durumlarda askıya alınacağı veya sonlandırılacağı üzerinedir. Bu kapsamda ilk olarak katılımcılardan birinin arabuluculuğa etkin bir şekilde ya da zorlayıcı bir sebepten ötürü katılmaması halinde arabulucunun arabuluculuğu askıya alması veya sonlandırması gerektiği vurgulanmıştır (Standart XI). Bu genel ifadeden sonra hangi hallerde arabuluculuğun askıya alınabileceği veya sonlandırılabilirliği örneklerle belirtilmiştir. Bu anlamda çocuğun kaçırılması veya kaçırılma tehdidinin varlığı, katılımcılardan birinin güvenliğinin ya da çocuğun refahının tehdit altında olması, katılımcılardan birinin arabuluculuğa alkol, uyuşturucu madde, fiziksel veya zihinsel koşullar sebebiyle katılmaması, katılımcıların ölçsüz bir arabuluculuk anlaşması yapıyor olması, katılımcılardan birinin arabuluculuğu yasa dışı amaç veya haksız bir çıkar elde etmek için kullanmak istemesi ve arabulucunun tarafsızlığının tehlikeye düştüğüne inanması halleri sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki, düzenlemede sayma yoluyla belirtilenler tahdidi nitelikte değildir. Zira düzenlemede arabulucunun arabuluculuğu askıya almayı veya sonlandırmayı düşünmesi gereken durumlar arasında bu belirtilenlerin sayılabileceği ifadesi yer almaktadır (Standart XI/25).

K. Standart XII ve XIII (Reklam ve Arabuluculuk Davetlerinde Dürüst Davranma ile Mesleki Yeterlilik Kazanma ve Sürdürme)

Düzenlemenin onikinci hükmü aile arabulucusunun reklam ve arabuluculuk davetleri konularında dürüst olacağına dairdir (Standart XII). Burada arabulucuların arabuluculuğun sonuçlarına dair vaat ve garantilerinden kaçınması gerektiği

⁶⁰ Schepard (n 10) 531; Schepard (n 10) 20.

⁶¹ Schepard (n 10) 531; Schepard (n 10) 21.

⁶² Schepard (n 10) 21-22.

⁶³ Schepard (n 10) 532-533; Schepard (n 10) 22-23.

belirtilerek bir arabulucunun, yaptığı arabuluculuk faaliyeti sebebiyle elde edilen istatistiki anlaşma verilerine dair reklam yapamayacağı vurgulanmıştır (Standart XII/27). Düzenlemenin son hükmü ise aile arabulucusunun mesleki yeterlilik kazanması ve sürdürmesine ilişkindir (Standart XIII). Bu kapsamda arabulucu mesleki beceri ve yeteneklerini sürekli geliştirmeli ve düzenli olarak öz-değerlendirme yapmalıdır (Standart XIII/29). Diğer taraftan, bu hükümle arabuluculara daha az deneyimli arabulucuların çalışmalarına rehberlik etme ve onları eğitmede yardımcı olma görevi yüklenmiştir (Standart XIII/30). Ayrıca arabulucuların kültür ve çeşitliliğin arabulucuk üzerine etkisini anlama konusunda sürekli çaba sarfetmesi gerektiği vurgulanmıştır (Standart XIII/31). Özellikle nüfusu ve coğrafyası geniş olan ülkelerde kültürel farklılıkların çok olduğu bir gerçektir. Dolayısıyla farklı kültürlerden çiftlerin aile uyumsuzluklarını anlamak için öncelikle bu kültürleri tanınması gerekmektedir.

III. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN GÖRÜŞÜMÜZ

Türk hukukunda aile arabuluculuğu müessesesi müstakil bir düzenlemeyle henüz ele alınmamıştır. Dolayısıyla hukukumuzda aile arabuluculuğu faaliyetinde arabulucular için model kabul edilebilecek müstakil davranış kuralları da bulunmamaktadır. Bu yönüyle Amerikan hukuku ile Türk hukukunu mukayese etmek şuan için mümkün değildir. Ancak bilindiği üzere ülkemizde de arabuluculuk 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ile birlikte müstakil bir düzenlemeye kavuşmuş, bu kapsamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği ve Türkiye Arabulucular Etik Kuralları oluşturulmuştur. Kanunda aile hukukunu ilgilendiren konular açısından ise sadece aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olmadığı ile aile hukukuna dair arabuluculuk anlaşma belgelerine verilecek icra edilebilirlik şerhinin duruşmalı olacağı hükmü dışında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nde de kanundaki hükümden farklı herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Bugün için arabulucular için aile uyuşmazlıklarının çözümünde ayrı bir davranış kuralları bulunmasa da mevcut Türkiye Arabulucular Etik Kuralları aile arabulucularının ya da aile uyuşmazlıklarının çözümünde arabulucuların dikkate alması gereken kurallardır. Bu kurallar içerisinde aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara özgü etik kurallardan bahsedilmese de tüm arabuluculuk türleri için dikkate alınacak hükümler bulunmaktadır. Örneğin eşitliği gözetme yükümlülüğü (m. 1), kendi kararını verme hakkı (m. 2), tarafsızlık (m. 3), menfaat ilişkisi veya çatışması (m. 4), sürecinin niteliği ve görevin özenle yerine getirilmesi (m. 5), gizlilik (m. 6), mesleki yeterlilik (m. 7), ünvan kullanımı, reklam ve tanıtım (m. 8), ücret ve diğer masraflar (m. 9) ve arabuluculuk uygulamasının geliştirilmesi (m. 10) aile arabulucuları için de geçerli olan davranış kurallarıdır. Bu kurallar çalışmamızın konusu olan *Model Standartları* adlı düzenlemede genel anlamda yer alsa da aile



uyuşmazlıkları için eksik kaldığı da açıktır. Zira Türk hukukunda yer alan kuralarda aile ilişkilerine ya da çocuklara ilişkin herhangi bir etik kurala rastlamak mümkün değildir.

Türk hukukunda aile arabuluculuğuna dair ayrı ne bir kanuni düzenleme ne de etik kuralların olmaması ne yazık ki Adalet Bakanlığının istatistiklerinin düzenleme şeklinede yansımıştır. Zira aile uyuşmazlıklarının çözümünde arabuluculuk istatistiklerine ilişkin herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Örneğin tüketici uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk, ticari uyuşmazlıklarda dava şartı arabuluculuk, iş hukuku uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk istatistikleri ayrı ayrı belirtilmiştir. Muhtemelen aile arabuluculuğuna ait istatistikler ihtiyari uyuşmazlıklarda arabuluculuk istatistikleri kısmı içerisinde yer almaktadır. Ancak bu kısımda aile arabuluculuğuna dair ayrıca herhangi bir sayısal veri bulunmamaktadır.⁶⁴

SONUÇ

Amerikan Barolar Birliği Delegeler Meclisi tarafından son şekli 2001 tarihinde yayınlanmış olan Aile ve Boşanma Arabuluculuğu İçin Uygulama Model Standartları adlı düzenlemenin aile arabuluculuğu müessesesi için son derece önem arz ettiği kanaatindeyiz. Öncelikle düzenleme aile uyuşmazlıkları alanında görev yapan arabulucular için önemli bir kaynaktır. Zira düzenlemede yer alan hükümler aile arabulucuları için yol gösterici niteliktedir. Diğer taraftan, konuların yüzeysel ele alınmaması da bu yönüyle önemlidir. Çünkü düzenlemede aile arabuluculuğunun ne olduğu, ilkeleri, aile arabulucusunun eğitimi, çocukların durumu ve sürecin yönetiminden sonlandırılmasına kadar karşılaşılabilecek birçok durumun ele alındığı görülmektedir. Ancak şu hususu söylemek gerekir ki, *Model Standartları* son şeklini alıncaya kadar önemli sempozyumlarda konuyla ilgili her türlü katılımcının fikrinin alındığı uzunca bir süreç yaşamıştır.

Model Standartları bir yönüyle de aile arabulucuları için etik kurallar niteliğindedir. Buna düzenlemede sıkça rastlamak mümkündür. Örneğin düzenlemede karşılaşılan kendi kaderini tayin ilkesi, tarafsızlık ilkesi, gizlilik ilkesi, çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi, mesleki yeterlilik, ücret ve masrafların açıklanması aile arabulucuları için etik kurallar içerisinde yer almaktadır. Aile uyuşmazlıklarının niteliği dikkate alındığında gerek konu gerekse arabulucular açısından müstakil bir düzenleme olması esasen zorunludur. Zira diğer arabuluculuk faaliyetlerden farklı olarak aile uyuşmazlıkları sadece hukuksal bakış açısıyla ele alınmamayı gerektirmektedir. Örneğin bir iş hukuku uyuşmazlığı veya ticari uyuşmazlık ya da tüketici uyuşmazlığı için bu alanda görev yapan hukukçulardan destek alınması arabuluculuk faaliyetine fayda sağlayacaktır. Hatta bu uyuşmazlıklar için hukukunun bilgi ve deneyimi yeterlidir. Ancak aile uyuşmazlıkları için sadece hukuki

⁶⁴ Adalet Bakanlığı istatistikleri için bkz. <<https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/arabuluculuk-istatistikleri07012021034403>> Erişim Tarihi: 28.11.2023.

bilginin yeterli olacağını söylemek yanlış olacaktır. Bazı aile uyuşmazlıklarında bazen bir psikiyatristin ya da psikoloğun veya bir aile büyüğünün hatta din görevlisinin yardımına ihtiyaç olduğu görülmektedir. Dolayısıyla tüm uyuşmazlıkları tek bir arabuluculuk düzenlemesiyle aynı şemsiye altında toplamak özellikle aile uyuşmazlıkları için beklenen faydayı sağlamayacaktır.

Ülkemiz açısından konuyu ele aldığımızda aile uyuşmazlıkları için müstakil bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu görülmektedir. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun yürürlüğe girdiği günden bu yana aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğa dair ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Kanunda aile hukukunu ilgilendiren konular açısından ise sadece aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olmadığı ile aile hukukuna dair arabuluculuk anlaşma belgelerine verilecek icra edilebilirlik şerhinin duruşmalı olacağı hükmü dışında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu anlamda *Model Standartları* Türk hukuku için yol gösterici olabilir. Dolayısıyla Türk aile yapısı ve hukuku dikkate alınarak aile arabuluculuğuna özgü ayrı bir hukuki düzenleme ve etik kuralların oluşturulması kanaatindeyiz.

KISALTMALAR

ABA	: American Bar Association
AFCC	: Association of Family and Conciliation Courts
bkz.	: Bakınız
bs.	: Bası
C.	: Cilt
Dan	: Danışman
DT	: Doktora Tezi
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EBYÜSBE	: Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
ed.	: Editor
edts.	: Editors
Ed.	: Edition
S.	: Sayı
Vol.	: Volume
No.	: Number



KAYNAKÇA

Aile arabuluculuğu ve cinsiyet eşitliği, Tavsiye Karar 1639 (2003) 1-3.

Akıntürk T and Ateş D, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku C. II*, Yenilenmiş 20. bs., İstanbul: Beta Yayıncılık (2017).

Büyükay F, *Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi*, Ankara: Adalet Yayınevi (2018).

Ceylan E, “Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk”, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 16, S. 190, (2018) 4561-4588,

Ceylan E, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları (2006).

Çiçek M, *İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk*, Güncellenmiş 2. Bs, Ankara: Seçkin Yayıncılık (2019).

Çopur O, (Proje Koordinatörü), *Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?*, Ankara Barosu Projesi, (Ocak 2021).

Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation, 14-16.

Dür O, *Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri*, Ankara: Adalet Yayınevi (2017).

Emery R, E, *Renegotiating Family Relationships Divorce, Child Custody, and Mediation*, 2. Ed., New York: The Guilford Press (2012).

Eminoğlu Cand Erdoğan E, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*, Ankara:Adalet Yayınevi (2020).

Family Mediation and Equality of Sexes, Parliamentary Assembly of the Council of Europe Recommendation 1639 (2003) 1-2.

Fırat E, *Aile Arabuluculuğu*, EBYÜSBE, (Dan.: Prof. Dr. İbrahim Özbay), Yayınlanmamış DT, Erzincan (2021).

Giardini Federica, “Joint Custody of Children on Separation and Divorce: The Current Law in Italy: An Overview of The Law and How It Is Applied”, *Int’l Surv. Fam. L.* 227, (2014) 227-244.

Hatemi H and Kalkan-Oğuztürk B, *Aile Hukuku Ders Kitabı*, 5. bs., İstanbul: Vedat Kitapçılık (2016).

Kekeç E, K, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, 6325 sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş 3. bs., Ankara: Adalet Yayınevi (2016).

Ketani A, “Should Children be Included in Family Mediation in England and Wales?”, *Human Rights Review*, Year:7, Issue:13, (June 2017) 15-26.

Koçyiğit İ and Bulur A, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Ankara (2019).

Mcfarlane T, “Mediation: The Future of Dispute Resolution in Contemporary Scots Family Law”, *Aberdeen Student Law Review* 28, (2012) 28-53.

Milne A and Schepard A, “Does Your Mediator Measure Up? Standards of Practice for Family and Divorce Mediation”, *Family Advocate*, Vol. 24, No. 4, American Bar Association, (Spring 2002) 22-27.

Milne A, “Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation”, J. A. Lemmon (ed.) *Making Ethical Decisions. Mediation Quarterly*, No. 8. San Francisco: Jossey-Bass, (June 1985) 73-81.

Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation, Developed by The Symposium on Standards of Practice, Approved by the ABA House of Delegates (February 2001) 1-21.

Molgora S, Ranieri S and Tamanza G, “Divorce and Coparenting: A Qualitative Study on Family Mediation in Italy”, *Journal of Divorce & Remarriage*, 55:4, (2014) 300-314.

Özbek M S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 1, 4. bs., Ankara: Yetkin Yayınları (2016).

Özbek M S, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, C. 2, 4. bs., Ankara: Yetkin Yayınları (2016)

Özbek M S, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin “Aile Arabuluculuğu” Konulu Tavsiye Kararı”, *DEÜHFD*, C. 7, S. 2, (2005) 71-102.

Özcan C, “Fransız Hukukunda Aile Arabuluculuğu”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Yıl 5, S. 9, (Haziran 2017) 383-396.

Özümücü S, *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış* (6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde), 3. bs., İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık (2013).

Parkinson L, *Aile Arabuluculuğu Family Mediation*, (Sorumlu Editör: Yonca Fatma Yücel), Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası (2018).

Paquin G, “Protecting the Interests of Children in Divorce Mediation”, *Journal of Family Law*, University of Louisville School of Law, Vol. 26, No. 2, (1987-88) 279-315.

Roberts M, *Mediation in Family Disputes Principles of Practice*, 4. Ed., Ashgate (2014).

Saposnek D T, *Working with Children in Mediation*, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P. (eds.), *Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications*, New York: The Guilford Press (2004).



Schepard A, “An Introduction to the Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation”, Maurice A. Deane School of Law at Hofstra University Scholarly Commons at Hofstra Law, 35 *Fam. L.Q.* 1, (2001-2002) 1-25

Schepard A, *The Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation*, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P.(eds), Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications, New York: The Guilford Press (2004).

Skibińska M, “Certification of Family Mediators – Polish Solutions in Comparative Perspective”, Nicolaus Copernicus University, *Comparative Law Review* 18, (2014) 49-67.

Sunay İ, “Aile Arabuluculuğu Family Mediation”, *Toplum ve Sosyal Hizmet*, C. 20, S. 1, (Nisan 2009) 23-31.

Welsh N A, *Reconciling Self-Determination, Coercion, and Settlement in Court-Connected Mediation*, Folberg, J., Milne, Ann L., Salem, P.(eds), Divorce and Family Mediation Models, Techniques, and Applications, New York: The Guilford Press (2004).

Tanrıver S Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, *Makalelerim II* (2006-2010), Ankara: Adalet Yayınevi (2011)

Tanrıver S, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısı’nın Getirdikleri ve Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (2009) 637-656,

Tiryaki M, (Editör), Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları Sem-pozyumu, *Türkiye Adalet Akademisi Yayınları*, Ankara (Nisan 2006) 109-113.

Yazıcı-Tıktık Ç, *Arabuluculukta Gizliliğin Korunması*, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık (2013).

Yıldırım F, *Arabuluculuk ve Ombudsmanlık*, Ankara: Seçkin Yayıncılık (2019).

ZevklilerBA, Acabey M B and Gökyayla K E, *Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükmeleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku*, Son Yasal Değişiklikler Işığında Yeniden Düzenlenmiş 6. bs., Ankara: Seçkin Yayıncılık (2000).

<http://www.fenamef.asso.fr/formations-et-journees-d-etude/diplome-d-etat-de-mediateur-familial-demf> Erişim Tarihi: 18.03.2022.

<<https://ctb.ku.edu/en/table-of-contents/assessment/assessing-community-needs-and-resources/identify-community-assets/main>> Erişim Tarihi: 19.05.2022.

<<https://adb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/arabuluculuk-istatistikleri07012021034403>> Erişim Tarihi: 28.11.2023.

<<https://www.nysmediate.org/model-standards>> Erişim Tarihi: 29.11.2023.

EK:

AİLE VE BOŞANMA ARABULUCULUĞUNA YÖNELİK UYGULAMA MODEL STANDARTLARI

Standart I

Aile arabulucusu, arabuluculuğun katılımcıların kendi kaderini tayin ilkesine dayandığını bilmelidir.

1. Kendi kaderini tayin, aile arabuluculuğunun temel ilkesidir. Arabuluculuk süreci, katılımcıların gönüllü ve bilinçli kararlarını kendilerinin vermesi becerisine dayanır.

2. Aile arabulucusunun temel rolü, katılımcıların kendi ihtiyaç ve çıkarları ile başkalarının ihtiyaç ve çıkarlarını daha iyi anlamalarına yardımcı olmak ve katılımcılar arasında anlaşmayı kolaylaştırmaktır.

3. Aile arabulucusu, katılımcıları, arabuluculuk sürecinde çeşitli kaynaklardan bilgi ve tavsiye alabilecekleri konusunda bilgilendirmelidir.

4. Aile arabulucusu, katılımcılara istedikleri zaman aile arabuluculuğundan çekilebileceklerini ve arabuluculukta bir anlaşmaya varmak zorunda olmadıklarını bildirmek zorundadır.

E. Aile arabulucusunun taahhüdü katılımcılara ve sürece olmalıdır. Arabuluculuk sürecinin dışından gelen baskı, arabulucuyu hiçbir zaman katılımcıları anlaşmaya zorlamak için etkilememelidir.

Standart II

Aile arabulucusu, arabuluculuk görevini üstlenebilmek için eğitim ve öğretim açısından yeterli olmalıdır.

5. Aile arabulucusu görevini yerine getirmek için bir arabulucu:

1. Aile hukuku bilgisine sahip olmalıdır;

2. Aile içi çatışmanın çocuk gelişimi, aile içi istismar ve çocuk istismarı ve ihmali de dâhil olmak üzere ebeveynler, çocuklar ve diğer katılımcılar üzerindeki etkileri hakkında bilgi ve eğitime sahibi olmalıdır;

3. Arabuluculuk sürecine özgü eğitim ve öğretime sahip olmalıdır;

4. Kültür ve çeşitliliğin etkisini farkedebilmelidir.

6. Aile arabulucuları, arabulucunun ilgili eğitim, öğretim ve uzmanlığı hakkında katılımcılara bilgi vermelidir.



Standart III

Aile arabulucusu, katılımcıların arabuluculuğun ne olduğunu anlamalarını kolaylaştırmalı ve arabuluculuk sözleşmesi yapmadan önce arabuluculuk konusunda yeterliliklerini değerlendirmelidir.

7. *Aile arabuluculuğu faaliyeti başlamadan önce bir arabulucu, katılımcılara süreç ve amaçları hakkında aşağıdakiler de dâhil olmak üzere genel bir bakış sunmalıdır:*

1. *Aile arabuluculuğunda bir anlaşmaya varmanın doğası gereği rızaya dayandığı, arabulucunun tarafsız bir kolaylaştırıcı olduğu ve arabulucunun taraflara herhangi bir anlaşmayı dayatamayacağı veya zorla kabul ettiremeyeceği konusunda katılımcıları bilgilendirmek;*
2. *Aile arabuluculuğunu, aile meselelerini ve uyuşmazlıklarını ele almak için tasarlanmış diğer süreçlerden ayırt etmek;*
3. *Varılan herhangi bir anlaşmanın mahkeme onayı gerektiğinde mahkeme tarafından inceleneceği konusunda katılımcıları bilgilendirmek;*
4. *Katılımcıları, arabuluculuk sürecinde vekillerden, hukuk müşavirlerinden, avukatlardan, muhasebecilerden, terapistlerden veya diğer profesyonellerden bağımsız tavsiye alabilecekleri konusunda bilgilendirmek;*
5. *Katılımcılara, uygun durumlarda, görüşlerine değer verdikleri dini şahsiyetlerden, yaşlılardan veya topluluklarındaki diğer önemli kişilerden tavsiye alabileceklerini önermek;*
6. *Mümkünse, katılımcılarla ayrı oturumlar konusunu, arabulucunun katılımcılardan herhangi biriyle veya herhangi bir üçüncü şahısla tek başına görüşebileceği koşulların bir açıklamasını ve bu ayrı oturumlara ilişkin gizlilik koşullarını tartışmak;*
7. *Bir yasa veya yönetmelik aksini gerektirmedikçe veya arabulucu, bir geçmişin veya şiddet tehdidinin veya bir katılımcının diğer ciddi zorlayıcı faaliyetlerinden dolayı başka bir kişinin varlığının gerekli olduğuna veya faydalı olabileceğine inanmadıkça vekiller, hukuk müşavirleri veya avukatlar da dâhil olmak üzere diğer kişilerin arabuluculukta bulunup bulunmamasının katılımcıların ve arabulucunun anlaşmasına bağlı olduğu konusunda katılımcıları bilgilendirmek,*
8. *Arabulucunun, arabuluculuk sürecinin ve sonuçlarının gizliliğini koruma yükümlülüğünü ve ayrıca gizliliğe ilişkin istisnaları açıklamak;*
9. *Katılımcılara, arabulucunun arabuluculuk sürecini askıya alabileceği veya sona erdirebileceği koşulları ve bir katılımcının istediği zaman arabuluculuğu askıya alma veya sonlandırma hakkına sahip olduğunu bildirmek.*

8. *Katılımcılar ilk olarak aile arabulucusuna danıştıktan sonra makul bir süre içinde uyuşmazlıklarını, durum ve koşullarını içeren yazılı arabuluculuk sözleşmesi imzalamalıdır.*

9. Aile arabulucusu, arabuluculuk faaliyetine başlamadan önce ve süreç boyunca katılımcıların arabuluculuk faaliyetinde bulunma kapasitesi ve istekliliği konusunda dikkatli olmalıdır. Arabulucu, bir veya daha fazla katılımcının arabuluculuk faaliyetine katılmayacağına veya katılmaya isteksiz olduğuna makul bir şekilde inanıyorsa, arabuluculuk faaliyetini yürütmeyi kabul etmemelidir.

10. Aile arabulucuları, katılımcıların sürecin zamanlamasına ilişkin beklentilerini karşılayamıyorsa, arabuluculuk yapmak için uyumsuzluğu kabul etmemelidir.

Standart IV

Aile arabulucusu arabuluculuk sürecini tarafsız bir şekilde yürütmelidir. Aile arabulucusu, arabulucu tarafından makul olarak bilinen tüm gerçek ve olası önyargı ve çıkar çatışmalarını açıklamalıdır. Katılımcılar, çıkar çatışması hakkında bilgilendirilmiş yazılı bir feragat ile arabulucuyla devam etmekte özgürdürler. Ancak, bir önyargı veya çıkar çatışması arabulucunun tarafsızlığını açıkça etkiliyorsa, arabulucu, katılımcıların açık rızasına bakmaksızın çekilmelidir.

1. Tarafsızlık, sözde, eylemde veya görünüşte kayırmacılık veya önyargıdan kurtulma anlamına gelir ve herhangi bir bireyin aksine tüm katılımcılara yardım etme taahhüdünü içerir.

2. Çıkar çatışması, arabulucu ile herhangi bir katılımcı veya uyumsuzluğun konusu arasındaki, arabulucunun tarafsızlığını tehlikeye atan veya tehlikeye atıyor görünen herhangi bir ilişki anlamına gelir.

3. Aile arabulucusu tarafsız olamıyorsa arabuluculuk için uyumsuzluğu kabul etmemelidir.

4. Aile arabulucusu, bir arabulucunun tarafsızlığının makul bir şekilde sorgulanabileceği olası önyargı veya çıkar çatışması sebeplerini belirlemeli ve açıklamalıdır. Bu tür açıklama, arabuluculuğun başlamasından önce ve katılımcıların alternatif bir arabulucu seçmelerine izin vermek için zamanında yapılmalıdır.

5. Aile arabulucusu tüm şüpheleri açıklama lehine çözmelidir. Tüm açıklamalar; arabulucunun önyargı veya olası çıkar çatışmasının farkına vardıktan sonra mümkün olan en kısa sürede yapılmalıdır. Açıklama yükümlülüğü sürekli bir görevdir.

6. Aile arabulucusu, katılımcılara dayalı önyargılara veya tarafkirliliğe; arabuluculukta kişisel özelliklere, geçmişe veya performansa karşı önlem almalıdır.

7. Aile arabulucusu, diğer profesyonellerin hizmetlerini tavsiye ederken çıkar çatışmalarından kaçınmalıdır.

8. Aile arabulucusu, arabuluculukta katılımcılar hakkında elde edilen bilgileri kişisel kazanç veya menfaat için kullanmamalıdır.

9. Aile arabulucusu, arabulucunun tarafsızlığının tehlikeye düştüğüne veya bir çıkar çatışmasının tespit edildiğine inanıyor ve bundan katılımcılar tarafından feragat edilmemişse Standart IX uyarınca çekilmelidir.



Standart V

Aile arabulucusu, her türlü tazminat, ücret ve masrafın dayanağını katılımcılara tam olarak açıklamalı ve anlatmalıdır.

10. Katılımcılara, arabulucunun hizmetlerini almak isteyip istemediklerini belirlemek için arabuluculuğun başında ücretler hakkında yeterli bilgi verilmelidir.

11. Katılımcıların uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözmek için yaptıkları yazılı sözleşmede arabulucu ile yaptıkları ücret düzenlemelerinin bir açıklaması bulunmalıdır.

12. Arabulucu, arabuluculuğun sonuçlarına veya anlaşma miktarına bağlı olarak bir ücret anlaşması yapmamalıdır.

13. Arabulucu, bir konunun başka bir arabulucuya veya başka herhangi bir kişiye havale edilmesi için bir ücret almamalıdır.

14. Arabuluculuğun sona ermesi üzerine arabulucu, hak edilmemiş ücretleri katılımcılara iade etmelidir.

Standart VI

Aile arabulucusu, arabuluculuk sürecini, katılımcıların yeterli bilgi ve birikime dayalı kararlar verecek şekilde yapılandırmalıdır.

15. Arabulucu, katılımcıların bilinçli kararlar verebilmeleri için arabuluculuk sırasında tam ve doğru açıklama yapmayı ve bilgilerin edinilmesini ve geliştirilmesini kolaylaştırmalıdır. Bu, katılımcıları uygun uzmanlara danışmaya teşvik ederek başarılabilir.

16. Tarafsızlık standartlarına uygun olarak ve katılımcının kendi kaderini tayin etme hakkını koruyarak bir arabulucu, katılımcılara arabulucuda bulunması gereken eğitim veya deneyime sahip olduğu bilgilerini sağlayabilir. Arabulucu, terapi veya hukuki tavsiye sunmamalıdır.

17. Arabulucu, bir anlaşma akdetmeden önce katılımcıların bağımsız hukuki temsil almalarını tavsiye etmelidir.

18. Katılımcılar isterse, arabulucu, arabuluculuk oturumlarında katılımcıların vekili, hukuk müşaviri veya avukatlarının hazır bulunmalarına izin vermelidir.

19. Katılımcıların rızası ile arabulucu katılımcıların uyuşmazlıklarının çözümünü belgeleyebilir. Arabulucu, herhangi bir anlaşmanın imzalanmadan önce bağımsız bir avukat tarafından incelenmesi gerektiğini katılımcılara bildirmelidir.

Standart VII

Aile arabulucusu, arabulucunun bilgileri kanunen veya katılımcıların mutabakatı ile açıklamasına izin verilmediği veya zorunlu tutulmadığı sürece, arabuluculuk sürecinde edindiği tüm bilgilerin gizliliğini korumalıdır.

20. Arabulucu, arabuluculuk yapmayı kabul etmeden önce katılımcıların gizlilik beklentilerini onlarla tartışmalıdır. Arabuluculuk yapmak için yapılan yazılı arabuluculuk sözleşmesi gizlilikle ilgili hükümleri içermelidir.

21. Arabuluculuğa başlamadan önce arabulucu, katılımcıları yasal, yargısal veya etik olarak zorunlu raporlama gibi gizliliğin sınırlamaları konusunda bilgilendirmelidir.

22. Yasaların izin verdiği şekilde arabulucu, bir katılımcının herhangi bir kişiye karşı intihar veya şiddet tehdidini böyle bir tehdidin gerçekleştirileceğine inanması halinde ilgili yetkililere ve tehdit edilen kişiye açıklamalıdır.

23. Eğer arabulucu bir katılımcıyla özel oturumlar düzenleyecekse, bu oturumlarla ilgili gizlilik yükümlülükleri oturumlardan önce tartışılmalı ve üzerinde anlaşılmalıdır.

24. Mahkemeye çağrılmış veya belge ibraz etmiş veya tanıklık yaptığı başka bir şekilde anlaşılmış arabulucu durum hakkında katılımcıları derhal bilgilendirmelidir. Eğer arabulucu tanıklık yapmanın veya belge ibraz etmenin katılımcılara karşı gizlilik yükümlülüğünü ihlal edeceğine makul bir şekilde inanıyorsa, mahkeme kararı olmadan bir mahkeme celbine yanıt olarak belge vermemeli veya tanıklık yapmamalıdır.

Standart VIII

Aile arabulucusu, katılımcılara çocuğun yüksek yararlarının nasıl gözetileceğini belirlemede yardımcı olmalıdır.

11. Arabulucu, katılımcıları ayrılık veya boşanma sonrası ebeveynlik planlamaları için mevcut seçenekleri ve bunların ilgili maliyet ve faydalarını keşfetmeye teşvik etmelidir. Çocuk gelişimi uzmanına yönlendirme bu amaçlar için uygun olabilir. Tartışma konuları diğerleri arasında şunlar olabilir:

1. Katılımcılara ve çocuklarına ailenin yeniden yapılanması ve aile içi şiddetin sonuçlarıyla başa çıkmalarına yardımcı olabilecek topluluk kaynakları ve programları hakkında bilgi verme;
2. Devam eden çatışmanın çocukların gelişimi için yarattığı sorunlar ve çatışmanın çocuklar üzerindeki etkilerini iyileştirmek için hangi adımlar atılabileceği;
3. Çocukların fiziksel ikametini ve çocuklar için karar verme sorumluluklarını kapsayan, katılımcılar tarafından kabul edilen uygun seviyelerde ayrıntı içeren bir ebeveynlik planının geliştirilmesi;
4. Çocukların gelişimsel ihtiyaçları zamanla değiştikçe ebeveynlik planlarını gözden geçirme ihtiyacı;
5. Ebeveynlik planının gelecekteki revizyonlarını kolaylaştırmak için katılımcıların uygun uyumsuzluk çözüm mekanizmaları geliştirmeye teşvik edilmesi.

12. Arabulucu, kültür ve dinin ebeveynlik felsefesi ve diğer kararlar üzerindeki etkisine duyarlı olmalıdır.



13. Arabulucu, mahkeme tarafından atanan herhangi bir temsilciyi arabuluculuk konusunda bilgilendirmelidir. Çocuklar için bir temsilci katılırsa, arabulucu başlangıçta, bu katılımın arabuluculuk süreci üzerindeki etkisini ve arabuluculuğun gizliliğini katılımcılarla tartışmalıdır. Çocuk temsilcisi katılmış olsun ya da olmasın, arabulucu, çocuklarla ilgili olduğu sürece ortaya çıkan anlaşmaları temsilciye sunmalıdır.

14. Olağanüstü durumlar dışında, çocuklar her iki ebeveynin ve çocuk mahkemesi tarafından atanan temsilcinin onayı olmadan arabuluculuk sürecine katılmamalıdır.

15. Çocukları arabuluculuk sürecine dâhil etmeden önce arabulucu, çocukların arabuluculuk sürecine katılmalarının gerekip gerekmediğine ve bu katılımın şekli konusunda ebeveynlere ve çocuk mahkemesince atanan temsilciye danışmalıdır.

16. Arabulucu, ilgili tüm kişileri çocukların katılımıyla ilgili mevcut seçenekler hakkında bilgilendirmeli (kişisel katılım, bir ruh sağlığı uzmanıyla görüşme, arabulucunun çocukla görüşme yapması ve ebeveynlere rapor vermesi ya da çocuğun videoya kaydedilen bir ifadesini içerebilir) ve katılımcılar ile her birinin maliyet ve faydalarını tartışmalıdır.

Standart IX

Aile arabulucusu, çocuk istismarı veya ihmali içeren bir aile olayını tanımalı ve arabuluculuk sürecini buna göre şekillendirmek için uygun adımları atmalıdır.

17. Bu Standartlarda kullanıldığı gibi, çocuk istismarı veya ihmali yürürlükteki eyalet yasaları ile tanımlanmaktadır.

18. Arabulucu, uygun ve yeterli eğitim olmaksızın ailede geçen olayları çocuk istismarını veya ihmali içerdiği şekilde değerlendirerek arabuluculuk yapmamalıdır.

19. Arabulucunun, çocuk istismarı ve ihmali yasaları anlamında, katılımcılardan birinin çocuğunun istismar edildiğine veya ihmali edildiğine inanması için makul gerekçeleri varsa arabulucu yürürlükteki çocuk koruma yasalarına uymalıdır.

1. Arabulucu katılımcıları, aileleri için uygun hizmetleri keşfetmeye teşvik etmelidir.
2. Arabulucu, iddialar ışığında arabuluculuk sürecini askıya almanın veya sonlandırmanın uygunluğunu değerlendirmelidir.

Standart X

Aile arabulucusu, aile içi istismarı içeren bir aile olayını tanımalı ve arabuluculuk sürecini buna göre şekillendirmek için uygun adımları atmalıdır.

20. Bu Standartlarda kullanıldığı üzere, aile içi istismar, yürürlükteki eyalet yasalarında tanımlandığı şekliyle aile içi şiddeti, kontrol ve tehdit konularını içerir.

21. Arabulucu, uygun ve yeterli eğitim olmaksızın ailede geçen olayları aile içi istismar içerdiği şeklinde değerlendirerek arabuluculuk yapmamalıdır.

22. Bazı durumlar güvenlik, kontrol veya tehdit sorunları nedeniyle arabuluculuk için uygun değildir. Bir arabulucu, arabuluculuk sözleşmesi yapmadan önce aile içi istismarın varlığını taramak için makul bir çaba göstermelidir. Arabulucu, arabuluculuk süreci boyunca aile içi istismarı değerlendirmeye devam etmelidir.

23. Aile içi istismarın mevcut olduğu görünüyorsa, arabulucu, diğerlerinin yanı sıra katılımcıların ve arabulucunun güvenliğini sağlamak için şu önlemleri almayı düşünmelidir:

1. Uygun güvenlik tedbirlerinin alınması,
2. Tüm katılımcıların rızası olmasa bile, katılımcılarla ayrı oturumlar düzenlemek,
3. Bir arkadaşın, temsilcinin, müdafinin, hukuk müşavirinin veya avukatın arabuluculuk oturumlarına katılmasına izin vermek,
4. Katılımcıların arabuluculuk süreci boyunca bir avukat, hukuk müşaviri veya müdafî tarafından temsil edilmelerini teşvik etmek,
5. Katılımcıları uygun toplum kaynaklarına yönlendirmek,
6. Katılımcıların güvenliğini korumak için uygun adımlarla arabuluculuk oturumlarını askıya almak veya sonlandırmak.

24. Arabulucu katılımcıların kendilerinin ve çocuklarının fiziksel güvenliğini ve psikolojik refahını koruyan ebeveynlik planlarının oluşturulmasını kolaylaştırmalıdır.

Standart XI

Aile arabulucusu, bir katılımcının arabuluculuğa etkin bir şekilde veya başka bir zorlayıcı nedenden dolayı katılamayacağına makul bir şekilde inandığı durumlarda arabuluculuk sürecini askıya almalı veya sonlandırmalıdır.

25. Bir arabulucunun arabuluculuğu askıya almayı veya sonlandırmayı düşünmesi gereken durumlar arasında şunlar sayılabilir:

1. Bir katılımcının güvenliği veya çocuğun refahı tehdit altındadır;
2. Bir katılımcı çocuğu kaçırmakla tehdit etmekte veya kaçırmıştır;
3. Bir katılımcı uyuşturucu, alkol veya fiziksel veya zihinsel koşulların etkisi nedeniyle arabuluculuğa katılamamaktadır;
4. Katılımcılar arabulucunun ölçüsüz/mantıksız olduğuna makul olarak inandığı bir arabuluculuk anlaşması yapmak üzere;
5. Bir katılımcı arabuluculuğu yasa dışı bir davranışı sürdürmek için kullanmaktadır;



6. Bir katılımcı arabuluculuk sürecini haksız çıkar elde etmek için kullanmaktadır;
 7. Arabulucunun Standart IV uyarınca tarafsızlığının tehlikeye atıldığına inanması hali bulunmaktadır.
26. Eğer arabulucu arabuluculuğu askıya alır veya sonlandırırsa, katılımcılara verebileceği zararı veya sakıncayı en aza indirmek için tüm makul adımları atmalıdır.

Standart XII

Aile arabulucusu, arabuluculuk davetlerinde ve reklamlarında dürüst olmalıdır.

27. Arabulucular vaatlerden ve sonuçların garantilerinden kaçınmalıdır. Bir arabulucu, istatistiksel anlaşma verilerinin veya anlaşma oranlarının reklamını yapmamalıdır.

28. Arabulucular niteliklerini doğru bir şekilde temsil etmelidir. Arabulucu, bir reklamda veya başka bir iletişimde, atıfta bulunulan kuruluşun arabulucuları nitelendirmek için bir prosedürü varsa ve arabulucuya gerekli statü usulüne uygun olarak verilmiş olmak kaydıyla eyalet, ulusal veya özel kurumsal niteliklerin karşılanmasına atıfta bulunabilir.

Standart XIII

Aile arabulucusu, arabuluculukta mesleki yeterlilik kazanmalı ve sürdürmelidir.

29. Arabulucular, diğer faaliyetlerin yanı sıra, ilgili sürekli eğitim programlarına katılarak mesleki beceri ve yeteneklerini sürekli geliştirmeli ve düzenli olarak öz-değerlendirme yapmalıdır.

30. Arabulucular, akran danışmanlığı programlarına katılmalı ve daha az deneyimli arabulucuların çalışmalarına rehberlik etmeye ve onları eğitmeye yardımcı olmalıdır.

31. Arabulucular, kültür ve çeşitliliğin arabulucunun uygulaması üzerindeki etkisini anlamak için sürekli çaba göstermelidir.

Ek: Aile Arabulucuları ve Mahkemeye Bağlı Programlara Yönelik Eyalet Kuralları İçin Özel Politika Konuları

Model Standartları, Mahkeme Bağlantılı Uyuşmazlık Çözüm Programları için Ulusal Standartları tanımaktadır (1992). Bu tür programları ve aile arabulucularını yöneten eyalet ve yerel düzenlemeler de vardır. Bununla birlikte, aşağıdaki organizasyon ve uygulama ilkeleri özellikle arabulucuların ve mahkemeye bağlantılı aile arabuluculuğu programlarının düzenlenmesi için önemlidir. Onlar ayrıca bahsedilmeye değerdir.

32. *Münferit eyaletler veya yerel mahkemeler, arabuluculara yönelik şikâyetleri değerlendirme ve ele alma prosedürleri de dâhil olmak üzere aile arabulucuları için standartlar ve nitelikler belirlemelidir. Bu standartları ve nitelikleri geliştirirken, düzenleyiciler, aile arabulucularının mesleki birlikleri dâhil olmak üzere uygun meslek gruplarına danışmalıdır.*

33. *Aile arabulucuları bir mahkeme veya başka bir kurum tarafından atandığında, atama kuruluşu her arabulucunun atama için nitelikli olmasını sağlamak amacıyla makul çabayı göstermelidir. Mahkeme ataması için nitelikli aile arabulucularının bir listesi mevcutsa, listeye dâhil edilme gereklilikleri halka açık olmalı ve ilgili tüm kişiler tarafından erişilebilir olmalıdır.*

5. *Gizlilik, arabuluculuğa dâhil olan herhangi bir kişinin önceden yazılı izni olmaksızın açıklanmaması koşuluyla, arabuluculuk programlarının sorumlu kişiler veya akademik kurumlar tarafından etkin bir şekilde izlenmesini, araştırılmasını veya değerlendirilmesini sınırlandıracak veya yasaklayacak şekilde yorumlanmamalıdır. Uygun koşullar altında, araştırmacıların istatistiksel verilere ve katılımcıların izniyle bireysel vaka dosyalarına, canlı arabuluculuk gözlemlerine ve katılımcılarla görüşmelere erişmelerine izin verilebilir.*



KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ SURETİYLE GERÇEKLEŞEN KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA UYGULANACAK HUKUKUN VE YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ

*Determination of the Applicable Law and Jurisdiction in
Disputes Having Foreign Elements Arising from Violation of Personal Rights
by Processing Personal Data*

Alper AKGÜL*

Özet

Kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlendiğini, bu nedenle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ileri süren bireyler, kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla dava açabilir. Böyle bir uyumsuzluğun yabancılık unsuru ihtiva etmesi halinde, öncelikle Türk mahkemelerinin uyumsuzluk bakımından milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı, ardından söz konusu eylemin kişilik haklarını ihlal edip etmediğinin hangi ülke hukukuna göre karara bağlanacağı tespit edilmesi gerekmektedir. Bunun için Türk mahkemelerinin, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerini uygulaması gerekecektir. Bu çalışmada, ilk olarak kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ortaya çıkan kişilik haklarının ihlaline ilişkin yabancı unsurlu davalarda uygulanacak hukukun Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca nasıl tespit edilmesi gerektiği meselesi ele alınmıştır. Ardından, MÖHUK hükümleri uyarınca bu tür davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin ne şekilde tespit edilmesi gerektiği incelenmiştir. Ancak öncesinde, uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin tespiti bakımından önem arz ettiğinden dolayı, kişisel veri ile kişisel verilerin işlenmesi kavramlarının anlamı ve kapsamı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Kişisel Verilerin İşlenmesi, Kişilik Haklarının İhlali, Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki

Abstract

Individuals who allege that their personal data are unlawfully processed and therefore their personal rights are attacked unlawfully can bring an action in Turkish courts for the violation of personal rights. If such a dispute contains foreign elements, it must first be determined whether the Turkish courts have international jurisdiction on this dispute. Then, it's necessary to determine the substantive law applicable to this dispute by the competent Turkish court. For this purpose, Turkish courts must implement the provisions of the Code on Private International Law and International Civil Procedural Law no. 5718 (CPIL). In this study, firstly, the determination of the law to be applied in cases with foreign elements regarding the violation of personal rights arising from the processing of personal data in accordance with the Turkish conflict of laws rules is discussed. Then, it is examined how the international jurisdiction of Turkish courts should be determined in such cases in accordance with

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.10.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Arş. Gör. Dr., Kırıkkale Üniversitesi, alakgul@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-8697-1734>.

the provisions of CPIL. Before examining these issues, the meaning and scope of the concepts of personal data and processing of personal data are analyzed, since they are important in determining the applicable law and the competent court.

Keywords: Personal Data, Processing Personal Data, Violation of Personal Rights, Applicable Law, International Jurisdiction.

I. KONUNUN TAKDİMİ

Kişisel verilerin işlenmesi ve korunması, Türk hukukunda 2010 yılından itibaren Anayasal olarak güvence altına alınan bir hak¹ haline gelmiş, kişisel verilerin hangi hal ve şartlar altında işlenebileceği ile kişisel verilerin ne şekilde korunması gerektiği de 6998 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)² ile yasal olarak düzenlenmiştir³. KVKK'da bireylerin kişisel verilerinin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğramaları halinde zararın giderilmesini talep etme haklarının saklı olduğu hükme bağlanmıştır⁴. Buna göre, bir gerçek kişi, kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlendiği gerekçesiyle veri sorumlusu konumundaki gerçek veya tüzel kişilere karşı kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla dava açabilecektir.

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi suretiyle kişilik haklarının ihlal edildiği iddialarına yönelik davaların, kişisel verileri işleyen veya işlenen kişinin vatandaşlığı, kuruluş yeri, işyeri veya yerleşim yeri gibi maddi vakıalar nedeniyle yabancılik unsuru ihtiva etmesi mümkün ve muhtemeldir. Örneğin, kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenen/işlendiğini ileri süren kişi yabancı bir devlet vatandaşlığı olabilir. Kişisel verilerin güvenliğini sağlamakla yükümlü olan kişiler, yabancı devlet veya devlet kurumu veya yabancı devlet kanunlarına göre kurulmuş bir özel hukuk tüzel kişisi ya da yabancı bir gerçek kişi olabilir. Kişisel verilerin işlenmesi nedeniyle ortaya çıkan ve birden fazla ülkeyle irtibatlı olan, yabancı unsurlu kişilik hakkı ihlallerine ilişkin davalarda ilk olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı sorusunun çözümü gerekecektir. Bu tür davalar bakımından milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığının tespitinde nasıl hareket etmek gerekecektir? İkinci olarak, böyle bir davada yetkili Türk mahkemesinin kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işle-

¹ RG:13.5.2010-27580.

² RG: 7.4.2016-29677.

³ Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak ulusal düzenlemeler sadece bunlarla sınırlı olmadığı gibi, bu konuda Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 Sayılı Sözleşmeye de taraf olmuştur. Hatta Sözleşme 2016 tarihi itibarıyla iç hukukta yürürlüğe konmuştur. Bkz. RG: 17.3.2016-29656).

⁴ Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, (Seçkin 2009), 95; Hüseyin Can Aksoy, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, (Çakmak 2010), 80ff; Mine Kaya, *Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması*, (Seçkin 2015), 305; Damla Gürpınar, 'Kişisel Verilerin Korunmamasından Doğan Hukuki Sorumluluk', DEÜHFD Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, (2017)19, 679, 689.

nip işlenmediğinin tespiti için uygulanacak maddi hukuk kurallarını tespit etmesi gerekecektir. Bu durumda da davaya doğrudan KVKK hükümleri veya genel hüküm mahiyetindeki Medeni Kanun (MK)⁵ ve Borçlar Kanunu (BK)⁶ hükümleri uygulanmayacaktır. Yabancı unsurlu davalarda öncelikle 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁷ hükümleri uyarınca uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir. Tespit edilen hukuk Türk hukuku olabileceği yabancı bir hukuk da olabilir.

KVKK ile birlikte yeni bir boyut kazanan kişisel verilerin işlenmesi ile verilerin işlenmesiyle ortaya çıkabilecek yabancı unsurlu özel hukuk uyumsuzlukları çeşitlilik ve farklılık arz edebilir. Özellikle kişisel verilerin işlenmesi, genellikle bir gerçek veya tüzel kişi ile veri süjesi konumundaki bir gerçek kişi arasında kurulan veya kurulmak istenen bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde gerçekleşebilmektedir. Sözleşmenin kurulması veya ifasıyla ilgili olarak elde edilen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiğini düşünen taraf, bu eylemin haksız fiil teşkil ettiğini ileri sürerek haksız fiil sorumluluğuna gidebileceği gibi sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğini iddia ederek ilgili tarafın sözleşmesel sorumluluğuna da gidilebilir. Bu çalışmada kişisel verilerin işlenmesinin haksız fiil teşkil ettiği yabancı unsurlu özel hukuk davaları incelenecektir. Başka bir anlatımla incelememiz konu bakımından sınırlandırılmış ve kişisel verileri işleyen kişi ile verileri işlenen taraf arasında sözleşmeden veya kanundan doğan bir hukuki ilişkinin olduğu hallerde kişisel verilerin işlenmesi veya korunmaması nedeniyle ortaya çıkan özel hukuk uyumsuzlukları kapsam dışında tutulmuştur⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki; Türk milletlerarası özel hukukunda kişilik haklarının korunması doktrinde kişilik haklarına yönelik müdahalede kullanılan internet veya medya araçları gibi vasıtalar bakımından ele alınmıştır⁹. Bunun yanı sıra, kişilik haklarının ihlali meselesi,

⁵ RG: 08.12.2001-24607.

⁶ RG: 04.02.2011-27836.

⁷ RG: 12.12.2007-26728.

⁸ Nitekim kişisel verilerin yabancı unsurlu sözleşmelere aykırı olarak işlenmesi ve/veya korunmaması nedeniyle ortaya çıkacak sözleşmelerden kaynaklanan davalarda uygulanacak hukuk ve milletlerarası yetkili mahkemenin tespiti meselesi doktrinde farklı yazarlarca ele alınmıştır. Bkz: İlyas Arslan, 'Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti', İstanbul Hukuk Mecmuası, (2021)79(1), 135, 138ff; Ayşe Yasemin Aydoğmuş Gisoldi, *Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, (On İki Levha 2022), 77ff; İlyas Arslan 'Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi, 12-14 Kasım 2021, KVKK Yayınları, 2022, s.177ff.

⁹ Bkz. Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması*, (Seçkin 2004), 23ff; Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, 'İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk', MHB Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, (2002)2(22), 967, 967ff; Sibel Özel, 'İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi', MHB (2004)24(2), 609, 609ff.



sadece uygulanacak hukukun tespitiyle sınırlı olarak çalışmalara konu olmuştur¹⁰. Bu çalışmada ise, kişisel verilerin işlenmesinde kullanılan yöntem veya vasıtalar bakımından herhangi bir ayrıma gidilmeksizin, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiği gerekçesiyle ileri sürülen kişilik haklarının ihlaline ilişkin davalarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemenin ne şekilde tespit edilmesi gerektiği meselesi incelenecektir.

II. KİŞİSEL VERİ VE KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

Kişisel verilerin işlenmesinin hukuka aykırı olup olmadığının, dolayısıyla verileri işlenen kişinin kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğinin tespiti için öncelikle kişisel veri kavramının kapsamına nelerin girdiğinin tespiti gereklidir. Bu tespit aynı zamanda kişisel verilerin işlenmesiyle ortaya çıkan yabancı unsurlu kişilik haklarının ihlaline ilişkin davalarda uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin tespiti bakımından da önem arz eder. Zira Türk hukukunda kişisel veri kavramının anlamı ve kapsamı, dolayısıyla kişisel verilerin korunması konusundaki yaklaşım, Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuktan daha farklı, daha geniş veya dar olabilir. Dolayısıyla, bu tür davaların muhatabı olan bir Türk mahkemesinin kişisel veri ve/veya kişisel verinin işlenmesi kavramlarının anlamı ve kapsamını göz önünde bulundurması da gerekecektir.

Kişisel veri, en genel anlamıyla “*kişinin şahsi, ailevi, mesleğine ilişkin ayırt edici özelliklerini ve niteliklerini göstermeye yarayan her türlü bilgi*”¹¹ olarak ifade edilmektedir. Başka bir tanıma göre ise, “*bir kişinin belirlenebilir kılınması, verilerin doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle kişinin tanımlanabilmesi, yani şahsın o şahıs olduğunu ortaya çıkarılabilmesi özelliğidir*”¹². Kişisel veri kavramının KVKK’nın hazırlanmasında esas alınan 95/46/EC sayılı Veri Koruma Yönergesi m.2(a)’da belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri anlamına geldiği belirtilmektedir. Belirlenebilir olma ise kimlik numarası, fiziki, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal özellikler gibi bir veya birden veriye istinaden doğrudan veya dolaylı olarak kişinin tespit edilebilmesini ifade eder. Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi m.2(a) ve KVKK m.3(d)’de ise kişisel veri “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır¹³.

¹⁰ Bkz. Fatma Esenyel Hanaz, *Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk ve Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2018, 1ff; Seçil Etlioğlu Erçetingöz, *İnternet Ortamında Şeref ve Haysiyetin Korunmasında Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2019, 1ff.

¹¹ Ersan Şen ‘*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi*’, İBD, (2009)83(3), 1197, 1197; Çiğdem Ayözger Öngün, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (Beta 2.Bası, 2019) 6.

¹² Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, (Yetkin 2004), 16.

¹³ Benzer tanıma *Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında*

Kişisel veri kavramının tanımından yola çıkılarak, bir bilginin/verinin kişisel veri olarak nitelendirilebilmesi için dört temel unsura sahip olması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre ilk olarak veri olarak nitelendirilecek bir bilginin var olması gerekir. İkinci olarak söz konusu veri gerçek bir kişiye ait olmalıdır. Üçüncü olarak verinin söz konusu gerçek kişiye ilişkin/gerçek kişiyle ilişkili olması gerekmektedir. Son olarak, verinin kimliği belirli veya belirlenebilir nitelikte olan bir kişiye ait olması gerekmektedir¹⁴. Bu noktada, bir verinin bir gerçek kişiyi belirlebilir kılması doğrudan ya da dolaylı olarak gerçekleşebilir¹⁵.

KVKK'da kişisel veri kavramı tanımlanmakla birlikte kavramın kapsamına nelerin girdiğine yer verilmemiştir. Kişisel veri kavramının içeriğinin çok geniş olması ve sınırlarının net bir şekilde çizilemediği belirtilmekle birlikte¹⁶, Türk mevzuatı, doktrin ve mahkeme kararlarından yola çıkarak kavramın kapsamına kişilere ait hangi bilgilerin girdiği tespit edilebilir. Örneğin, Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik¹⁷ m.3'te “*tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi*” kişisel veri olarak nitelendirilmiştir. Yine, Anayasa Mahkemesi bir kararında, kişinin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi sadece kimliğini ortaya koyan bilgilerin kişisel veri olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobileri, tercihleri, etkileşimde bulunduğu kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan

Yönetmelik m.4(1)(ğ) hükmünde de yer verilmiştir. Bkz.: RG: 20.10.2016- 29863.

¹⁴ 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Veri Koruma Yönergesinin m.29 uyarınca kurulmuş ve kişisel verilerin korunması hususunda Avrupa Birliği bünyesinde bağımsız danışma organı olarak faaliyet gösteren Article 29 Data Protection Working Party tarafından hazırlanan “Opinion 4/2007 on the concept of personal data” çalışmada kişisel veri kavramının dört temel unsura sahip olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aksoy (n 4) 13ff; Şehriban İpek Aşıkoğlu, Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, (On İki Levha 2018), 5ff; Furkan Güven Taştan, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, (On İki Levha 2017), 26ff.

¹⁵ Kişisel veri kavramının söz konusu temel unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 4/2007 on the concept of personal data, Çevrimiçi) https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf, s.6 Erişim Tarihi: 20.1.2020.

¹⁶ Aksoy (n 4) 12; Ayözger Öngün (n 11) 5; Ian J. Lloyd, Information Technology Law, (OUP 6th Ed.,2011), 39; M. Volkan Dülger, ‘Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması (Ceza Normu)’, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2016)3(2), 101, 102.

¹⁷ RG: 16.2.2004-25365.

tüm verileri kişisel veri olarak nitelendirmiştir¹⁸.

Bunlara ilaveten, doğrudan veya dolaylı olarak bir kişi ile ilişkilendirilerek, kişinin kimliğini belirli kılan veya kılabilcek olan kimlik, etnik köken, fiziksel özellikler, sağlık, istihdam, eğitim, ikamet, emniyet, kredi kartı bilgileri, başkaları ile gerçekleştirilen haberleşmeler, telefon numarası, telefon rehberi, telefon mesajları, kişisel inanç ve ideoloji, alışveriş alışkanlıkları, maaş bordrosu, vergi mükellefiyetine ilişkin bilgiler, yüz, iris, gen izi, yazı, ses tanıma gibi yöntemlerle elde edilen verileri, kan grubu, parmak izleri, mesleği, vakıf, dernek, sendika üyelikleri, adli sicil kayıtları, ekonomik bilgileri, banka hesap numaraları, medeni durumu, sağlık bilgileri, cinsel tercihleri, sosyal medya hesapları, kişisel blog sayfasında paylaştığı yazılar gibi bilgilerin kişisel veri niteliğinde olduğu yaygın olarak kabul edilmektedir¹⁹. Bunların dışında kişi hakkında önemsiz sayılan veriler ve açık kaynaklarda yayınlanmış olan verilerin de aslında birer kişisel veri niteliğinde olduğu belirtilmektedir²⁰.

KVKK kapsamında kişisel verilerin özel nitelikli kişisel veri ve özel nitelikli veriler dışında kalan veriler şeklinde bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir²¹. Aynı zamanda hassas veri olarak da ifade edilen özel nitelikli kişisel veri ile normal kişisel veri arasında ayırım, söz konusu verilerin işlenmesi şartları bakımından aranan hukuka uygunluk şartları bakımından önem arz etmektedir²². Özel nitelikli kişisel veriler, kişisel verilerin daha fazla koruma sağlanan küçük bir grubu olarak nitelendirilebilir²³. KVKK m.6'da kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli veri kabul edilmiştir.

¹⁸ Bkz. AYM, E.2013/122 K.2014/74, T.9.4.2014 (RG: 26.7.2014-29072).

¹⁹ Bkz. Özdemir (n 4) 123-124; Ayözger Öngün (n 11) 6-7; Aksoy (n 4) 1, 11ff; Dülger (n 16) 102; Nafiye Yücedağ, 'Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri', İÜHFİM, (2017)75(2), 765, 768; Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, (Beta 2016) 8-9.

²⁰ Özdemir (n 4)124.

²¹ Söz konusu ayırım sadece KVKK'da değil, bazı farklılıklarla birlikte 95/46/EC sayılı Veri Koruma Yönergesinde de benimsenmiştir.

²² Kişisel verilerin korunması hukukunda böyle bir ayrıma gidilmesinin sebebi, bu verilerin kamusalallaştıkları takdirde bireylerin toplumdaki yerini ve diğer insanların kişiye bakış açısını değiştirme özelliğine sahip olmalarıdır. İçeriğinde inanç, politik düşünce, cinsel tercih, etnik köken, kılık kıyafet gibi unsurları bulduran bu verilerin açıklanması kişinin "ötekileştirilmesi" sonucunu doğurabileceği için "hassasiyet" taşıdığı belirtilmektedir. Bkz. Türkay Henkoğlu, *Hassas Bilgi Varlıklarının ve Kişisel Verilerin Hukuksal Düzenlemeler ile Korunması ve Bu Kapsamda Üniversiteler İçin Bilgi Güvenliği Politikasının Geliştirilmesi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, (Ankara 2015) 18-19, 205.

²³ Bkz. Özdemir (n 4) 126; Cemil Kaya, 'Avrupa Birliği 1995/46 EC Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi', İÜHFİM, (2011)69(1-2), 317, 318.

Söz konusu maddede yer alan kişisel veriler sınırlı sayıdadır. Bu nedenle maddenin kapsamı genişletilemeyecek ve bu veriler sadece kanunda sayılan istisnai hallerde işlenebilecektir. Diğer bir anlatımla bu veriler bakımından kesin işleme yasağı mevcuttur²⁴. Bunlar dışında kalan kişisel veriler ise, 5.maddede yer alan hukuka uygunluk şartlarının karşılanması kaydıyla işlenebilecektir.

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı ile veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemin kastedildiğini söylemek mümkündür. KVKK m.3(e) uyarınca kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi her türlü işlem kişisel verinin işlenmesi olarak ifade edilmiştir. Örneğin, bir bankayla kredi sözleşmesi yapılması sırasında bankanın, o kişiye ait maaş bordrosunu, tapu kayıtlarını, icra borcu olmadığına dair belgeyi edinmesi bir veri işleme faaliyetidir. Bir şirketin çalışanına maaş ödebilmesi için çalışanın banka hesap numarasına, evli olup olmadığına, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin kimler olduğuna, eşinin çalışıp çalışmadığına, sosyal sigorta numarasına dair bilgileri edinmesi de buna örnek verilebilir²⁵. Yine, kişisel verilerin sadece bir hard diskte, CD’de veya sunucuda depolanması, anılan verilerle başkaca hiçbir işlem yapılmısa da bir veri işleme faaliyeti niteliğindedir²⁶. Kanunda mehz düzenlemeden esas alınarak işlemin otomatik veya otomatik olmayan yollarla yapılabileceği öngörülmüş, böylece verinin işlenme şeklinin veya işlemede kullanılan aracın önemli olmadığı vurgulanmıştır. Bu bakımdan, nitelik olarak veri işleme kapsamına giren eylemler sınırlı sayıda olmayıp, kişisel verilerin ilk defa elde edilmesinden başlayarak veriler üzerinde gerçekleştirilen tüm işlem türlerini ifade etmektedir²⁷.

III. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ SURETİYLE GERÇEKLEŞEN KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. Genel Olarak

²⁴ Özdemir (n 4) 127; Yücedağ (n 19) 768; Taştan (n 14) 41.

²⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, KVKK Yayınları, Ankara 2019, 19 bkz. (çevrimiçi), <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5388/Madde-ve-Gerekçesi-ile-Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Bilgi-Notu-ve-Kisisel-Verilerin-Korunmasina-Iliskin-Terimler-Sozluğu>, Erişim Tarihi: 22.2.2020.

²⁶ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, KVKK Yayınları, Ankara 2018, 31 Bkz. (Çevrimiçi), <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4196/Kisisel-Verilerin-Korunmasi-Kanunu-Hakkinda-Sikca-Sorulan-Sorular>, Erişim Tarihi: 22.2.2020.

²⁷ KVKK (n 26) 31; Başalp (n 12) 30-31; Özdemir (n 4) 135; Ayözger Öngün (n 11) 131.

Kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen yabancı unsurlu kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemenin tespiti bakımından hukuka aykırı olarak işlendiği ileri sürülen kişisel verinin hangi konu veya alana ilişkin olduğu veyahut özel nitelikli bir veri mahiyetinde olup olmadığı önem arz etmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ihlal edildiğine ilişkin yerel karakterli bir davada, işlenen verinin bir kişisel veri niteliğinde olup olmadığı, işlemenin hukuka uygunluk şartlarını sağlayıp sağlamadığı gibi kişisel verilerin özel hukuk hükümlerine göre korunmasına ilişkin her husus Türk hukukuna göre belirlenecektir. Diğer yandan, dava yabancılık unsuru ihtiva ettiği durumda farklılık arz etmektedir.

Yabancı unsurlu bir uyumsuzlukta, yani verisi işlenenin yabancı devlet vatandaşlığı olduğu veya veri sorumlusunun başka bir devletin tabiiyetinde olduğu hallerde ise, veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğu, dolayısıyla kişilik haklarının ihlal edilip edilmediği Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde, mahkemece öncelikle dava konusu hukuki olay veya ilişkiyi vasıflandırılacaktır. Türk hukukunda vasıflandırmanın kural olarak *lex fori*'ye göre yapılacağı kabul edilmektedir²⁸. Dolayısıyla Türk mahkemesi, önüne gelen hukuki olay veya ilişkin Türk hukukunda hangi özel hukuk kategorisinde düzenlendiğinden yola çıkarak, MÖHUK m.2(1) gereği, dava konusunun MÖHUK'taki hangi kanunlar ihtilafı kuralının kapsamına girdiğini tespit edecektir.

Türk hukukunda kişisel verilerin, hukuki niteliği itibarıyla kişi varlığına ilişkin haklardan olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, kişisel veriler, genel olarak bireylerin kişilik haklarının kapsamına giren maddi ve manevi değerlerden oluşması itibarıyla Türk maddi hukukunda kişiler hukuku alanında mütalaa edilmektedir. Kişisel değerlere yönelik hukuka aykırı bir saldırı ise, haksız fiil teşkil eden bir eylem mahiyetindedir. Kısacası, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik haklarının ihlali haksız fiil şeklinde ortaya çıkabilecektir. Dolayısıyla, kişisel veriler, Türk hukukunun kişilik haklarına karşı sağlamış olduğu geniş korumadan faydalanacaktır²⁹. Bu bakımdan, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakları saldırıya uğrayan kişi, MK m.24-25 hükümleri uyarınca söz konusu saldırının önlenmesi, sürmekte olan saldırının sonlandırılmasını veya saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilecektir. Bunun yanı sıra kişilik haklarına

²⁸ Türk hukukunda vasıflandırma (bağlama konusu ve bağlama noktasının vasıflandırılması) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Beta 15.Bası 2020), 74ff; Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, (Beta 22.Bası 2018), 96ff; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Beta 8.Bası, 2020), 45-46, 49ff; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Savaş 6.Bası, 2020), 218ff; Rona Aybay/Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, (Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008), 147ff; Gülören Tekinalp/ Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*, (Vedat 11.Bası, 2011), 40ff; Sibel Özel/Mustafa Erkan/Hatice Selin Pürselim/Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (On İki Levha 2022), 87ff.

²⁹ Ayözger Öngün (n 11) 52-53. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Haklarını Koruyucu Davalar*, (Beta 2001), 79ff.

yönelik yukarıdaki haksız fiil niteliğindeki eylemler nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini amacıyla maddi veya manevi tazminat talebinde de bulunulabileceği kabul edilmektedir.

Türk milletlerarası özel hukukunda da kişilik haklarına yönelik müdahalenin maddi hukukta bir haksız fiil olarak kabul edilmesinden yola çıkılarak, yabancı unsurlu kişilik hakları ihlallerine uygulanacak hukuku MÖHUK m.35 hükmüyle özel bir düzenlemeye tabi tutmuştur. Gerçi, MÖHUK m.35 hükmü, kişilik haklarının her türlü ihlaline değil, sadece medya ve kitle iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleşen kişilik hakları ihlalleri ile kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuka ilişkindir. Ancak, söz konusu hükmün Kanun sistematigindeki yeri, kişilik haklarının ihlalinin Kanun Koyucu tarafından haksız fiil olarak kabul edildiğini dolaylı olarak göstermektedir. Başka bir ifadeyle, medya veya kitle iletişim araçlarıyla veya kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik haklarına yönelik eylemler, bir haksız fiil olarak kabul edilmiş, böylece söz konusu haksız fiil türü bakımından MÖHUK m.35'te özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir³⁰. Bu itibarla kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü yabancı unsurlu bir davada uygulanacak hukukun MÖHUK m.35 uyarınca tespit edileceği öngörülmüştür.

Bir kişiye ait verilerin işlenmesi, kişisel verilerin kişilik haklarından olması itibariyle kişilik haklarına yönelik bir müdahale niteliğinde olduğundan, veri işleme faaliyetinde bulunan kişinin söz konusu eylem nedeniyle haksız fiil sorumluluğuna gidilebileceği bir gerçektir. Diğer yandan, veri işleme faaliyetinin verisi işlenen kişi ile veri sorumlusu olarak ifade ettiğimiz kişi arasında var olan bir sözleşmesel ilişkiye dayanması ihtimali de bulunmaktadır³¹. Hatta kişilik haklarından olduğunu kabul ettiğimiz bir kişisel verinin işlenmesi veri işleme faaliyetinde bulunan kişilerin kimi hallerde *culpa in contrahendo* sorumluluğu dahi gündeme gelebilir. Zira kişisel verilerin işlenmesi, genellikle bir sözleşmesel ilişkinin kurulmasından önce veya sözleşmesel ilişki çerçevesinde ve sözleşmenin kurulmasına veya sözleşmenin ifasına ilişkin olarak elde edilmesi ve kullanılması hallerinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, işverenin işçiye ait başvuru formu, özgeçmiş, iletişim bilgisi, diploma, sertifika, sağlık raporu gibi kişisel veri niteliğindeki bilgi ve belgeleri

³⁰ Doğan, 444. 5718 sayılı MÖHUK öncesi dönemde de kişisel değerlere yönelik saldırıların, hususen kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen saldırıların bir haksız fiil olarak vasıflandırılması gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz.: Özel (n 9) 82-83; Günseli Öztekin Gelgel, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, (Beta, 2006), 133-134. Buna göre, her ne kadar kişilik haklarının ihlali kişisel değerlerin korunması ile ilgili olsa da, bu meselenin tek taraflı olarak kişilik hakkı ihlal edilen kişinin kişisel statüsü dikkate alınarak söz konusu kişinin milli hukukuna göre çözülmesi yerinde olmayacaktır. Zira ister medya yoluyla isterse kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşsin, kişilik hakkının ihlaline ilişkin yabancı unsurlu bir davada iki taraf arasında bir menfaat çatışması vardır ve çatışan menfaatlerin denkleştirilmesi uyumsuzluğun bir haksız fiil olarak vasıflandırılmasını gerekli kılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Özel (n 9) 82.

³¹ Bkz. Taştan (n 14) 75ff.



edinmesi ve bunları iş ilişkisi kurulsun veya kurulmasın belirli şartlar dâhilinde saklaması mümkündür. Söz konusu verilerin işveren tarafından işçinin rızası olmaksızın üçüncü kişilerle paylaşılması verisi işlenen işçinin veya işçi adayının kişilik haklarına işveren tarafından saldırıda bulunması anlamına gelecektir. Böyle bir durumda iş ilişkisinin işçi yönünden sürdürülmesinin işçi bakımından çekilmez hale gelmesi, iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih nedeni sayılabilir³². Yine, bir kişi ile bir özel hastane arasında akdedilen tıbbi tedavi ve bakım sözleşmesi kapsamında hastane tarafından elde edilen hastanın sağlık durumuna ilişkin kimi bilgilerin hastanın rızası alınmaksızın reklam amacıyla umuma yayılması, hastanenin sözleşmeden kaynaklanan hastanın kişisel verileri koruma yükümlülüğüne aykırı olabilir. Bunların yanı sıra, bir gerçek kişinin ticari veya mesleki faaliyetlerini gerçekleştirmek amacıyla sözleşme akdetmesi de mümkündür. Örneğin, bir avukatın bürosunda kullanmak üzere mobilya siparişi vermesi veya mesleğini ifa ederken kullanmak üzere içtihat ve mevzuat bilgi bankalarına abone olması söz konusu olabilir. Bu tür sözleşmelerin gerek kurulabilmesi gerekse ifası amacıyla avukata ait kişisel veri niteliğindeki bilgilerin sözleşmenin karşı tarafınca kullanılması gerekecektir.

Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere, veri süjesi gerçek kişi ile veri sorumlusu arasında bir sözleşmenin kurulması veya ifasına ilişkin olarak elde edilen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde veri sorumlusunun sözleşmeye aykırı davrandığı ileri sürülebilir. Bu tür sözleşmesel ilişkilerin çeşitli maddi veya hukuki unsurları itibarıyla birden fazla hukuk düzeni ile irtibatı söz konusu olabilir. Yukarıda değindiğimiz örnekten yola çıkacak olursak, tıbbi tedavi sözleşmesinin tarafı olan gerçek kişi yabancı bir devletin vatandaşı olabilir. Haliyle, hastanenin yabancı gerçek kişiye ait sağlık verilerini kullanmasının hukuka aykırı olduğu, bunun aynı zamanda hastanenin yabancı unsurlu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğüyle bağdaşmadığı Türk mahkemelerinde tartışma konusu olabilir. Benzer bir durum, yabancı devlet vatandaşı işçinin kişisel verilerinin işveren tarafından iş ilişkisinden kaynaklanan kimi yükümlülüklerine (örneğin sır saklama yükümlülüğüne) aykırı bir şekilde kullanılması halinde de söz konusu olabilir. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ortaya çıktığı ileri sürülen kişilik haklarına aykırılık, aynı zamanda taraflar arasında var olan ve yabancılık unsuru içeren bir sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün ihlali anlamına gelebilir. Böyle bir durumda, kişisel verilerin sözleşmenin bir tarafınca, genellikle veri sorumlusu sıfatına sahip olan tarafça işlenmesinin taraflar arasındaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerle aykırılık teşkil edip etmediği, prensip olarak doğrudan Türk hukukuna göre karara bağlan(a)mayacaktır. Artık burada, yabancılık unsuru içeren bir sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan borca aykırılık söz konusu olduğundan, Türk mahkemeleri kişisel verilerin işlenmesi eyleminin sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediğini MÖHUK hükümleri uyarınca tespit edilecek ülke

³² Bkz. İlke Gürsel, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, (Adalet 2016), 420.

hukukuna göre karara bağlayacaktır. Aksi takdirde yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında Türk kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması gerektiğini öngören MÖHUK m.2(1) hükümlerine riayet edilmemiş olunacaktır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, sözleşmesel ilişki kapsamında elde edilen kişisel verilerin işlenmesi veya korunmaması, aynı zamanda hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil eden bir eylem niteliğinde olabilir³³. Dolayısıyla, burada kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ortaya çıktığı ileri sürülen bir maddi veya manevi zararın tazminine ilişkin davanın haksız fiil veya sözleşmelere ilişkin maddi hukuk kurallarından hangisine göre karara bağlanacağı sorunu ortaya çıkabilir. Türk maddi hukukunda bir eylemin hem mutlak bir hakkın ihlali nedeniyle haksız fiil hem de borca aykırı davranma nedeniyle sözleşmeye aykırılık teşkil edebileceği, böyle bir durumda haksız fiili sorumluluğu ile akdi sorumluluğun yarışma halinde olduğu ve birbirini dışlamadığı anlayışı hâkimdir³⁴. Böyle hallerde, söz konusu eylem nedeniyle zarar gören tarafın, tazminat alacağını ister haksız fiil isterse sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilecektir.

Türk maddi hukukunda benimsenen haksız fiilden kaynaklanan talepler ile sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan taleplerin yarışması meselesi, kanunlar ihtilafı hukukunda da bulunmaktadır³⁵. Buna göre, Türk milletlerarası özel hukukunda da zarar gören tarafın/davacının bu gibi durumlarda dilediği hükme dayanabileceğinin kabul edilmesi gerektiği, davacının yaptığı hukuki nitelendirmenin esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla, hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılık teşkil eden ve yabancılık unsuru içeren bir eylem nedeniyle açılan davada, davacı iddialarını sözleşmeye dayandırmışsa, uygulanacak hukuk sözleşmeden kaynaklanan borç ilişkilerine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Bu durumda, veri işleme faaliyetinin sözleşmeye aykırılık teşkil edip etmediği, bu bağlamda sözleşme kapsamında edinilen kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olup olmadığı meselesi, MÖHUK m.24-29'de yer alan kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili kılınan ülke hukukuna göre tabi olacaktır.

Davacının iddialarını haksız fiile dayandırması halinde, uygulanacak hukukun haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren kurallara göre belirleneceği kabul edilmektedir³⁶. Buna göre, kişisel verilerin işlenmesi eyleminin hem kişilik haklarına yönelik haksız fiil niteliğinde bir eylem olduğunu hem de veri işleme faaliyetinde bulunan kişinin sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu iddiasında olan taraf, davasını haksız fiil olarak nitelendirerek söz konusu eylemin/saldırının

³³ Taştan (n 14) 191; Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 192-193; Arslan (n 8) 147.

³⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Yetkin, 22.Bası, 2017), 1166ff; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Turhan 22.Bası 2018), 581-582.

³⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 341.

³⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 341-342; Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 198.

önlenmesini/tespitini veya uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir³⁷. Çalışmamızı kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik hakları ihlalleriyle sınırlandırdığımızdan, kişisel veriler sözleşme ilişkisi çerçevesinde işlensin veya işlenmesin, çalışmamızın bundan sonraki kısmında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiği gerekçesiyle ileri sürülen kişilik hakkı ihlallerine ilişkin yabancı unsurlu davalarda uygulanacak hukukun tespiti ele alınacaktır.

B. Uygulanacak Kanunlar İhtilafı Kuralının Tespiti ve Uygulama Alanı

Kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik haklarına yönelik saldırılar ile bu saldırılar nedeniyle ileri sürülen tazminat taleplerine uygulanacak hukuk MÖHUK m.35 uyarınca tayin edilecektir. Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren ve haksız fiil niteliğindeki eylemlerden kaynaklanan hukuki sorumluluk hakkında uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralları MÖHUK m.34 vd. hükümleriyle düzenlenmiştir. Haksız fiillerden doğan sorumluluğuna uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.34 hükmünün kimi haksız fiiller bakımından yetersiz kalabileceği düşüncesiyle MÖHUK m.35-38’de bazı haksız fiil türlerine ilişkin özel kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir³⁸. Bu özel kuralların kapsamına giren haksız fiillerde uygulanacak hukuk, ilgili özel kurallarda yer alan kanunlar ihtilafı kuralına göre tayin edilmek zorundadır. Özel kuralların kapsamına girmeyen haksız fiillerde uygulanacak hukuk ise, MÖHUK m.34 uyarınca belirlenecektir³⁹.

Özel kuralların kapsamına giren haksız fiil türlerinden biri de “kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk” başlıklı MÖHUK m.35 hükmüdür. Dolayısıyla, yabancılık unsuru içeren kişilik hakkı ihlallerinde uygulanacak hukuk MÖHUK m.35’e göre belirlenecektir⁴⁰. Bununla birlikte, kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk şeklinde bir başlığa sahip olsa da, söz konusu hükmün her türlü kişilik hakkı ihlalini kapsamadığı MÖHUK m.35’deki ifadeden açıkça anlaşılmaktadır. MÖHUK m.35(1)’de basın, radyo veya televizyon gibi medya yoluyla veya internet yahut diğer kitle iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleşen yabancı unsurlu kişilik hakkı ihlallerine, MÖHUK m.35(3)’de ise kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen yabancı unsurlu kişilik hakkı ihlallerine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. Dolayısıyla, kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenen kişinin veya veri sorumlusu gerçek veya tüzel kişinin yabancı devlet tabiiyetinde olduğu hallerde kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik hakkının ihlal edildiğine ilişkin uyuşmazlıklar, MÖHUK m.35(3) uyarınca yetkili kılınan hukuka göre karara bağlanacaktır.

³⁷ Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 198.

³⁸ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu (n 28) 465; Doğan (n 28) 443.

³⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 341; Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 207.

⁴⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 347.

MÖHUK m.35(3) hükmü kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleştiği ileri sürülen kişilik hakkı ihlalleri bakımından uygulama alanı bulacağından, hükmün kapsamına öncelikle hukuka aykırı olarak işlendiği ileri sürülen verinin bir kişisel veri mahiyetinde olup olmadığı meselesi girmektedir. Yine kişisel verilerin işlenmesi, yani veri işleme faaliyetinin kapsamına giren hususlar da bu hüküm kapsamındadır. Kişisel veri mahiyetindeki bilgilerin elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde yapılan her türlü işlem bu kapsamda mütalaa edilebilecektir⁴¹. Veri işleme faaliyetinin verileri işlenen kişinin (veri sujesinin) kişilik haklarına saldırı mahiyetinde olup olmadığı, bu bağlamda veri işleme faaliyetini haklı kılan herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığı, kişilik haklarının korunması amacıyla hangi davaların açılabilceği, kişilik haklarına yönelik bu tür saldırılar nedeniyle maddi veya manevi tazminat talep edilip edilmeyeceği, eğer edilebilecekse bunun koşulları ve sonuçlarının neler olduğuna ilişkin tüm hususlar hakkında MÖHUK m.35(3) uyarınca yetkili kılınan hukuk uygulanacaktır.

MÖHUK m.35(3) hükmünün uygulama alanı sadece kişisel verilerin işlenmesiyle ortaya çıktığı ileri sürülen kişilik hakkı ihlalleri ile sınırlı değildir. MÖHUK m.35(3) hükmünün, kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesinden doğan taleplere de uygulanacağı öngörülmüştür⁴². Gerçekten, kişisel verileri kaydedilen ve kanun gereği -belirli bir süreliğine- depolanan yabancı bir hastanın kendi sağlık durumu hakkında bilgilere erişmek ve/veya bunları kullanmak ya da yok edilmesini sağlamak amacıyla yapmış olduğu talebin ilgili yabancı sağlık kuruluşu tarafından herhangi bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın reddedilmesi söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde ilgili yabancı veya vatandaşın, kişisel verileri hakkında bilgi alma hakkının haksız yere sınırlandırıldığı gerekçesiyle açmış olduğu dava da MÖHUK m.35(3)'ün kapsamına girmektedir.

C. Uygulanacak Hukukun MÖHUK m.35(3) Uyarınca Tespiti

MÖHUK m.35(3)'te MÖHUK m.35(1)'in kişisel verilerin işlenmesiyle veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yoluyla kişiliğin ihlal edilmesinden doğan taleplere de uygulanacağı öngörülmüştür. Buna göre, kişilik haklarının bir şekilde ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü yabancı unsurlu davalarda

⁴¹ Benzer yönde bkz.: Sibel Özel, 'İmalâtçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk', Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2: *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, (Legal, 2010), 219, 229; Çelikel/Erdem (n 28) 454-455; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 349-350.

⁴² Çelikel/Erdem (n 28) 455; Özel (n 9) 229.

yetkili kılınan hukuk, MÖHUK m.35(3)'un atfı gereği MÖHUK m.35(1)'de yer alan bağlama kuralına göre belirlenecektir.

Bu noktada, MÖHUK m.35(1) hükmünün kapsamına sadece medya ve kitle iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinin girmesi karşısında, söz konusu hükmün sadece kişisel verilerin medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenmesi halinde ortaya çıkan kişilik hakkı ihlallerini mi kapsadığı tereddüdü yaşanabilir. Örneğin, merkezi Almanya'da bulunan ve uydu vasıtasıyla tüm Avrupa'da yayın yapan bir haber kanalı, işlenen/işlendiği ileri sürülen suçla herhangi bir ilişkisi olmamasına rağmen, Fransa'da yaşayan bir Türk vatandaşının fotoğrafını kullanarak onu sanık/süphemli veya mağdur olarak göstermiş olsun. Böyle bir durumda, ilgili Türk vatandaşının kişilik haklarına yönelik saldırı, hem bu kişiye ait kişisel veri niteliğindeki fotoğrafın kullanılmasıyla hem de kitle iletişim aracıyla gerçekleşmiş olacaktır. Bu örnekten yola çıkıldığında, kişilik hakkının ihlaline ilişkin böyle bir dava hem MÖHUK m.35(1)'in hem de MÖHUK m.35(3)'ün kapsamına girmektedir. Kanaatimizce, MÖHUK m.35(3) sadece kişisel verilerin medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerini değil, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen her türlü kişilik hakkı ihlallerini kapsamaktadır. Başka bir deyişle, MÖHUK m.35(3) hükmünün yapmış olduğu atıftan yola çıkarak, MÖHUK m.35(1)'in sadece kişisel verilerin medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenmesi halinde ortaya çıkan kişilik hakkı ihlallerini kapsadığı çıkarımında bulunamaz. Kaldı ki, medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenen kişisel verilerin kişilik haklarını ihlal edip etmediği meselesi bakımından zaten MÖHUK m.35(1) uygulanabilecektir. Bu bakımdan, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen ve kamuya açık ortamda gerçekleşmeyen yabancı unsurlu kişilik hakkı ihlalleri MÖHUK m.35(3)'ün kapsamına girmektedir. Bu nedenle, söz konusu ifade sadece kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen ve kamuya açık ortamda gerçekleşmeyen yabancı unsurlu kişilik haklarının ihlali davalarına uygulanacak hukukun, söz konusu fıkradaki bağlama kurallarına göre belirleneceğini ortaya koymaktadır.

Bunun doğal sonucu olarak, kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel verilerin işlenip işlenmediği hakkında bilgi edinme hakkının sınırlanması suretiyle ihlal edilmesi hallerinde uygulanacak hukuk MÖHUK m.35(1)'de yer alan bağlama noktalarına göre belirlenecektir. Bu ise, zarar görenin, yani kişisel verileri işlenen veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkı sınırlandırılan tarafın seçimine bağlı muhtelif bağlama noktalarına istinaden belirlenmiştir. Buna göre, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiği veya kişisel verileri hakkında bilgi alma hakkının hukuka aykırı olarak sınırlandırıldığı gerekçesiyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden taraf, a) kendi mutad meskeni hukukunun, b) zarar verenin işyeri hukukunun veya mutad meskeni hukukunun veya c) zararın meydana

geldiği ülke hukukunun uygulanmasını isteyebilir⁴³.

MÖHUK m.35(1)'de bu bağlama noktalarından zarar görenin mutad meskeni hukukunun ve zararın meydana geldiği ülke hukukunun –zarar görenin seçimine istinaden- uygulanabilmesi, zarar verenin zararın bu ülkede (zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu ülkede ve zararın meydana geldiği ülkede) meydana geldiğini bilecek durumda olması koşuluna bağlanmıştır. Dolayısıyla, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi edinme hakkının sınırlandırılması nedeniyle kişilik haklarını zedelediği ileri sürülen zarar veren taraf, zararın zarar görenin mutad meskeninde veya zararın meydana geldiği yerde meydana geleceğini bilecek durumda değilse, bu iki ülke hukuku uygulanmayacaktır. Böyle bir durumda, kişisel verilerin işlenmesinin bir kişilik hakkı ihlali teşkil edip etmediği, sadece zarar verenin işyerinin veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir.

Almanya'da yayın yapan haber kanalının Fransa'da yaşayan bir Türk vatandaşının fotoğrafını kullanması örneğinden hareket edecek olursak, zarar görenin mutad meskeni Fransa iken zarara yol açan eylem ise Almanya'da gerçekleşmiştir. Ayrıca, haberi yayınlayan kanalın (bağlı olduğu kişinin/şirketin) Almanya'da olması nedeniyle zarar verenin işyeri de Almanya'dır. Söz konusu kanalın uydu vasıtasıyla Türkiye'de de yayıncılık faaliyetinde bulunması halinde, söz konusu haberin kişinin tanındığı Türkiye'de yayınlanması nedeniyle de zararın Türkiye'de doğması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, zarar görenin mutad meskeni hukuku olan Fransız hukuku, zarar verenin işyeri olan Alman hukuku veya zararın meydana geldiği yerlerden biri olan Türk hukuku, kişisel verinin bu şekilde işlenmesi nedeniyle doğan kişilik hakkı ihlaline ilişkin davaya uygulanabilecektir. Ancak zarar görenin mutad meskeni hukuku olan Fransız hukuku ile zararın meydana geldiği yerlerden biri olan Türk hukukunun uygulanabilmesi, zarar veren haber kanalının zararın bu iki ülkede gerçekleşebileceğini bilecek durumda olması şartına bağlanmıştır. Böylece, zararın meydana gelebileceğinin fail tarafından öngörülebilir olması şartı ile faili koruyucu bir düzenleme getirilmiştir⁴⁴.

MÖHUK m.35(3)'ün atıfta bulunduğu MÖHUK m.35(1)'de zarar görene dört faklı bağlama noktasını seçimlik olarak sunuyormuş gibi görünmektedir. Ancak, burada zarar gören tarafa sunulan seçimlik bağlama noktasının sayısının üç olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Zira MÖHUK m.35(1)(a)'da yer alan zarar görenin mutad meskeni hukukunun uygulanması, zarar verenin zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda olması şartına bağlandığından, zarar görenin mutad meskeni aynı zamanda zararın meydana geldiği yer olacaktır. Oysa zararın meydana geldiği yer MÖHUK m.35(1)(c)'de ayrı bir bağlama noktası olarak yer almaktadır.

⁴³ Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 215-216.

⁴⁴ Çelikel/Erdem (n 28) 455-456; Özel (n 9) 227; Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 216.

⁴⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 349.

Bu itibarla, MÖHUK m.35(1)(a) ve (c)'de aslında aynı bağlama noktasına tekraren yer verilmiştir⁴⁶. Yine yukarıdaki örnekten hareket edecek olursak, haberin tüm Avrupa'da yayınlanmış olması nedeniyle, zarar aynı zamanda Türk vatandaşının mutad meskeninin bulunduğu Fransa'da da gerçekleşmiş olacaktır. Haliyle, MÖHUK m.35(1)(c)'de yer alan zararın meydana geldiği ülke ile zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu ülke birbiriyle örtüşmüş olacaktır.

D. Uygulanacak Hukukun Taraflarca Belirlenmesinin Mümkün Olup Olmadığı

Kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle veya kişisel veriler hakkında bilgi edinme hakkının sınırlandırılması nedeniyle ihlal edilmesi halinde yetkili yabancı hukukun ne şekilde tespit edileceğini düzenleyen MÖHUK m.35 hükmüyle, zarar görene seçeneklerden birini tercih esasına dayalı bir hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Ancak, burada kişilik hakkı ihlal edilen zarar görene tanınan bu seçim, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde taraflara tanınan ve âkit tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması ile oluşan bir hukuk seçimi değildir. Dolayısıyla, burada akla kişilik hakkının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ihlal edildiğini ileri süren taraf ile kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlediği ileri sürülen, yani zarar veren tarafın uygulanacak hukuku seçme imkânına sahip olup olmadıkları sorusu gelmektedir.

Haksız fiillere ilişkin genel hüküm mahiyetindeki MÖHUK m.34'te haksız fiilin mağduru ile faile sınırlı bir hukuk seçiminde bulunma imkânı tanınmıştır. Buna göre, MÖHUK m.34(5)'de tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açıkça seçebileceği öngörülmüştür. Yukarıda da değindiğimiz üzere, çeşitli haksız fiil türlerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanmak üzere özel kanunlar ihtilafı kuralları öngörülerek, bu kuralların kapsamına giren haksız fiillerde uygulanacak hukukun ilgili özel kuralda yer verilen kanunlar ihtilafı kuralına göre tayin edileceği kabul edilmektedir. MÖHUK m.34'ün ise, özel kuralların kapsamına girmeyen haksız fiiller bakımından uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Ne MÖHUK m.35'te ne de diğer özel hükümlerde taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuk seçme imkânı konusunda yasal bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Bu bakımdan, kişilik haklarına yönelik haksız fiilden doğan davalar bakımından taraflara, kişilik hakkının ihlali-ne yol açtığı ileri sürülen eylemin gerçekleşmesinden sonra bir hukuk seçiminde bulunma imkânı tanınmadığını söylemek mümkündür.

Hukuk seçimi konusunda MÖHUK birden fazla hüküm ihtiva etmektedir ve MÖHUK m.24'de yer alan genel kanunlar ihtilafı kuralının, hukuk seçimi konusundaki temel prensipleri de ortaya koyduğu ifade edilmektedir. Bu prensiplerin, MÖHUK'un diğer hükümlerinde aksi belirtilmedikçe, her türlü sözleşme için ve

⁴⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 349; Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 217.

hatta hukuk seçimi imkânının tanındığı haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme ilişkileri için de geçerli olacağı belirtilmektedir⁴⁷. MÖHUK m.26-29 arasında yer alan kanunlar ihtilafı kurallarında bazı özel akit türleri bakımından tarafların hukuk seçimi yapmak suretiyle yetkili hukuku belirleyebilecekleri öngörülmüştür. Böyle bir seçimin MÖHUK m.24'ün çizdiği sınırlar çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Benzer bir paralelliğin haksız fiillere ilişkin genel hüküm mahiyetindeki MÖHUK m.34 ile özel haksız fiil türlerinin yer aldığı MÖHUK m.35-39 bakımından var olduğundan söz edilemez. Zira MÖHUK m.35'te taraflara hukuk seçiminde bulunabileceklerine dair herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Madde gerekçesine bakıldığında ise sadece kişilik hakkı ihlal edilen tarafa maddede yer alan alternatiflerden birini tercih esasına dayalı, sınırlı bir hukuk seçiminden söz edilse de, burada MÖHUK m.24 ve m.34 anlamında bir hukuk seçimine yer verilmediği görülmektedir⁴⁸. MÖHUK m.35'in mehzasını oluşturan İsviçre MÖHK m.139'da da hukuk seçimine -sınırlı dahi olsa- yer verilmemiştir. Dahası, burada haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkilerinde benimsenen zarar göreni koruma düşüncesinin bir yansıması olarak, kanun koyucu MÖHUK m.35'de bir taraftan hukuk seçimi imkânını sadece zarar gören tarafa tanımıştır. Diğer yandan, medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla birden fazla ülkede gerçekleşebilecek bu tür ihlallere karşı zarar verenin menfaatlerini de gözeterek, zarar verenin hukuk seçimi imkânını zarar verenin öngörebilmesi kaydıyla sınırlamıştır. Bu gerekçeler dikkate alındığında, MÖHUK m.34(5)'le haksız fiillerde sınırlı hukuk seçimine izin veren kanun koyucunun MÖHUK m.35 (ve diğer özel haksız fiil türleri bakımından) böyle bir düzenleme öngörmemesi, bilinçli bir susma olarak nitelendirilebilir.

Diğer taraftan, her iki tarafın dilekçelerinde iddia ve savunmalarını münferit bir ülke hukukuna dayanarak beyan etmiş olmaları veya tarafların mahkmeden Türk hukukunun uygulanmasını talep etmeleri halinde gerçekleşmiş olduğu ileri sürülen⁴⁹ zımnî hukuk seçiminin kişilik hakkının ihlaline ilişkin yabancı unsurlu davalar bakımından söz konusu olup olmayacağı tereddüdü hâsıl olabilir. MÖHUK m.35(1)'de açıkça zarar görenin seçimine atıf yapıldığı ve söz konusu bağlama noktalarına göre yetkili hukuklardan birinin uygulanması gerektiği görülmektedir. Kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakkı ihlal edilen taraf, somut olayın özelliklerine göre MÖHUK m.35(1)'de yer alan dört adet bağlama noktasına göre yetkili kılınan ülke hukuklarından herhangi birini seçebilir. Haliyle bu taraf, kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasını seçmiş olduğu hukukun maddi hukuk kurallarına dayandırabilir. Bu durumda zarar veren taraf, cevap dilekçesinde ya zarar gören tarafın seçmiş olduğu hukukun MÖHUK m.35(1)'de yer alan bağlama noktalarının göstermiş olduğu ülke hukuklarından biri olmadığını iddia ve ispat edecektir ya da zarar gören tarafın iddialarını dayandırmış olduğu ülke hukukunun maddi hukuk

⁴⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 289.

⁴⁸ Çelikel/Erdem (n 28) 456.

⁴⁹ Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 291; Nomer (n 28) 325.



kurallarına göre kişisel verilerin işlenmesi eyleminin kişilik haklarının ihlaline yol açmadığını ileri sürecektir. Zarar veren tarafın iddia ve savunmalarını zarar görenin seçmiş olduğu ülke hukukuna dayandırdığı bu ikinci durumda taraflar arasında zımni bir hukuk seçiminden söz edilemez. Zira zımni hukuk seçiminde uyumsuzluğa uygulanacak hukukun tayini konusunda her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin varlığı temel şarttır⁵⁰. Burada ise, MÖHUK m.35(1)'de zımni de olsa hukuk seçimine zaten izin verilmemiştir. Ayrıca, taraflar iddialarını münferit bir hukuk düzenine dayandırmış olsalar dahi Türk mahkemesi MÖHUK m.2(1)'in emri gereği MÖHUK m.35(1) hükmünü uygulamak ve tarafların iddialarını dayandırdıkları hukukun MÖHUK m.35(1)'deki bağlama noktalarının gösterdiği hukuklardan biri olup olmadığını re'sen araştırmak durumundadır.

E. İhlalin Kitle İletişim Araçları Vasıtasıyla Gerçekleşmesi Halinde Cevap Hakkına Uygulanacak Hukuk

Yukarıda da değindiğimiz üzere, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla da gerçekleşebilir. Dolayısıyla, ister medya veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla kamuya açık bir ortamda gerçekleşmiş olsun, isterse bu şekilde gerçekleşmemiş olsun, uygulanacak hukuk MÖHUK m.35(1)'de yer alan bağlama noktalarına göre belirlenecektir. Diğer taraftan, kişisel verilerin medya veya kitle iletişim araçları gibi kamuya açık bir ortamda işlendiği hallerde, kişilik hakkı ihlallerinde cevap hakkı özel bir öneme sahiptir⁵¹. Bu bakımdan, kişisel verilerin medya ve veya kitle iletişim araçları vasıtasıyla hukuka aykırı olarak işlendiğini ileri süren zarar gören taraf, aynı zamanda Türk hukukunda anayasal bir hak olan cevap ve düzeltme hakkını kullanmak isteyebilir. Türk kanunlar ihtilafı hukukunda da bu önemine binaen kişilik hakkı ihlallerinden doğan cevap hakkı konusunda özel bir hükme yer verilmiştir.

MÖHUK m.35(2) uyarınca kişilik haklarının ihlali sebebiyle doğan cevap hakkı konusunda süreli yayınlarda münhasıran baskının yapıldığı veya (radyo veya televizyon programlarında) programın yapıldığı ülke hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla yukarıda vermiş olduğumuz örnekten hareket edecek olursak, mutad meskeni Fransa'da bulunan Türk vatandaşı, Almanya'daki haber kanalına karşı kişisel verilerinin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik haklarına yönelik haksız saldırının tespitini/önlenmesini isterken, aynı zamanda aleyhine yapılan haberin düzeltilmesini de talep edebilecektir. Bu durumda, zarar gören tarafın cevap hakkına sahip olup olmadığı ile cevap ve düzeltme hakkının ne şekilde kullanabilece-

⁵⁰ İlyas Arslan, '5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi', Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, (2013)33(2), 1, 14.

⁵¹ Cevap ve düzeltme hakkı, basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasını önleme amacıyla ilgili kişi ve kuruluşlara aynı araçlardan yararlanarak, düşüncelerini açıklama, kendilerini savunma ve yanlış açıklamalarını düzeltme hakkı tanıyan bir haktır. Bkz. Özel (n 9) 227.

ğine ilişkin meseleler hakkında, münhasıran programın yayınlandığı ülke hukuku, yani Alman hukuku karar verecektir. Burada programın yayınlandığı veya baskının yapıldığı ülkenin cevap hakkı bakımından yetkili kılınmasının temel sebebi, kişisel verisi hukuka aykırı olarak işlenen kişinin kendisi hakkında yapılan açıklamaya aynı araçlar vasıtasıyla cevap verebilmesini sağlamaktır⁵².

MÖHUK m.35(2), sadece medya veya basın yoluyla yapılan kişilik hakkı ihlallerinde mağdura tanınan cevap hakkına uygulanacak hukuku düzenliyor gibi görünse de, hüküm internet dâhil bütün kitle iletişim araçları ile gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla, kişisel veri niteliğindeki kimi bilgilerin yukarıdaki araçlardan herhangi biri vasıtasıyla hukuka aykırı olarak kullanılması halinde de cevap hakkı bakımından MÖHUK m.35(2) uygulama alanı bulacaktır⁵³.

Diğer yandan, MÖHUK m.35(3) ile MÖHUK m.35(2) arasındaki farka da değinmek gerekir. MÖHUK m.35(2) hükmü sadece cevap hakkı için geçerli bir hükümdür. Cevap hakkının doğumu için temel şart olan kişilik haklarına yönelik bir ihlalin mevcut olup olmadığı, hususen kişisel verilerin kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenmesinin ihlal niteliğinde olup olmadığı, MÖHUK m.35(3) uyarınca belirlenecektir⁵⁴. Buna göre, kişisel verilerin bu şekilde işlenmesiyle gerçekleşen saldırının tespiti ve önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat davasının yanı sıra cevap hakkını kullanmak da isteyebilir. Bu durumda, öncelikle MÖHUK m.35(1)'de yer alan bağlama noktaları uyarınca yetkili kılınan hukuklardan -davacının seçimine göre- biri uyarınca kişisel verilerin işlenmesinin kişilik haklarının ihlaline yol açıp açmadığı tespit edilecektir. Eğer kişilik hakkının ihlal edildiği sonucuna varılırsa zarar görenin cevap hakkına sahip olup olmadığı ile bunun ne şekilde kullanılabilceği meselesi, MÖHUK m.35(2) uyarınca tespit edilen hukuka göre çözümlenecektir.

F. MÖHUK m.35(3) ve MÖHUK m.35(2) Uyarınca Yetkili Kılınan Yabancı Hukukun Uygulanmasını Engelleyen Hâller

1. Kamu Düzeni Müdahalesi

MÖHUK m.2(1)'de Türk mahkemelerinin yabancılik unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarında Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuku re'sen uygulaması gerektiği öngörülmektedir. Bu hüküm uyarınca, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle açılan bir davada Türk mahkemesi öncelikle uyuşmazlığın yabancılik unsuru ihtiva edip etmediğini tespit edecek, eğer ihtiva etmekte ise ilgili kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m.35(3)'ü tatbik edecek ve uygulanacak hukuk

⁵² Özel (n 9) 228.

⁵³ Çelikel/Erdem (n 28) 456; Özel (n 9) 228.

⁵⁴ Nomer (n 28) 370.

ku tespit edecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, zarar görene MÖHUK m.35(1)'de yer alan bağlama noktalarına istinaden uygulanacak hukuku tayin etme yetkisi tanınmıştır. Söz konusu seçimin MÖHUK m.35(1)'e uygun olup olmadığını MÖHUK m.2(1) gereği araştırmak durumunda olan Türk mahkemesi, zarar görenin seçimine bağlı olarak davaya ya Türk hukukunu ya da yabancı bir ülke hukukunu uygulamak durumunda kalacaktır. Davaya Türk hukukunun maddi hukuk kurallarının uygulanması halinde, esasen herhangi bir problem ortaya çıkmamaktadır. Zira mahkeme artık burada dava tamamen yerel karakterli bir dava imiş gibi, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakkının ihlal edilip edilmediği, kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan herhangi bir sebebin olup olmadığı, tazminat talep edilmesi halinde bunun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği gibi hususları, Türk hukukuna göre karara bağlayacaktır. Hakim bu konuda başta özel kanun niteliğinde olan KVKK olmak üzere Türk maddi hukuk kurallarını (Medeni Kanun, Borçlar Kanunu vs.) uygulayacaktır.

Kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleştiği ileri sürülen kişilik hakkının ihlaline ilişkin davaya yabancı hukukun uygulanması gerektiği sonucuna varılması halinde, bu hukukun davaya tatbik edilmesi asıldır. Bununla birlikte, yetkili yabancı hukukun davaya tatbik edilmesi mutlak değildir. Zira Türk hukukunda yabancı hukukun uygulanması, Türk kamu düzenine aykırı olmaması şartına bağlanmıştır⁵⁵. Uygulanacak yabancı hukukun somut uyuşmazlığa ilişkin hükmünün uygulanması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecek ise, bu hükmün uygulanmasına engel olunabilir, gerekli görüldüğü takdirde Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m.5). Burada esas alınacak husus, yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçtur. Yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuç, Türk adap ve ahlak anlayışı, Türk hukukunun temel prensipleri ve temel hak ve özgürlüklerle tahammül edilemez bir şekilde bağdaşmamakta ise, yani kamu düzenini aşikâr bir şekilde ihlal etmekte ise, yabancı hukukun tatbikinden vazgeçilecektir⁵⁶. Mesela, bir üst düzey İŞİD militanı hakkında yapılan bir haberde fotoğrafı kullanılan, yani kişisel verileri medya yoluyla işlenen bir Türk vatandaşının söz konusu eylem nedeniyle açmış olduğu davada MÖHUK m.35(3) uyarınca yetkili kılınan yabancı hukuka göre kişilik hakkının ihlal edildiği tespit edilmiş olsun. Zarar gören taraf, aynı zamanda zarar veren yayıncı kuruluştan haberin düzeltilmesini talep etmiş olsun. MÖHUK m.35(2) uyarınca programın yapıldığı yabancı ülke hukukunca, kişilik hakkının ihlaline neden olan eylem hakkında cevap ve düzeltme hakkını sadece kendi vatandaşlarına tanımış olsun. MÖHUK m.35(2) uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasını vatandaş-yabancı şeklinde bir ayrıma tabi tutması, Türk hukukunda benimsenen temel bir ilke olan eşitlik ilkesine aykırı olarak nitelendirilebilir ve yabancı hukukun kamu düzeniyle açıkça bağdaşmayan bir sonuca yol açan ilgili hükmü Türk

⁵⁵ Bkz.: Çelikel/Erdem (n 28) 139ff; Nomer (n 28) 161ff; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 75ff.

⁵⁶ Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 200.

mahkemesince uygulanmayabilir.

2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

MÖHUK m.35 uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen bir diğer durum da Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralların kapsamına giren bir hâlin varlığıdır. Doğrudan uygulanan kurallar, devletin organizasyonunu tanzim etmek veya mali, ekonomik, sosyal veya kültürel politikalarını gerçekleştirmek üzere çıkarılmakta olup, hukuki işlem veya ihtilafın niteliğine bakılmaksızın doğrudan uygulama alanı bulmaktadır⁵⁷. Kamu menfaatini koruma amacını taşıyan bu kurallar, uyuşmazlık yabancılık unsuru ihtiva etsin veya etmesin, ülkeyle irtibatlı her türlü uyuşmazlığa uygulanmaktadır⁵⁸.

5718 sayılı MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kurallar hakkında üç ayrı düzenlemeye yer verilmiştir. Bunlardan MÖHUK m.31'de yer alan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları, sadece sözleşmelerden kaynaklanan borç ilişkileri bakımından uygulama alanı bulmakta iken⁵⁹, MÖHUK m.6'da yer alan Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallar, MÖHUK m.35(3) ve m.35(2) uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilir. Buna göre, yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural doğrudan uygulanacaktır. Dolayısıyla ilgili mesele hakkında hangi ülke hukuku uygulanacak olursa olsun, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının devreye girdiği hallerde, ilgili meselenin tabi olduğu hukuk uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kural mahiyetinde bir kural söz konusu ise, MÖHUK m.35(3) ve m.35(2) uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun ilgili maddi hukuk kuralı değil, doğrudan ilgili doğrudan uygulanan kural devreye girecektir.

Şüphesiz, bu noktada akla Türk hukukundaki kişisel verilerin işlenmesine ve/veya korunmasına ilişkin kurallardan hangilerinin doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu sorusu gelmektedir. Bu noktada, kişisel verilerle her kuralı doğrudan kural olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Burada, kişisel verilere ilişkin bir kural doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığını tespiti, yabancı unsurlu davada uygulanacak hukuk kurallarını değiştirdiği için son derece önem arz etmektedir ve bu sebeple ilgili kuralın amacına, konuluş sebebine bakarak ha-

⁵⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 332; Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, (GSÜ Yayınları 2001), 8; Mustafa Erkan, 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış', GÜHFD, (2011)15(2), 81, 84.

⁵⁸ Özdemir Kocasakal (n 57) 8; Erkan (n 57) 84.

⁵⁹ Türk hukukunun (lex forinin) doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin MÖHUK m.6 hükmü, her türlü işlem ve ilişki hakkında uygulama alanı bulacak genel bir hüküm iken, MÖHUK m. 31 hükmü sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında uygulama alanı bulmaktadır. Bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 333.



reket edilmelidir⁶⁰. Kanaatimizce, KVKK ile diğer düzenlemelerde yer alan bazı kurallar, her türlü hukuki işlem ve ilişki bakımından Türk mahkemelerince dikkate alınması gereken doğrudan kural olarak nitelendirilebilir. Örneğin, özel nitelikli kişisel veriler ile bu verilerin işlenmesi şartlarına ilişkin KVKK m.6 hükmünün bir doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, işlenen (kullanılan, depolanan, paylaşılan) gerçek kişiye ait kişisel veri, yetkili yabancı hukukta özel nitelikli veri olarak nitelendirmese, hatta bir veri olarak nitelendirilmese dahi, Türk mahkemelerinin bu veriyi bir kişisel veri olarak nitelendirmesi, verinin kişilik hakkını ihlal ettiği ileri sürülen tarafça KVKK m.6'ya uygun olarak işlenip işlenmediğini araştırması gerekecektir.

Yine, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasını ve bunun için gerekli koşulları düzenleyen KVKK m.9 hükmü de doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilir. Bu itibarla, elde ettiği kişisel verileri yurt dışına aktarmak isteyen bir yabancı veya Türk vatandaşı ya da şirketi (veri sorumlusu), uygulanacak hukuk hangi ülke hukuku olursa olsun, KVKK m.9'da yer alan koşullara uygun olarak hareket etmelidir. Aksi takdirde, yetkili yabancı hukukta kişisel verilerin işlenmesi (veri aktarımı) kişilik haklarına veya taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı bir davranış olarak nitelendirilmese dahi, Türk mahkemesi veri aktarımının KVKK m.9'daki koşullara uygun yapıp yapılmadığını inceleyebilir ve şirketin sözleşmeye aykırı hareket ettiğine hükmedebilir. Başka bir örnek olarak, 2019/12 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesi⁶¹ verilebilir. Bu genelge ile bilgilerin dijital ortamlara taşınması, dijital altyapıların ve bilgi yönetim sistemlerinin yaygın olarak kullanılması nedeniyle doğabilecek güvenlik risklerini azaltmak amacıyla bilgi ve iletişim güvenliği için tedbirler alınmıştır. Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarından biri olarak nitelendirilebileceği belirtilen⁶² bu genelgenin ilk maddesinde, nüfus, sağlık ve iletişim kayıt bilgileri ile genetik ve biyometrik bilgilerin yurt içinde depolanacağı düzenlenmiş, kamu kurum ve kuruluşlarının yurt dışındaki sunucularda veri depolaması yasaklanmıştır. Dolayısıyla, Türk mahkemeleri, MÖHUK m.35 hükmü uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun bu tür kişisel verilerin yabancı ülkelerde depolanmasını mümkün kılan hükümlerinden önce Genelge hükümlerini dikkate alacaktır.

IV. KİŞİSEL VERİLERİNİŞLENMESİ SURETİYLE GERÇEKLEŞEN KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

A. Uygulanacak Milletlerarası Yetki Kuralının Tespiti

⁶⁰ Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 203-204.

⁶¹ RG: 6.7.2019-30823.

⁶² M. Ece Uyanık, 'Bulut Depolama Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk', Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, Ed. Sibel Özel/Hatice Selin Pürselim Arning, (On İki Levha 2020) 526.

Türk hukukunda kişisel verilerin işlenmesinin kişilik haklarına yönelik bir haksız fiil olarak nitelendirilmesi, uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının tespitinde olduğu gibi, bu tür uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası yetkiye sahip Türk mahkemelerinin hangilerinin olduğu veya davanın açıldığı yer mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığının tespitinde de belirleyici olacaktır. Zira bu tür uyuşmazlıklarda da davanın açıldığı mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı, yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden temel hükümler olan MÖHUK m.40-46 uyarınca belirlenecektir⁶³. Bunlardan “genel milletlerarası yetki kuralı” mahiyetindeki MÖHUK m.40 hükmünün uygulanabilmesi için, uyuşmazlığın MÖHUK m.41-46’da yer alan “özel milletlerarası yetki kurallarının” kapsamına girmeyen bir uyuşmazlık olması gerekmektedir⁶⁴. Aralarında tüketici, iş ve sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden MÖHUK m.44-46 hükümlerinin de olduğu özel milletlerarası yetki kurallarının kapsamına giren bir uyuşmazlık varsa, artık MÖHUK m.40’da yer alan genel kurala gidilemeyecektir⁶⁵.

Yukarıda zikrettiğimiz MÖHUK’taki genel ve özel milletlerarası yetki kurallarından hangisinin kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ortaya çıktığı ileri sürülen yabancı unsurlu bir özel hukuk uyuşmazlığı bakımından uygulama alanı bulacağı, büyük ölçüde davacının iddiasını davalı ile aralarındaki bir sözleşmeye veya haksız fiile dayandırmasına bağlı olarak değişebilecektir. Kısacası, bir önceki başlık altında bahsettiğimiz üzere, taleplerin yarışması müessesesi varlığını kısmen de olsa milletlerarası yetkili mahkemenin tespitinde de hissettirmektedir. Bu itibarla, kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlendiğini ileri süren taraf, iddiasını haksız

⁶³ Yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 409-410; Çelikel/ Erdem (n 28) 560; Doğan (n 28) 60ff.

⁶⁴ Doktrinde Türk milletlerarası yetki sistemi tarif edilirken MÖHUK m.40 hükmü, genel yetki kuralı olarak nitelendirilmekte, MÖHUK m.41-46 hükümlerinin her biri özel yetki kuralı olarak nitelendirilmektedir. Bu ayrım, yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklara ilişkin (yer itibarıyla) yetki kuralları bakımından geçerli olan “genel yetki kuralı-özel yetki kuralı” ayrımından tamamen farklıdır. Zira yerel karakterli davalar bakımından, bir kesim yetki kuralı söz konusu olmadıkça, HMK ve sair kanunlardaki özel yetki kuralları HMK m.6’daki genel yetkiyi ortadan kaldırmamakta iken, MÖHUK’ta yer alan özel yetki kurallarının kapsamına giren bir uyuşmazlık söz konusu ise genel yetki kuralı olarak nitelendirilen MÖHUK’taki genel yetki kuralına bakılmaz. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 411-412. Bununla birlikte, Türk milletlerarası yetki sisteminde yer alan genel yetki kuralı ve özel yetki kuralları, yerel karakterli davalara ilişkin genel yetki-özel yetki kurallarından farklı olarak, aynı zamanda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını tespit etmek gibi bir fonksiyon da görmektedir. Dolayısıyla, bu çalışmada MÖHUK’taki “genel yetki kuralı-özel yetki kuralı” ile HMK’daki “genel yetki kuralı-özel yetki kuralı” ifadeleri arasındaki farkı daha net bir biçimde ortaya koyduğu düşüncesiyle doktrinde yapılan ayırmadan (Bkz. Doğan, 61) hareketle MÖHUK m.40 hükmü için “genel milletlerarası yetki kuralı”, MÖHUK m.41-46’daki hükümler için “özel milletlerarası yetki kuralı” ifadesi tercih edilmiştir.

⁶⁵ Çelikel/Erdem (n 28) 561; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 410.



fiil hükümlerine dayandırabileceği gibi sözleşmeye de dayandırabilir. Türk maddi hukukunda benimsenen bu yaklaşım ile Türk milletlerarası yetki sisteminde benimsenen genel yetki-özel yetki kuralı ayırımının doğal sonucu olarak, bir gerçek kişi, kişisel verilerinin bir tüketici veya iş sözleşmesi kapsamında hukuka aykırı olarak işlendiğini ve bu işlemenin sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürebilir. Artık bu durumda, davanın açıldığı mahkeme MÖHUK m.44-46'daki özel milletlerarası yetki kuralları uyarınca yetkili olup olmadığı tespit edecektir. Özel yetki kurallarının kapsamına girmeyen (tüketici, iş veya sigorta sözleşmesi niteliğinde olmayan) bir sözleşmeye aykırılık iddiası bakımından ise, yetkili Türk mahkemesi MÖHUK m.40 uyarınca iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenecektir⁶⁶.

Diğer taraftan, taraflar arasında ister bir sözleşme ilişkisi olsun isterse olmasın, kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlendiğini veya korunmadığını düşünen gerçek kişi, bu eylemin kişilik haklarına yönelik bir haksız fiil olarak nitelendirebilir. Böylece, kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenen gerçek kişi, işlemenin kişilik haklarına aykırı olduğunu ileri sürebilir. Bu durumda, kişilik haklarının bu şekilde ihlal edildiğine yönelik davalar bakımından milletlerarası yetkili mahkemenin tespiti bakımından, MÖHUK m.41-46'da özel bir milletlerarası yetki kuralının bulunup bulunmadığına bakmak gerekecektir. Kişilik haklarının ihlalden doğan yabancı unsurlu davalar bakımından özel bir milletlerarası yetki kuralına ne mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta⁶⁷ ne de 5718 sayılı MÖHUK'ta yer verilmemiştir⁶⁸. Bu itibarla, bu tür davalar bakımından MÖHUK m.40 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, kişilik haklarının kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi suretiyle ihlal edildiğine yönelik iddialar bakımından yer itibariyle ve dolayısıyla milletlerarası yetkili Türk mahkemesinin bulunup bulunmadığı, MÖHUK m.40'ın atıfta bulunduğu iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenecektir. Çalışmamızı kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik hakları ihlalleriyle sınırlandırdığımızdan, çalışmamızın bundan sonraki kısmında, MÖHUK m.40 uyarınca kişilik haklarının ihlaline ilişkin yabancı unsurlu bu tür davalarda milletlerarası yetkili mahkemelerinin Türkiye'deki hangi yer mahkemeleri olabileceğini tespit edeceğiz.

B. Genel Milletlerarası Yetki Kuralı Uyarınca Yer İtibariyle Yetkili Türk Mahkemesinin Tespiti

1. Genel Milletlerarası Yetki Kuralının Atıf Yaptığı İç Hukuktaki Yer İtibariyle Yetki Kuralları Arasındaki İlişki

⁶⁶ Örneğin, sponsor tarafından sponsorluk sözleşmesi kapsamında elde edilen bir profesyonel sporcuya ait kişisel verilerin sözleşmeye aykırı olarak kullanılması veya korunmaması nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta yetkili Türk mahkemesi, MÖHUK m.40'ın atfı gereği HMK'da yer alan genel ve özel yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenecektir.

⁶⁷ RG: 17.5.1982-17701.

⁶⁸ Özel (n 9) 138.

Kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine ilişkin yabancı unsurlu davalar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin MÖHUK m.40'da yer alan genel milletlerarası yetki kuralı uyarınca belirleneceğini ifade etmiştik. MÖHUK m.40 ile yabancılık unsuru taşıyan ve özel milletlerarası yetki kurallarının kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralına bağlanmıştır⁶⁹. Buna göre, yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta Türkiye'de yer itibarıyla yetkili bir mahkeme(ler) mevcut ise, söz konusu mahkeme(ler)in o uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkisinin de mevcut olduğu kabul edilmektedir. Böylece, MÖHUK m.40 hükmü ile Kanun Koyucu, özel milletlerarası yetki kurallarının kapsamına girmeyen uyuşmazlıklar bakımından iç hukukumuzda yer alan yer itibarıyla yetki kurallarına aynı zamanda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirme görevi de vermiş bulunmaktadır⁷⁰. MÖHUK m.40, iç hukuktaki yer itibarıyla yetki kurallarına atıf yaptığından, kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ihlaline ilişkin davalar bakımından Türkiye'de milletlerarası yetkili bir mahkemenin var olup olmadığı veya hangi yer mahkemesinin veya mahkemelerinin yetkili olduğu HMK ve sair kanunlardaki yer itibarıyla yetki kurallarına göre tespit edilecektir.

Usul hukukumuzda yer itibarıyla yetkiye ilişkin genel kural olan HMK m.5'te hukuk mahkemelerinin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, HMK hükümlerine tabi kılınmıştır. HMK'da ise, yetki kurallarının genel yetki kuralı ve özel yetki kuralları olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir. HMK'da öngörülen yetki sistemi uyarınca, kesin yetki kuralları istisna tutulursa⁷¹, bütün davalar için uygulanan yetki kuralına genel yetki kuralı ve bu mahkemeye de genel yetkili mahkeme denmektedir⁷². Buna göre, genel yetki kuralı uyarınca genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Genel yetki kuralının dışında, bazı davalar için başka yer mahkemeleri de yetkili kılınmıştır ve söz konusu davalar veya dava çeşitleri için kabul edilen yetki kurallarına özel yetki kuralları denmektedir⁷³. Başta HMK'da olmak üzere, MK, BK ve diğer kanunlarda yer alan ve kesin yetki kuralı niteliğinde olmayan yetki kuralları bu niteliktedir. Bu bağlamda özel yetki kurallarına örnek olarak, aşağıda sıkça

⁶⁹ Çelikel/Erdem (n 28) 560; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 414.

⁷⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 414.

⁷¹ HMK'da bazı hallerde kesin yetki kuralları öngörülmüştür ve kesin yetki kurallarının kapsamına giren davalarda, dava sadece kanunda gösterilen mahkeme ve mahkemelerde görülebilir, başka yerde açılmaz. Bkz. Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.1, (Demir Demir, 2006), 384; Ejder Yılmaz, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Yetkin, 2012, 95; Abdurrahim Karşlı, *Medeni Usul Hukuku*, (Alternatif 3.Baskı,2012), 282; Mine Akkan, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, C.I, (15th Edn On İki Levha 2017), 293.

⁷² Kuru (n 71) 431-432; Yılmaz (n 71) 108; Karşlı (n 71) 264; Akkan (n 71) 268-269; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, *Medeni Usul Hukuku*, (Yetkin, 2016), 203.

⁷³ Kuru (n 71) 381-382; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz (n 72) 104.



değineceğimiz haksız fiillerden kaynaklanan davalarda yetkili mahkemeyi gösteren HMK m.16 hükmünü verebiliriz. Yine, kişilik haklarının korunmasına yönelik davalar bakımından yer itibariyle yetkili mahkemeyi gösteren MK m.25(5) hükmü de özel yetki kuralı niteliğindedir.

Özel yetki kuralı, genel yetki kuralını kaldırmamaktadır ve davacı davasını ister genel yetkili mahkemede isterse özel yetkili mahkeme(ler)de açabilir. Bu bakımdan, özel yetki kuralı davacıya, genel yetkili mahkemenin yayında alternatif yetkili mahkeme sunmaktadır⁷⁴. Bu özelliği itibariyle, yukarıda zikrettiğimiz genel yetki kuralı ile özel yetki kuralları aynı zamanda kesin olmayan yetki kuralları olarak da nitelendirilmektedir. Bu itibarla, kesin yetki kuralı olarak nitelendirilen yer itibariyle yetki kuralları⁷⁵ dışında kalan diğer yetki kurallarının (kesin olmayan) özel yetki kuralı niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, kişilik haklarının korunmasına yönelik davalar, hususen kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ihlal edildiğine yönelik davalar bakımından, davacı davasını genel yetki kuralı olan HMK m.6'da veya HMK m.16'da veya MK m.25(5)'de yer alan yer itibariyle yetkili Türk mahkemelerinden birinde açabilir. Merkezinin İstanbul, dağıtım yerlerinden birinin İnegöl olduğu bir gazetede yayınlanan haberde bir gerçek kişiye ait fotoğrafın kullanıldığını ve aslında işlememesine rağmen bu fotoğraf nedeniyle bu kişinin hırsızlık suçunu işlemiş gibi gösterildiğini varsayalım. Bu örnekte, bir kişisel veri niteliğindeki fotoğrafının bu şekilde işlenmesi nedeniyle kişilik haklarının zedelendiğini düşünen söz konusu gerçek kişi, davasını yukarıdaki kurallar uyarınca yetkili olan mahkemelerden herhangi birinde açabilecektir.

Kişilik haklarının korunmasına yönelik davalar bakımından başvurulabilecek genel yetki kuralı olan HMK m.6 ile HMK m.16 ve MK m.25(5) uyarınca yetkili kılınan mahkemeler birbirinin yetkisini ortadan kaldırmadığından, aynı uyumsuzluk bakımından ülke içinde aynı anda birden fazla yer itibariyle yetkili Türk mahkemesi söz konusu olabilir. Zira söz konusu yetki kurallarında uyumsuzluğun konusu veya taraflarıyla irtibatı gösteren yerleşim yeri, haksız fiilin gerçekleştiği yer veya zararın meydana geldiği yer gibi irtibat noktaları, uyumsuzlukla Türkiye içindeki herhangi bir yer arasındaki bağlantıyı sağlamak üzere kullanılmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu bağlama noktaları nedeniyle ülke içinde birden fazla yer mahkemesi yer itibariyle yetkili olabilir ve bu mahkeme(ler), kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ihlal edilmesine ilişkin yabancı unsurlu davalar bakımından da milletlerarası yetkili hale gelmiş olacaktır. Dolayısıyla, davacı yer itibariyle yetkili, dolayısıyla milletlerarası yetkili bu mahkemelerden herhangi birinde davasını açma konusunda bir seçim hakkında sahip olacaktır⁷⁶. Bu ilişkinin

⁷⁴ Kuru (n 71) 382; Karanlı (n 71) 268; Akkan (n 71) 279.

⁷⁵ Usul hukukumuzda hangi yer itibariyle yetki kurallarının kesin yetki kuralı niteliğinde olduğu hakkında bkz. Yılmaz (n 71) 95-96.

⁷⁶ Bu yönde bkz. Kuru (n 71) 433; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz (n 72) 209.

bir diğer sonucu olarak, davanın konusu ve tarafları itibariyle yukarıda zikrettiğimiz yetki kuralları uyarınca kişilik haklarının ihlaline ilişkin davalar bakımından ülke içinde yer itibariyle yetkili bir mahkemenin bulunmaması söz konusu da olabilir. Örneğin, kişilik haklarının Almanya'daki bir yerel televizyon kanalı tarafından kişisel verilerinin işlenmesi suretiyle ihlal edildiğini düşünen ve Almanya'da ikamet eden bir Türk vatandaşı, böyle bir davayı Türkiye'de açmak istediğinde yer itibariyle yetkili bir mahkeme bulamayabilir, meğerki zarar Türkiye'de herhangi bir yerde meydana gelmemiş veya gelme ihtimali olmamış olsun. Dolayısıyla, bu tür bir dava bakımından söz konusu yetki kurallarına istinaden ülke içinde yer itibariyle yetkili bir mahkemenin yokluğu, aynı zamanda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin de bulunmadığı anlamına gelecektir.

Aşağıda, aynı zamanda milletlerarası yetkinin tesisinde de kullanılan söz konusu yetki kuralları uyarınca yer itibariyle yetkili mahkemelerinin hangisi/hangileri olduğunu genel hatlarıyla ele alacağız.

2. Genel Yetki Kuralı Uyarınca Yetkili Mahkemenin Tespiti

Genel yetki kuralı olan HMK m.6 uyarınca, genel yetkili mahkeme davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Buna göre, bir kesin yetki kuralı bulunmadıkça, her dava açıldığı tarihte davalının (MK uyarınca) yerleşim yeri sayılan yer mahkemesinde görülür. Dolayısıyla, genel yetki davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yerine göre belirlenir, davanın açıldığı tarihten sonra davalı yerleşim yerini değiştirmesi, mahkemenin yetkisini etkilemeyecektir⁷⁷.

Davalının yerleşim yerinin nasıl tespit edileceği, davalının gerçek veya tüzel kişi olmasına bağlı olarak farklılık arz etmektedir. Bir gerçek kişinin Türkiye'de yerleşim yerinin olup olmadığı, varsa bu yerleşim yerinin tespiti MK hükümlerine göre belirlenecektir. MK m.19'a göre, bir gerçek kişinin yerleşim yeri, o kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bu kişinin vatandaş veya yabancı olması yetkinin tesisi bakımından önem arz etmemektedir. Ayrıca, davalı gerçek kişinin nüfus kayıt sistemine kayıtlı adresi, yerleşim yeri bakımından karine sayılmaktadır⁷⁸.

Davalı gerçek kişinin yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması veya tespit edilememesi halinde genel yetkili mahkemenin, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi olduğu öngörülmüştür (HMK m.9). Diğer yandan, doktrinde ifade edildiği üzere, kişilik haklarının korunmasına ilişkin davalar bakımından da uygulama alanı bulabilecek olan HMK m.9'daki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini öngören kuralın, yurt dışındaki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye'de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş kişiler ba-

⁷⁷ Kuru (n 71) 384; Akkan (n 71) 271.

⁷⁸ Karşlı (n 71) 265; Helvacı (n 29) 168; Kuru (n 71) 386.

kımından tatbik kabiliyetinden yoksun olduğu da unutulmamalıdır⁷⁹. Zira davanın açıldığı mahkeme, -yetki itirazına istinaden- yetkili olup olmadığını incelerken, öncelikle HMK m.6 uyarınca davalının yerleşim yerinin neresi olduğunu tespit etmesi gerekecek, bu amaçla MK m.19-20 hükümlerine bakacaktır. MK m.20’de ise, önceki yerleşim yeri belli olmayan kişiler veya yurtdışındaki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş kişiler bakımından, bu kişilerin Türkiye’de halen oturdukları yerin onların yerleşim yeri sayılacağı karinesine yer verilmiştir. Kısacası, bu kişiler bakımında da HMK m.9’a istinaden Türkiye’de mutad meskenlerinin neresi olduğu araştırılmasına girilmeden evvel, HMK m.6 uyarınca yerleşim yerinin neresi olduğunun MK hükümlerine göre tespiti gerekecektir. MK m.20’de yer verilen ve yerleşim yeri sayılan “halen oturlan yer” kavramı ise, mutad meskene nazaran daha kolay kazanılabilen bir statüdür. Dolayısıyla HMK m.9, yurt dışındaki yerleşim yerini bırakmamış olmakla birlikte Türkiye’de mutad meskeni bulunan davalılar bakımından uygulanabilecektir⁸⁰.

Kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ihlal edildiğine ilişkin davalar bakımından, davalı bir gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi olması da kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla, veri sorumlusu konumundaki bir tüzel kişiye karşı, kişisel verileri işlemek suretiyle kişilik haklarına aykırı davrandığı gerekçesiyle açılan bir davada davalı tüzel kişinin bulunduğu yer mahkemesinde, genel yetkili mahkeme sıfatıyla dava açılabilir. Tüzel kişinin yerleşim yerinin neresi olduğu ise, MK m.51’e göre belirlenecektir. Buna göre, tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça, işlerinin yönetildiği yerdir. Ancak, derneklerin tüzüklerine, vakıfların vakıf senedine, şirket ile kooperatiflerin ana sözleşmelerine, dernek, vakıf, şirket veya kooperatifin merkezinin yazılması zorunludur⁸¹. Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir kişilik hakkı ihlalinin yukarıda zikrettiğimiz herhangi bir tüzel kişilik tarafından kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleştiği iddia edildiğinde, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılması mümkündür⁸².

Kişilik haklarına yönelik haksız fiil teşkil eden eylem, sadece bir gerçek veya tüzel kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, söz konusu eylem nedeniyle birden fazla kişinin sorumluluğu gündeme gelebilir. Örneğin, basın yoluyla kişilik haklarına saldırı nedeniyle açılan bir dava, gazetede yazıyı kaleme alan yazarın/ editörün yanı sıra gazetenin bağlı olduğu tüzel kişiye karşı da ikame edilebilir. Bu durumda, yukarıda incelediğimiz davalının sadece bir kişi olduğu hallerde genel yetkili mahkemenin ne şekilde tespit edileceğinden farklı olarak, birden fazla da-

⁷⁹ Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 117-118. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 418.

⁸⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 28) 418.

⁸¹ Bkz. Dernekler Kanunu m.4(a); MK m.106; TTK m.213(1), m.305(1), m.339(2), m.567, m.576; Kooperatifler Kanunu m.4(1).

⁸² Tüzel kişilere karşı açılacak davalarda genel yetkili mahkemenin tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Kuru (n 71) 412; Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 119-120.

valının varlığı halinde genel yetkili mahkemenin nasıl tespit edileceği meselesi ortaya çıkabilir. HMK m.7(1)'de, davalı birden fazla ise davanın, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılacağı öngörülmüştür. Bu hüküm ışığında, yabancılık unsuru taşıyan bir davada birden fazla davalı olması durumunda, bu davalılardan sadece birinin yerleşim yerinin Türkiye'de bulunması, yer itibariyle ve dolayısıyla milletlerarası yetkinin tesisi için yeterli olacaktır⁸³.

Bununla birlikte bu kuralın mutlak olmadığını da belirtmek gerekir⁸⁴. Davanın, sırf davalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, yani yapay yetkili mahkeme yaratılması hali, belirtiler veya başka delillerle anlaşılırsa, mahkeme davalının itirazı üzerine bu kişi hakkındaki dava bakımından yetkisizlik kararı verebilir (HMK m.7(2)). Bu hüküm, sadece Türkiye'de dava açabilmek için, Türkiye'de bulunan bir kişinin de davalı olarak gösterilmek suretiyle Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesini engellemesi itibariyle yabancı unsurlu davalar bakımından özel bir önem arz etmektedir⁸⁵. Yine, davalıların tamamı hakkında ortak (yer itibariyle) yetkili bir mahkeme varsa, davaya o ortak yetkili mahkemede bakılacaktır (HMK m.7(1)). Buna örnek olarak, haksız fiilden doğan davalarda yetkili mahkemeyi gösteren HMK m.16 verilebilir. Birden fazla kişi tarafından işlenen bir haksız fiil nedeniyle açılan bir davada, haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesi, ortak yetkili mahkeme olarak yetkili hale gelecek, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkeme olsa da yetkili hale gelemeyecektir⁸⁶.

3. Özel Yetki Kuralları Uyarınca Yetkili Mahkemenin Tespiti

Haksız fiilden doğan davalar bakımından yer itibariyle yetkili mahkemeyi gösteren HMK m.16 hükmü, kişilik haklarına yönelik gerçekleşen saldırılar nedeniyle açılacak davalar bakımından da uygulama alanı bulduğu gibi⁸⁷, MK m.25(5)'te sadece kişilik haklarının ihlaline özgü (ek) bir yetki kuralı getirilmiştir⁸⁸. Bunlardan HMK m.16 uyarınca, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Diğer taraftan, ister yerel karakterli olsun isterse yabancı unsurlu olsun, kişilik haklarına yönelik haksız fiil teşkil eden eylemin ülkeyle olan irtibatına bağlı olarak aynı anda dört adet yetkili Türk mahkemesi olabileceği gibi, haksız fiilin işlendiği ve zararın meydana geldiği yer aynı yer olabilir. Hatta hem haksız fiilin işlendiği ve zararın meydana geldiği yer hem de zarar görenin yerleşim yeri aynı yer işaret edebilir. Dolayısıyla, davacı somut olaya göre söz konusu alternatifler

⁸³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 71) 418; Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 120-121.

⁸⁴ Kuru (n 71) 419; Yılmaz (n 71) 118.

⁸⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe (n 71) 418.

⁸⁶ Bkz. Yılmaz (n 71) 118-120.

⁸⁷ Kuru (n 71) 487; Yılmaz (n 71) 187-190; Karşı (n 71) 271.

⁸⁸ Kuru (n 71) 487.

arasında seçim yapma hakkında sahip olacaktır⁸⁹.

MK m.25(5)'te ise, MK m.25'in diğer fıkralarında yer alan kişilik haklarına yönelik saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olan saldırının hukuka aykırılığının tespitinin yanı sıra kişilik haklarına yönelik haksız saldırı nedeniyle maddi ve manevi tazminat davaları bakımından yetkili mahkeme gösterilmiştir. Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir⁹⁰. Bu hükme göre, kişilik haklarına saldırı tehlikesinin önlenmesini veya yapılan saldırının durdurulmasını ya da saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyen veyahut maddi veya manevi zarar gören kişi, kendi yerleşim yeri mahkemesinde dava açabileceği gibi, bir önceki başlıkta zikrettiğimiz genel yetki kuralı olan davalının yerleşim yeri mahkemesinde bu davaları açabilecektir.

Özel yetki kuralı niteliğindeki bu iki düzenleme ışığında, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen saldırılar nedeniyle açılacak olan kişilik hakkı ihlaline ilişkin davalar bakımından yukarıda zikrettiğimiz mahkemeler, aynı zamanda yabancılik unsuru içeren kişilik haklarının ihlaline ilişkin davalar bakımından milletlerarası yetki kazanacaktır. Dolayısıyla, kişilik haklarına yönelik saldırının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleştiği hallerde, HMK m.16 uyarınca haksız fiilin, yani saldırının gerçekleştiği yer neresi ise, o yer mahkemesi aynı zamanda milletlerarası yetkili hale gelecektir. Eğer, haksız fiil teşkil eden saldırı Türkiye'de gerçekleşmemekte, buna mukabil zararın meydana geldiği yer Türkiye'de ise, o yer mahkemesi milletlerarası yetkili hale gelecektir. Merkezi Fransa'da bulunan ve uydu vasıtasıyla Türkiye'de de yayın yapan bir haber kanalında, Türkiye'de ikamet eden bir Türk vatandaşının, herhangi bir ilişkisi olmamasına rağmen fotoğrafı kullanılarak İŞİD militanı olarak gösterildiğini varsayalım. Söz konusu haber Türkiye'de de yayımlandığı için (maddi veya manevi) zararın Türkiye'de gerçekleşmesi nedeniyle Türk mahkemeleri yetkili olacaktır. Eğer, söz konusu haberin, uydu vasıtasıyla Türkiye'de yayın yapılmamakla birlikte internet yoluyla Türkiye'de öğrenilmesi mümkün ve muhtemelse, Türk mahkemeleri, örneğin Türk vatandaşının yaşadığı yerin zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer sıfatıyla yetki kazanması mümkün olacaktır. Keza, bu kişinin kişisel veri niteliğindeki fotoğrafının kullanılması nedeniyle uğramış olduğu haksız saldırının tespitini ve uğradığı maddi ve manevi zararın tazminini, ister HMK m.16'da yer alan zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi sıfatıyla, isterse MHK m.25(5)'yer alan davacının yerleşim yeri mahkemesi sıfatıyla, kendi yerleşim yeri mahkemesinden talep etmesi de mümkündür.

Görüldüğü üzere, kişilik haklarının bu şekilde ihlali nedeniyle açılacak bir davada, uyumsuzluğun ülkeyle olan bağlantılarına bağlı olarak, aynı anda birden

⁸⁹ Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 122.

⁹⁰ Helvacı (n 29) 165-167; Özel (n 9) 139-140; Aydoğmuş Gisoldi (n 8) 128.

fazla Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tesisi söz konusu olabilecektir. Diğer taraftan, kişilik haklarına yönelik gerçekleşen bu tür bir saldırının mahiyetine ve hangi aşamada olduğuna bağlı olarak, yetkili mahkemelerin sayısı farklılık arz edebileceği de unutulmamalıdır. Bir önceki paragrafta yer alan örnekten yola çıkacak olursak, Fransa’da ve Fransızca yayımlanan habere, uydu vasıtasıyla olmasa bile internet sitesine erişilmek suretiyle ulaşılması mümkün olabilir. Bu durumda, henüz Türkiye’de gerçekleşen bir kişilik hakkının ihlali söz konusu olmasa bile, kişilik haklarına yönelik saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açarak, söz konusu internet sitesine erişim engellenmesini talep edebilir. Bu dava bakımından HMK m.16 uyarınca zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili olabileceği gibi, HMK m.16 ve MK m.25(5) uyarınca zarar görenin/davacının yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Buna mukabil, örneğin, bir yayınevi tarafından basılan bir dergide kişisel verileri (adres bilgileri) izinsiz olarak kullanılan bir gerçek kişinin açtığı kişilik haklarına yönelik saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasında zarar ortaya çıkmış ve Türkiye’de başka bir yerde gerçekleşme ihtimali olmayabilir. Böyle bir durumda, söz konusu davayı HMK m.16’da yer alan zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinde açmak mümkün olmayacaktır.

SONUÇ

Kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak işlendiğini, bu nedenle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ileri süren bireyler, kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla dava açabilir. Böyle bir uyuşmazlığın yabancılık unsuru ihtiva etmesi halinde, Türk mahkemelerinin uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı, ardından söz konusu eylemin kişilik haklarına yönelik bir ihlal teşkil edip etmediğinin hangi ülke hukukuna göre karara bağlanacağı MÖHUK hükümlerine göre belirleyecektir.

Kişilik haklarının ihlalini haksız fiilin özel bir türü olarak nitelendirerek MÖHUK m.35 hükmüne yer veren Kanun Koyucu, kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ihlaline ilişkin davalarda uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceğini MÖHUK m.35(3) hükmüyle ortaya koymuştur. MÖHUK m.35(3) ise, bu tür iddialara uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK m.35(1)’e atıf yapmaktadır. MÖHUK m.35(1)’de kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiği veya kişisel verileri hakkında bilgi alma hakkının hukuka aykırı olarak sınırlandırıldığı gerekçesiyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden (zarar gören) tarafın, kendi mutad meskeni hukukunun, zarar verenin işyeri hukukunun veya zarar verenin mutad meskeni hukukunun ya da zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanmasını isteyebileceği öngörülmüştür. Bunlardan zarar görenin mutad meskeni hukukunun ve zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanabilmesi ise, zarar verenin zararın bu ülkede meydana geldiğini bilebilecek durumda olması şartına bağlanmıştır. Bu dört farklı bağlama noktasına istinaden uygulanacak hukukun

tespiti bakımından, kişilik hakkı ihlal edilen/zarar gören tarafa bir seçim hakkı tanıdığıdır.

MÖHUK m.35(3) hükmünün uygulama alanına öncelikle hukuka aykırı olarak işlendiği ileri sürülen verinin bir kişisel veri mahiyetinde olup olmadığı, söz konusu veriler üzerinde yapılan işlemlerin veri işleme niteliğinde olup olmadığı gibi hususlar girmektedir. Veri işleme faaliyetinin verileri işlenen kişinin kişilik haklarına saldırı mahiyetinde olup olmadığı, bu bağlamda veri işleme faaliyetini haklı kılan herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunup bulunmadığı, kişilik haklarının korunması amacıyla hangi davaların açılacağı, kişilik haklarına yönelik bu tür saldırılar nedeniyle maddi veya manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği, eğer edilebilecekse bunun koşulları ve sonuçları gibi konular hakkında da MÖHUK m.35(3)'ün uyarınca yetkili kılınan hukuk karar verecektir.

Kişisel verilerin “basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları” vasıtasıyla da ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla, bu tür hallerde kişilik haklarına aykırı davranışa yönelik cevap hakkının veya ihlal halinde düzeltme hakkının kullanılması özel bir önem arz etmektedir. MÖHUK m.35(2)'de de cevap ve düzeltme hakkının kullanılması konusunda konunun önemine binaen özel bir kurala yer verilmiştir. Buna göre, kişilik haklarının ihlali sebebiyle doğan cevap hakkı konusunda süreli yayınlarda münhasıran baskının yapıldığı veya programın yapıldığı ülke hukuku uygulanacaktır. Diğer yandan, MÖHUK m.35(2)'nin sadece cevap hakkı için geçerli bir hüküm olduğu, bu hakkın doğumu için temel şart olan kişilik haklarına yönelik bir ihlalin mevcut olup olmadığının MÖHUK m.35(3) uyarınca belirleneceği unutulmamalıdır.

Yabancı hukukun uygulanacak hukuk olarak tespit edildiği hallerde, yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanmasıyla ortaya çıkan sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi söz konusu olabilir. Türk kamu düzenine açıkça aykırılığın varlığı halinde, artık MÖHUK m.35(3) ve m.35(2) uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun ilgili maddi hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Yine, uyuşmazlığa yabancı maddi hukuk kurallarının uygulanacağı tespit edilse dahi, KVKK m.6 ve m.9'da olduğu gibi, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren bir husus olabilecektir. Bu durumda, davaya MÖHUK m.35 uyarınca yetkili kılınan yabancı hukukun maddi hukuk kuralları değil, ilgili doğrudan uygulanan kural tatbik edilecektir.

Türk mahkemelerinin, kişilik haklarının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle ihlaline ilişkin yabancı unsurlu bir davada uygulanacak hukuku tespit etmeden evvel milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını karara bağlaması gerekecektir. MÖHUK'ta kişilik haklarının ihlaline ilişkin davalar bakımından özel bir milletlerarası yetki kuralına yer verilmemiştir. Dolayısıyla, milletlerarası yetkili Türk mahkemesinin tespiti için genel milletlerarası yetki kuralı olan MÖHUK m.40'a bakılması gerekecektir. MÖHUK m.40 hükmü ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukuktaki, yani HMK ve diğer kanunlardaki yer itibarıyla yetki

kurallarına göre belirleneceğini öngörmüştür.

Usul hukukumuzda genel yer itibariyle yetki kuralı olan HMK m.6 uyarınca davalının yerleşim yeri Türkiye’de nerede ise, o yer mahkemesi genel yetkili mahkeme olarak kişilik hakkının kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen yabancı unsurlu davalar bakımından milletlerarası yetkili hale gelecektir. Buna ilaveten, kişilik haklarının ihlaline ilişkin davalar bakımından, yer itibariyle yetkili mahkemeyi gösteren ve özel yer itibariyle yetki kuralı olarak nitelendirilen kurallara istinaden yetkili Türk mahkemesi bulunabilir. Bunlardan, haksız fiillerden doğan davalara ilişkin HMK m.16 uyarınca haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri Türkiye’de bulunmakta ise, bu yer mahkemeleri de milletlerarası yetki kazanmış olacaktır. Ayrıca, kişilik haklarının korunmasına ilişkin davalar bakımından MK m.25(5)’te yer alan özel yetki kuralı uyarınca da yer itibariyle yetkinin, dolayısıyla milletlerarası yetkinin tesisi mümkün olabilir. Söz konusu hükme göre, zarar gören gerçek kişi, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakkının ihlal edildiğine ilişkin davayı kendi yerleşim yerinin veya davalının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde açabilir. Zarar görenin yerleşim yeri HMK m.16’da özel yetkili ve davalının yerleşim yeri HMK m.6’da genel yetkili mahkeme olarak düzenlendiğinden, söz konusu hükümler, aslında MK m.25(3)’de yetki kurallarını ihata etmektedir. Yukarıda zikrettiğimiz kurallardan özel yetki kuralları, genel yetki kuralını kaldırmamaktadır ve davacı davasını ister genel yetki kuralı uyarınca yetkili olan mahkemede isterse özel yetki kuralları uyarınca yetkili olan mahkeme(ler)de açma konusunda seçimlik hakka sahiptir. Bu bakımdan, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle gerçekleşen kişilik hakkı ihlali davalarında, davanın ülkeyle irtibatına bağlı olarak aynı anda birden fazla Türk mahkemesi milletlerarası yetkili hale gelebilecektir.

KAYNAKÇA

Akgül A, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, (Beta 2016).

Akkan M, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, C.I, (15th Edn On İki Levha 2017).

Aksoy HC, *Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması*, (Çakmak 2010)

Arslan İ, ‘Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti’, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, (2021)79(1), 135-191.

Arslan İ, ‘Kişisel Verilerin Yabancı Unsurlu Sözleşmelere Aykırı Olarak İşlenmesinden veya Korunmamasından Kaynaklanan Davalarda Türk



Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi' I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi, 12-14 Kasım 2021, KVKK Yayınları 2022, 175-211.

Arslan İ, '5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi', Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, (2013)33(2), 1-41.

Arslan R, Yılmaz E ve Taşpınar Ayvaz S, *Medeni Usul Hukuku*, (Yetkin, 2016).

Aşkoğlu Şİ, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri*, (On İki Levha 2018)

Aybay R ve Dardağan E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, (Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).

Aydoğmuş Gisoldi AY, *Milletlerarası Özel Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, (On İki Levha 2022)

Ayözger Öngün Ç, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (Beta 2.Bası, 2019).

Başalp N, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, (Yetkin 2004).

Çelikel A ve Erdem BB, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Beta 15.Bası 2020).

Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Savaş 6.Bası, 2020).

Dülger MV, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması (Ceza Normu)', İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2016)3(2), 101-167.

Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Yetkin, 22.Bası, 2017).

Erkan M, 'MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış', GÜHFD, (2011)15(2) 81-121.

Esenyel Hanaz F, *Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk ve Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2018

Etliloğlu Erçetingöz S, *İnternet Ortamında Şeref ve Haysiyetin Korunmasında Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul 2019.

Gürpınar D, 'Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk', DEÜHFD Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, (2017)19, 679-694.

Gürsel İ, *İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı*, (Adalet 2016).

Helvacı S, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Haklarını Koruyucu Davalar*, (Beta 2001).

Henkoğlu T, *Hassas Bilgi Varlıklarının ve Kişisel Verilerin Hukuksal Düzenlemeler ile Korunması ve Bu Kapsamda Üniversiteler İçin Bilgi Güvenliği Politikasının Geliştirilmesi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, (Ankara 2015).

Karslı A, *Medeni Usul Hukuku*, (Alternatif 3.Baskı,2012).

Kaya C, 'Avrupa Birliği 1995/46 EC Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi', İÜHFM, (2011)69(1-2), 317-334.

Kaya M, *Elektronik Ortamda Kişilik Hakkının Korunması*, (Seçkin 2015)

Kılıçoğlu A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Turhan 22.Bası 2018).

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Madde ve Gerekeşi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, KVKK Yayınları, Ankara 2019.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Sıkça Sorulan Sorular, KVKK Yayınları, Ankara 2018.

Kuru B, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C.1, (Demir Demir, 2006).

Lloyd IJ, *Information Technology Law*, (OUP 6th Ed.,2011)

Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku*, (Beta 22.Bası 2018).

Özdemir H, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, (Seçkin 2009)

Özdemir Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, (GSÜ Yayınları 2001).

Özel S, 'İmalâtçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk', Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2: *Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, (Legal, 2010), 219-229.

Özel S, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Haklarının Korunması*, (Seçkin 2004)

Özel S, 'İnternet Yoluyla Kişilik Hakkı İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi', MHB (2004)24(2) 609-618.

Özel S/Erkan M/Pürselim HS/Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (On İki Levha 2022), 87ff.

Öztekin Gelgel G, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, (Beta, 2006).

Şanlı C, Esen E ve Ataman-Fıganmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (Beta 8.Bası, 2020)

Şen E, 'Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısının Anayasa ve Türk

Geza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi’, İBD, (2009)83(3), 1197-1214.

Taştan FG, *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, (On İki Levha 2017).

Tekinalp G ve Uyanık-Çavuşoğlu A, *Milletlerarası Özel Hukuk-Bağlama Kuralları*, (Vedat 11.Bası, 2011).

Uyanık-Çavuşoğlu A, ‘İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk’, MHB Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, (2002)2(22) 967-997.

Uyanık ME, ‘Bulut Depolama Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk’, *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, Ed. Sibel Özel/Hatice Selin Pürselim Arning, (On İki Levha 2020), 499-538.

Yılmaz E, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, (Yetkin, 2012).

Yücedağ N, ‘Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri’, İÜHFİM, (2017)75(2), 765-789.

DEMİRYOLU İŞLETENİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞUNUN SİGORTASINDA RİZİKO

Risk in Insurance of Non-Contractual Liability of the Railway Operator

Fahri ÖZSUNGUR*

Özet

Bu çalışma demiryollarının neden olduğu sözleşme dışı zararların sigortasında riziko unsurunun belirlenmesini sağlamak, tehlike esasına dair ölçütleri belirlemek için gerçekleştirilmiştir. Çalışmada, demiryolunun neden olduğu sözleşme dışı zararlardan dolayı sorumluluk Avrupa ve Türk hukuku bağlamında değerlendirilmektedir. Ayrıca çalışmada sigortanın kapsamı ve riziko istisnaları da yer almaktadır. Demiryolunun, hızlı trenlerin ve raylı sistemlerin günümüz ulaşım sektöründe geldiği nokta, bu sistemlerin neden olduğu zararlardan sorumluluğun çerçevesinin çizilmesini, zorunlu ve ihtiyari sorumluluk sigortaları genel şartlarının tespitini gerekli kılmaktadır. Ayrıca sigortada riziko istisnalarının yer, işletilme halinde olmayan raylı sistem araçları, kazadan sonra yapılan yardım faaliyetleri, hatır için taşıma, taşınan eşya ve çekilen cer istisnası ve farazi işletenler bağlamında yasal düzenlemelerin yapılması gereklidir.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme dışı sorumluluk, sigorta hukuku, sorumluluk sigortası, demiryolu işleten, sigorta rizikosu

Abstract

This study was carried out to determine the risk factor in the insurance of non-contractual damages caused by the railways and to determine the criteria for the basis of danger. In the study, liability for non-contractual damages caused by the railway is evaluated in the context of European and Turkish law. In addition, the scope of insurance and risk exceptions are also included in the study. The point that the railway, high-speed trains, and rail systems have reached in today's transportation sector necessitates drawing the framework of liability for damages caused by these systems and determining the general conditions of compulsory and voluntary liability insurance. In addition, it is necessary to make legal arrangements in the context of risk exemptions in insurance, rail system vehicles that are not in operation, aid activities after the accident, transportation for sake, goods transported and towed traction exception, and hypothetical operators.

Keywords: Non-contractual liability, insurance law, liability insurance, railway operator, insurance risk.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 20.01.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Özel Hukuk A.B.D. doktora öğrencisi; Mersin Üniversitesi Öğretim Üyesi, iki ayrı alanda doçent ve iki ayrı alanda doktora mezunudur, fahriozsungur@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-6567-766X>.

GİRİŞ

Riziko günümüz sigorta hukukunda giderek farklılaşan olguları ortaya çıkarmaktadır¹. Sağlık, teknoloji, bilişim gibi karmaşık unsurların neden olduğu olgular, neden ve sonuç ilişkileri bağlamında giderek önemini artırmaktadır. Olguların öngörülebilme özellikleri artarken, teknik ve teknolojik gelişmeler bu öngörülerini güçleştirmektedir.

Demiryolu ve raylı sistemler, ulaşım ağının önde gelen önemli unsurları haline gelmiştir. Motorlu taşıtların trafik yoğunluğu, tek bir hattan hızlı ulaşım kolaylığı sağlayan raylı sistemleri şehir içi ve şehirler arası yolcu ve yük taşımacılığı açısından önemli bir konuma getirmiştir. Konu, Avrupa’da sorumluluk hukuku ile ilgili özellikle İsviçre ve Almanya’da ortaya çıkan gelişmeler demiryolunun neden olduğu zararlar ve tehlike esasına dayalı sorumluluk bağlamında özellikli bir durum arz etmektedir. İsviçre Sorumluluk Kanununun Revizyonu ve Standardizasyonu Hakkında Federal Kanun tasarısı ve özellikle tasarımın “Gefährdungshaftung” başlığı altında düzenlenmiş 50 nci maddesinde öngörülen karakteristik riziko, önemli ölçüde tehlikeli işletmeler için öngörülen objektif ve sübjektif ölçütler, rizikoda öngörülen faaliyetin doğası ve özellikleri ölçütleri raylı sistemlerin neden olduğu zararlardan sorumluluk konusunda önemli katkılar sağlamaktadır.²

Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde (AHFHİ) düzenlenen zararın ağırlığı veya gerçekleşme ihtimalinin yüksekliği ölçütleri sorumluluk sigortalarında karakteristik rizikonun tespiti için iki önemli kriter getirmiştir.³ Zarar riskinin önemli düzeyde oluşunu belirleyen bu kriterlerden ilki zararın ağırlığıdır. Bir faaliyetin yürütülmesinde her türlü özen gösterilmiş olsa bile öngörülebilir ve çok önemli bir zarar riski doğuruyorsa zararın ağırlığı kriterinden bahsedilir.⁴ Diğer kriter ise zararın gerçekleşme sıklığı ya da diğer bir deyişle gerçekleşme olasılığıdır. Bir faaliyet yaygın olarak bulunulan bir faaliyet değilse bu durum gerçekleşme sıklığı kriterini ortaya çıkarır (AHFHİ m. 5:101).

Bu gelişmeler ışığında Türk sorumluluk hukukunda BK m. 71 ile önemli bir yenilik getirilmiştir. 818 sayılı BK’da yer almayan bu hüküm ile tehlike sorumluluğu kriterleri Avrupa sorumluluk hukukuna benzer bir yapılanmayı sağlamayı hedeflemiştir. Ancak getirilen bu genel düzenleme yanında Türk sorumluluk hukuk sisteminde demiryolu ve raylı sistem araçlarının işletilmesinden doğan sözleşme dışı zararların sigortası için özel bir düzenleme yer almamaktadır.

¹ Tobias Lenz, Versicherungsrecht. In Die Rechtsabteilung (Gabler Verlag 2012) 288-300; Mike Weitzel, Versicherungsrecht. In Die Rechtsabteilung (Springer Gabler 2019) 371-388.

² Rudolf Müller-Erbach, ‘Gefährdungshaftung und Gefahrtragung’ (1910) Archiv für die civilistische Praxis 106(H. 3), 309, 476; Şaban Kayıhan, Mustafa Ünlütepe, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6th edn, Seçkin Yayınevi 2018) 307.

³ Ernst Von Caemmerer, Reform der Gefährdungshaftung (de Gruyter 2018) 5-28.

⁴ Metin İkizler, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku ile Kısa Karşılaştırılması (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3241 3246.

Bu çalışma demiryollarının neden olduğu sözleşme dışı zararların sigortasında riziko unsurunun belirlenmesini sağlamak, tehlike esasına dair ölçütleri belirlemek için gerçekleştirilmiştir. Çalışmada, demiryolunun neden olduğu sözleşme dışı zararlardan dolayı sorumluluk Avrupa ve Türk hukuku bağlamında değerlendirilmektedir. Ayrıca çalışmada sigortanın kapsamı ve riziko istisnaları da yer almaktadır.

I. DEMİRYOLUNUN NEDEN OLDUĞU ZARARLARDAN SORUMLULUĞUN DAYANDIĞI ESASLAR

Demiryolunun neden olduğu sözleşme dışı zararlarda sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde doktrinde⁵ ve Yargıtay uygulamasında farklı görüşler benimsenmiştir. Doktrinde tehlike sorumluluğu “işletmeye bağlı” ve “işletme dışı” sorumluluk olmak üzere iki açıdan incelenmektedir. Bu ayrıma göre demiryolu, havai fişek fabrikası, nükleer tesis gibi tesislerin sorumluluğu “işletmeye bağlı”, avlanma, askeri hizmetlere dayalı sorumluluk ise “işletme dışı” sorumluluk olarak nitelendirilmektedir.⁶ Bunun yanında doktrinde demiryollarında meydana gelen zararların KTK kapsamı dışında olduğu yönündeki görüşler de bulunmaktadır.⁷ Yargıtay’ın 6098 sayılı TBK öncesi dönemde bu yöndeki zararlardan sorumluluğun yapı malikinin sorumluluğuna tabi olduğunu benimserken⁸ son dönemdeki kararlarında bu görüşü terkederek sorumluluğun temelini tehlike esasına dayandırdığı görülmektedir.⁹ Doktrinde demiryollarının neden olduğu sözleşme dışı sorumluluk hallerinin tehlike sorumluluğu kapsamı dışında bırakılmasının hakkaniyete uygun olmayacağı ileri sürülmektedir.¹⁰ Diğer taraftan bazı yazarlar karada meydana gelen kazalar açısından demiryollarının meydana getirdiği zararlar için KTK m. 2’nin geniş uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler.¹¹

⁵ Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (Ankara 2015) 650.

⁶ Hasan Tahsin Gökcan and Seydi Kaymaz, Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat-Sigorta Rücu Davaları Trafik Suç ve Kabahatleri (Ankara: Seçkin Yayın, 2010), 35. Hatice Karacan Çetin, Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 30.

⁷ M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2nd Edn Vedat Yayıncılık 2014) 197.

⁸ Yargıtay HGK. 2001/4-661E., 2001/1074 K., 28.11.2001.

⁹ Yargıtay 11HD, 2018/3498E., 2019/717K., 24.01.2019. Anılan kararda tren işletmeciliğinin tehlike arz eden bir işletme faaliyeti olduğunda kuşku olmadığı, 6098 sayılı TBK. 71 inci maddesi ile, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde bu zarardan işletme sahibi ile varsa işleten müteselsilen sorumludur şeklinde belirtildiği ifade edilmiştir.

¹⁰ Hamdi Yılmaz, Karayolları Trafik Kanununda Zararın Paylaştırılması (Seçkin Yayıncılık 1995) 148. Karacan Çetin bu sorumluluğun TBK m. 71 kapsamında bir tehlike sorumluluğu esasına tabi olması için önemli ölçüde tehlike arz eden işletme olarak kabul edilmesi durumuna bağlamaktadır. Aynı yazar, demiryolu işletmesinin faaliyetinden doğan sorumlulukla ilgili özel bir düzenleme yapıncaya kadar TBK m. 71 uyarınca tehlike esasına dayandırılmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karacan Çetin (n 6) 343

¹¹ Karacan Çetin (n 6) 52

A. Tehlike Sorumluluğu

TBK m. 71, önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğunda, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işletenin müteselsilen sorumlu olacağını öngörmektedir.¹² 818 sayılı BK'da yer almayan bu yeni düzenlemenin getiriliş amacı mehz İsviçre hukukunda tehlike sorumluluğuna (Gefährdungshaftung) dair birçok özel düzenlemenin Türk hukukunda yer almasıdır.

Anılan hükmün ikinci fıkrasında bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varıldığında, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğunun kabul edileceği öngörülmüştür.¹³ Hükmün son fıkrasında ise önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenlerin, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan, haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilecektir (TBK m. 72/2). Bu hükümde yer alan işletmenin izin veya ruhsatı almış olması, işleteni tipik tehlike olgusunun doğurduğu tipik zarardan sorumlu olmaktan kurtarmayacaktır.

B. 818 Sayılı Borçlar Kanunu kapsamında Sorumluluğun Hukuki Niteliği

818 sayılı BK'nın yürürlük zamanında demiryolu aracının işletilmesinden dolayı yolcuların ve üçüncü kişilerin uğradıkları zararlara karşı araç işletenin sözleşme dışı sorumluluğunun hukuki niteliği tartışılmıydı. Tehlike sorumluluğunun istisna veya kural olması yönünde görüş ayrılığı bulunmaktaydı. İstisna görüşünü kabul edenler, kusursuz sorumluluk türlerinden tehlike sorumluluğunu kusur sorumluluğunun istisnası olarak öngörmekte ve bu sorumluluğun kanunda düzenlenmiş olması durumunda uygulama alanı bulabileceğini kabul etmekteydi. İstisna görüşünün gerekçesi olarak kıyas vasıtasıyla genişletmenin mümkün olmaması nedeniyle tehlike sorumluluğuna dair mevcut bir kanuni bir düzenlemenin somut olaya göre kanunda düzenlenmemiş farklı bir tehlike sorumluluğuna uygulanamayacağı ileri sürülmekteydi.¹⁴

Doktrindeki diğer görüşe göre, tehlike ve kusur sorumlulukları için tamamlayan ve birbirine eşit olan sorumluluklar olduğu ve kıyasın mümkün olduğu ileri sürülüyordu. İstisnaya dar yorum getiren bu düşünce, tehlike sorumluluğuna ilişkin özel olarak bir düzenlemenin yer alması durumunda bu özel düzenleme-

¹² İhsan Erdoğan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4th edn Gazi Yayınevi 2019) 156.

¹³ İsmail Kayar, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri (11th edn Seçkin Hukuk 2019) 119.

¹⁴ Erwin Deutsch, Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri (Şeref Ertaş çev., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2(2) 1981) 255.

lerin kanunda özel olarak düzenlenmemiş benzer olaylara uygulanabileceğini savunmaktadır.¹⁵

II. DEMİRYOLUNUN NEDEN OLDUĞU ZARARLARDASİGORTA

A. Genel Olarak

Sigorta sözleşmesi, sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmedir (TTK m. 1401/1). Tehlike sorumluluğunda karakteristik riziko, sigortalının malvarlığının pasifinde artışlara neden olur. Sorumluluk doğuran olayın gerçekleşmesi ile zarar gören üçüncü kişinin malvarlığı ya da şahısvarlığında meydana gelen zarar nedeniyle zarardan sorumlu olan kişinin malvarlığının pasifinde artış olur. Sorumluluk sigortası bu durumu teminat altına alan bir tür zarar sigortasıdır.

Demiryolu ve raylı sistemlerin neden olduğu kazalar üçüncü kişilerin malvarlıklarının aktifinde azalma meydana getirir.¹⁶ Ortaya çıkan zarar nedeniyle açılacak davalar, tazminata ilişkin yapılacak ödemeler sorumluluk sigortasının rizikosunu oluşturmaktadır.

Sorumluluk sigortasında sigortacı, sözleşmede aksine hüküm yoksa, sigortalının sözleşmede öngörülen ve zarar daha sonra doğsa bile, sigorta süresi içinde gerçekleşen bir olaydan kaynaklanan sorumluluğu nedeniyle zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat öder (TTK m. 1473/1). Bu nedenle, demiryolunun işletilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararların karşılanması sigortanın konusunu oluşturur.

B. Riziko

hukukunda riziko (Versicherungsfall) zararlı olayın gerçekleşme tehlikesine (Gefahr) verilen addır.¹⁷ Rizikoda tehlikeye maruz kalma durumu mevcuttur.¹⁸ Sigorta hukukunda rizikonun varlığı para ile ölçülebilir bir menfaati ihlal etmeye bağlıdır. Sigorta hukuku bağlamında riziko, sigortacının fayda sağlama yükümlülüğüne neden olan zarar verici olaydır.¹⁹

¹⁵ Aynur Yongalık, "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi" (2011) 60(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 12, 13; Alper Uyumaz and Hüseyin Tokat, Demiryolu ile yolcu taşımacılığında kaynaklanan akit dışı hukukî sorumluluk (2016) 65(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 967 973.

¹⁶ Bruno Heimbücher, Einführung in die Haftpflichtversicherung (3 VVW GmbH 2003) 26, 52.

¹⁷ Hans Oberbach, I. Der Versicherungsfall (§§ 5, 6). In Der Versicherungsschutz (De Gruyter 2020) 12 196.

¹⁸ Victor Ehrenberg, Der Versicherungsfall. In Privatversicherungsrecht (Springer 1923) 16 19.

¹⁹ Horst Dietz, Hausratversicherung 84: Bedingungen, Klauseln, Prämienrichtlinien,



Riziko unsuru tehlike sorumluluğunda olguların bu sorumluluk ilkesi ile ilişkilendirilmesini sağlar.²⁰ Bu nedenle karakteristik riziko hem bir tehlike sorumluluğu ölçütü hem de olguların meydana geliş şekilleri ve faaliyetlerin niteliği bağlamında ilişki kuran bir unsurdur. Diğer taraftan rizikonun gerçekleşmesinin en önemli unsuru ise sorumluluk ölçütlerini somut olayla ilişkilendiren bir zarardır. Zararın meydana gelmesi rizikonun sorumluluk hukuku bağlamında varlığı için gereklidir.

Rizikonun temel iki unsuru bulunmaktadır: olay ve zaman. Rizikoda tehlikeli durumun ortaya çıkması bir ihtimale dayalı olduğunda “olay” temelinde esaslı rizikodan bahsedilir. Diğer taraftan bu olayın ortaya çıkma zamanı ise ikinci esaslı unsurdur. Sigortacının sorumluluğu için gerekli olan zarar unsuru riziko için geçerlidir.

Demiryollarının neden olduğu zararların sigortasında riziko, aşağıda “Demiryollarının Verdiği Zararların Sigortasında Hukuki Sorumluluğun Ölçütleri” başlığı altında ayrıca incelenecektir.

III. DEMİRYOLUNUN NEDEN OLDUĞU ZARARLARIN SİGORTASINDA HUKUKİ SORUMLULUĞUN ÖLÇÜTLERİ

Demiryolunun neden olduğu sözleşme dışı sorumluluk halinde hukuki sorumluluk kapsamında dört temel unsur dikkate alınır: işletme faaliyeti, tehlikenin önemli ölçüde olması, karakteristik riziko, uygun nedensellik bağı.

A. İşletme Faaliyetine İlişkin Ölçüt

TBK m. 71 bir işletmenin faaliyetinden doğan zararlara işaret etmektedir. Kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan tehlike sorumluluğu Türk hukukunda önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetleri için geçerlidir. Bu faaliyetler sonucu ortaya çıkan zararlardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Üzerinde bulunan motor tarafından üretilen tahrik gücüyle hareket eden bir taşıt olan demiryolu aracının işletilmesine dair ölçütün belirlenmesi tehlike sorumluluğu için gereklidir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda “İşleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin hukuki sorumluluğu” başlığı altında düzenlenmiş 85 inci maddenin birinci fıkrasına göre 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. Özel

Versicherungstechnik. (VWV GmbH 1988) 76; Philipp Stoecker, Der Vorsatz des Versicherungsnehmers bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles im Sinne des § 103 (VVG. Universitätsverlag Göttingen 2011) 29.

²⁰ M. Refik Korkusuz, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi (2008) 12(16-17-18-19) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 23 28.

bir kanunla düzenlenen bu hüküm tehlike sorumluluğu ile ilgili özel bir hükümdür. Aynı kanunun 110 uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi hemzemin geçitte meydana gelen tren trafik kazalarında da KTK hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir. Diğer taraftan demiryoluna bağlı hareket eden araçların verdikleri diğer zararlardan sorumluluklar özel bir kanun ile hüküm altına alınmamıştır. Tramvay, metro gibi demiryolunda sabit bir güzergahı takip eden araçların verdikleri zararlar özel olarak düzenlenmemiştir.

Demiryolunda işletilen araçlar bir işletme faaliyeti altında yürütülmektedir. Burada bu faaliyetin TBK m. 71 bağlamında önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olup olmadığı tartışılmalıdır.²¹

Tren Makinist Yönetmeliğinin dördüncü maddesinin üçüncü fıkrasında demiryolu tren işletmecileri ve altyapı işletmecilerinin, istihdam ettiği veya bir hizmet sözleşmesi kapsamında çalıştırdığı tren makinistinin, tren makinist ehliyetine ve tren makinist brövesine sahip olduğunu takip etmekten, bununla ilgili kayıt sistemi oluşturmaktan ve Bakanlık ile veri paylaşım sistemi kurmaktan sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır. Bu sorumluluk demiryolunun tehlike unsuru taşımasından kaynaklanmaktadır.

Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun'un ikinci maddesinde demiryolu altyapı işletmecisi, "tasarrufundaki demiryolu altyapısını güvenli bir şekilde işletmek ve demiryolu tren işletmecilerinin hizmetine sunmak hususunda Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişileri ve şirketleri" olarak tanımlanmıştır. Aynı hükümde demiryolu tren işletmecisi "ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde yük ve/veya yolcu taşımacılığı yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişileri ve şirketleri" olarak tanımlanmıştır. Ayrıca demiryolu faaliyeti tehlikeli maddelerin taşınabildiği ve demiryolu trafiğinin gerçekleştiği bir işletmeye bağlı ve tehlike unsuru içeren faaliyettir. Bu unsurlar çerçevesinde demiryolu tren işletmesinin TBK m. 71 bağlamında bir işletme olduğu açıktır.

Demiryolu ile ulaşım da raylı sistem kullanılmaktadır. Raylı sistemler, üzerinde yolcu ve yük taşımacılığı yapılabilen yüksek hızlı, konvansiyonel, banliyö, metro, tramvay, hafif raylı, monoray, manyetik kaldırılmalı (MAGLEV) hatları ve bu hatlar üzerinde çalıştırılan her türlü aracı kapsayan sistemler bütünüdür ifade eder.²² Raylı sistemler vasıtasıyla hareket eden yolcu ve yük taşımacılığında kullanılan araçlar Büyükşehir belediyeleri ve bu belediyelerin iştirak şirketleri tarafından işletilmektedir. Bu nedenle demiryolu ve raylı sistemlerde işletilen araçların faaliyetleri TBK m. 71 bağlamında tehlikeli bir işletme faaliyetidir.

²¹ Demiryollarının TBK m. 71 bağlamında sorumluluk hükmüne tabi olduğu, ve sıkça zarar doğurmaya elverişli olduğu hakkındaki görüş için bkz. Murat Doğan, Gökhan Şahan and İsmail Atamulu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2nd edn, Seçkin Yayıncılık, 2021) 229-230.

²² Anılan tanımlama Raylı Sistemler Sanayi Teknik Komitesinin Oluşumu ve Görevlerine Dair Tebliğ'in (Tebliğ No: SVGM-2019/1) dördüncü maddesinin birinci fıkrasında açıklanmıştır.

1. Demiryolu Tren İşletmecisi

Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun'un ikinci maddesinde demiryolu tren işletmecisi “ulusal demiryolu altyapı ağı üzerinde yük ve/veya yolcu taşımacılığı yapmak üzere Bakanlıkça yetkilendirilmiş kamu tüzel kişileri ve şirketleri” olarak tanımlanmıştır.

Demiryolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmeliğin 19 uncu maddesi demiryolu tren işletmecisinin sorumluluklarını genel olarak saymıştır. Demiryolu tren işletmecisi, kendisiyle taşıma sözleşmesi yapan her yolcuya veya göndericiye bu sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ve taahhüdünü yerine getirmek zorundadır. Ayrıca işletmecinin yolcunun trene biniş veya trenden iniş esnasında veya trende bulunduğu sırada ölümüne veya herhangi bir bedensel zarara uğramasına neden olan kazalardan, bagajın veya eşyanın; taşıma esnasında, trende, istasyonda veya istasyon dışında muhafaza ve nezareti altında bulunduğu süre içerisinde kayıp veya zarara uğramasından sorumludur.

Aynı hükme göre demiryolu tren işletmecisinin kusuru dışında meydana gelen olaylar sonucunda oluşan ölüm ve yaralanmalarla ilgili olarak demiryolu tren işletmecileri, mağdurların üçüncü şahıslara karşı tazminat taleplerini sürdürebilmeleri için gerekli bilgi ve belgelerin paylaşımını sağlar. İşletmecisi, işletmeciliğe başlamadan önce sürekli faal olacak bir internet sitesi kurmak, bu sitelere erişim adresini Bakanlığa bildirmek, kurulacak sitede geçerli hat, güzergâh, ücret ve zaman tarifeleri, acente ile kendilerine ait iletişim ve benzeri bilgilere yer vermekle, bu bilgilerden herhangi birisinin değişmesi halinde ise en geç 24 saat içinde değişen bilgileri güncellemekle yükümlüdür.

Demiryolu tren işletmecisi, genel sağlık şartlarından, temiz gıda ve su sunumundan, trende bulunan tuvaletlerin, koltukların bagaj bölümlerinin temizliğinden ve uygun hijyen sağlanmasından sorumludur, yolcu trenlerinde acil durumlarda ihtiyaç duyulabilecek ilk yardım müdahalesine yönelik düzenleme yapar, Sağlık Bakanlığı Acil Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğüne belirlenen gerekli tıbbi malzemeyi trende bulundurur, bir rahatsızlık anında 112 komuta kontrol merkezine haber verilir, demiryolu tren işletmecisi, bir ihbar veya şüphe halinde en yakın kolluk kuvvetlerine bildirimde bulunur.

B. Önemli Ölçüde Tehlikeli İşletme Faaliyeti Ölçütü

TBK m. 71'in ikinci fıkrasında tehlike sorumluluğunda işletmenin faaliyetindeki tehlikelilik unsuru işletmenin mahiyetine, faaliyetinde kullanılan malzeme, araç veya güçlere ilişkin kriterlere bağlanmıştır. Eğer işletme, faaliyetin yürütülmesinde uzman olan birinden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile zarar doğurmaya elverişli ise bu işletme faaliyeti tehlikelilik kriterini karşılamaktadır. Diğer taraftan yasal düzenlemelerle bir tehlike sorumluluğu öngörülmesi ise bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.

Alman Karayolu Trafik Kanunu (Straßenverkehrsgesetz) ve Sorumluluk Kanunu (Haftpflichtgesetz) aracın trafiğe çıkmasını tehlike esasına bağlamıştır.²³ Diğer taraftan Alman Sorumluluk Kanunu'nun birinci maddesine göre bir demiryolunun işletilmesi esnasında bir kişi ölür, bir kişinin vücut bütünlüğüne veya sağlığına bir zarar gelir veya bir malvarlığı zarar görürse, işleten şirket, zarar gören tarafa ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.²⁴ Kaza mücbir sebeplerden kaynaklanıyorsa tazminat ödeme yükümlülüğü ortadan kalkar.

İsviçre Sorumluluk Kanununun Revizyonu ve Standardizasyonu Hakkında Federal Kanun (Sorumluluk Kanunu) tasarısı bir tehlike kaynağının işletilmesi suretiyle zarara neden olunması durumunda, tazminat ödeme yükümlülüğünün doğacağını, tehlike sorumluluğunun münhasıran özel kanunlarda düzenlenmiş olduğunu ve aşağıdaki tehlike kaynaklarına yönelik olduğunu açıklamıştır:²⁵

Çevre için tehlikeli (Çevre Koruma Kanunu- Umweltschutzgesetz) veya patlayıcı madde bulunduran şirketler veya tesisler (Patlayıcı maddeler Kanunu- Sprengstoffgesetz);

- Elektrik hatlarını işleten kuruluşlar
- Boru hatları
- Nükleer tesisler;
- Taşıma araçları: demiryolları, motorlu taşıtlar, uçak;
- Avlanma ve avcılık tesisleri

İsviçre Sorumluluk Kanunu tasarısı motorlu taşıtlardaki risk unsurunu demiryolu için de aynı türden olduğunu ifade etmiştir. Tasarı bu düzenleme ve anlayışın hukuki eşitlik amacına hizmet edeceği ve içtihat hukukunun kusursuz sorumluluk eksikliğini, kusur sorumluluğu veya basit nedensel sorumluluğun geniş bir yorumu yoluyla telafi etmesini önleyeceğini savunmaktadır. Tasarının “Gefährdungshaftung” başlığı altında düzenlenmiş 50 nci maddesinde zararın, önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyetin karakteristik riskinin meydana gelmesinden kaynaklanması durumunda, bu durum hukuk sistemi tarafından tolere edilen bir faaliyet olsa bile, bunu gerçekleştiren kişinin sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı hükme göre bir faaliyetin niteliği veya kullanılan maddelerin, araçların veya gücün nite-

²³ Straßenverkehrsgesetz (StVG) <<http://www.gesetze-im-internet.de/stvg/BJNR004370909.html>> Erişim Tarihi 13 Nov 2021., Haftpflichtgesetz <<http://www.gesetze-im-internet.de/haftpflg/BJNR002070871.html>>, Erişim Tarihi 13 Nov. 2021; Werner Full, Zivilrechtliche Haftung im Straßenverkehr: Großkommentar zu §§ 7 bis 20 Straßenverkehrsgesetz und zum Haftpflichtgesetz (Walter de Gruyter GmbH & Co KG 2019).

²⁴ Franz Seligsohn, Haftpflichtgesetz. (de Gruyter 2020); Reinhard Greger, II. Haftpflichtgesetz. In Zivilrechtliche Haftung im Straßenverkehr (De Gruyter 2020) 595 620.

²⁵ Anılan tasarı “Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts (Haftpflichtgesetz)” başlığı altında düzenlenmiştir. Haftpflichtrecht <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftplicht.html>> Erişim Tarihi 13 Nov. 2021.



liği, yetkili bir kişiden beklenen tüm özen gösterilse bile, sık sık veya ciddi hasara yol açabiliyorsa, önemli ölçüde tehlikeli olarak kabul edilir.²⁶

Tasarı gerekçesinde belirtildiği üzere tasarının 50 nci maddesi genel bir kusursuz sorumluluk hükmü içermektedir. Bu hüküm, henüz özel bir kanun tarafından kusursuz sorumluluğa tabi tutulmamış olgular ve önemli ölçüde tehlikeli tüm faaliyetler için aynı sorumluluğun geçerli olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Önemli ölçüde tehlikeli bir faaliyetin karakteristik riskinin somut olayda ortaya çıkması neticesinde zarar meydana gelirse, faaliyet hukuki sistem tarafından tolere edilse bile, faaliyeti yürüten kişi bu madde hükmü uyarınca sorumludur.

Önemli ölçüde tehlikeli işletme faaliyeti ölçütü objektif ve sübjektif olmak üzere iki alt başlık halinde incelenecektir.

1. Objektif Unsur

“Tehlikeli faaliyeti gerçekleştiren kişi” (Person, die die gefährliche Tätigkeit betreibt- la personne qui exploite une activité specifiquement danceeuse) terimi, faaliyeti hem organizasyonel hem de ekonomik açıdan kontrol eden kişi anlamına gelir. İsviçre Sorumluluk Kanunu Tasarısının 50 nci maddesinde belirtilen “önemli ölçüde tehlikeli faaliyet (besonders gefährliche Tätigkeit)” terimi objektif bir unsur içerir ve sık sık veya ciddi/ağır zarar verme özelliğine işaret eder. Demiryolunun veya raylı sistemlerin önemli ölçüde (ciddi ve ağır zarar verme) tehlikelilik özelliğinden bahsetmek mümkündür. Tek bir hat üzerinde giden raylı ve demiryolu sisteminde hareket eden araçlar 125 ve daha fazla ton ağırlığında olan, vagon ve eklentilerinin çokluğu, fren sabolarının (pabuçları) aşınma düzeyi, fren durma mesafesi gibi birçok tehlike yaratabilecek unsura sahiptir.²⁷ Trenin ağırlığı, uzunluğu, çarpma şiddeti bu faaliyetin ciddi/ağır zarar verme özelliğini göstermektedir. Sık sık ağır zarar verme özelliği ise karayolu trafiğinde, nükleer bir kuruluştaki veya bir doğal gaz boru hattında mevcuttur ve bu tür faaliyetlerin ciddi veya sık hasar vermeleri beklenebilir.²⁸

²⁶ Anılan tasarı hükmü şu şekildedir:

“1.Wird Schaden dadurch verursacht, dass sich das charakteristische Risiko einer besonders gefährlichen Tätigkeit verwirklicht, so haftet dafür die Person, die diese betreibt, selbst wenn es sich um eine von der Rechtsordnung geduldete Tätigkeit handelt.

2.Eine Tätigkeit gilt als besonders gefährlich, wenn sie ihrem Wesen nach oder nach der Art der dabei verwendeten Stoffe, Geräte oder Kräfte geeignet ist, auch bei Anwendung aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen; dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn für ein vergleichbares Risiko bereits ein Gesetz eine spezielle Haftung begründet.

3.Spezielle Haftungsbestimmungen für ein bestimmtes charakteristisches Risiko sind vorbehalten.

²⁷ Uzun fren mesafesi nedeniyle sorumluluğun katlanması gerektiği hakkındaki görüşü için bkz. Karl Oftinger and Emil W Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, zweiter Band: Besonderer Teil. Zweiter Teilband: Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung (Schulthess 1989) 302.

²⁸ Oftinger and Stark (n 27) 302.

2. Söbjektif Unsur

“Önemli ölçüde tehlikeli faaliyet” terimi objektif unsurun yanı sıra söbjektif bir unsur içermektedir: Tehlikeli faaliyette uzman bir kişiden beklenebilecek tüm özene rağmen tehlikenin kaçınılmazlığı bu unsurun temel kriteridir. Tüm mekanik ve altyapı bakımlarına rağmen raylarda aniden ortaya çıkan arızaların, kopmaların, sabotajların makinist veya işleten tarafından önceden tespit edilememesi, vagonların aniden ayrılması sonucunda oluşabilecek zararlarda tehlikeli faaliyetin söbjektif koşulu sağlanmış olur. Zira, tehlikelilik unsuru demiryolu veya raylı sistemlerde araç işletilmeye başladığı anda ortaya çıkar.

C. Karakteristik Riziko Ölçütü

Risk unsuru tehlike sorumluluğunda olguların bu sorumluluk ilkesi ile ilişkilendirilmesini sağlar. Bu nedenle karakteristik riziko hem bir tehlike sorumluluğu ölçütü hem de olguların meydana geliş şekilleri ve faaliyetlerin niteliği bağlamında ilişki kuran bir unsurdur. Diğer taraftan rizikonun gerçekleşmesinin en önemli unsuru ise sorumluluk ölçütlerini somut olayla ilişkilendiren bir zarardır. Zararın meydana gelmesi rizikonun sorumluluk hukuku bağlamında varlığı için gereklidir.

Avrupa sorumluluk hukuku İsviçre yaklaşımının da içinde bulunduğu iki temel ölçütü esas almaktadır: Bunlar faaliyetin doğası ve özellikleri ile zararın ağırlığı ve gerçekleşme ihtimalinin yüksekliğidir.

1. Faaliyetin Doğası ve Özellikleri

Tehlikeli faaliyette özel olarak risk unsurunun belirlenmesinde *faaliyetin doğası* veya kullanılan maddelerin, araçların veya gücün özellikleri dikkate alınır. Bir aracın hızı faaliyetin doğasına işaret ederken, bir fabrikanın atıklarının toksisite oranı maddenin özellikleri ile ilişkilidir. Raylı sistemlerde ise aracın hızı tehlikeli faaliyetin doğasını, ağırlığı, durma mesafesi, çarpma şiddeti ise tehlikelilik özelliklerini karşılar.²⁹

²⁹ Madde gerekçesi şu şekildedir: “Artikel 50 enthält eine Generalklausel der Gefährdungshaftung. Damit soll erreicht werden, dass für alle besonders gefährlichen Tätigkeiten die gleiche Haftung gilt, auch wenn noch kein Spezialgesetz sie einer Gefährdungshaftung unterstellt. Entsteht ein Schaden durch die Verwirklichung des charakteristischen Risikos einer besonders gefährlichen Tätigkeit, so haftet nach Absatz 1 die Person, die die Tätigkeit betreibt, auch wenn die Tätigkeit von der Rechtsordnung geduldet wird. Mit dem Begriff “Person, die die gefährliche Tätigkeit betreibt” (“la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse”) ist die Person gemeint, die die Tätigkeit sowohl in organisatorischer als auch in wirtschaftlicher Hinsicht kontrolliert. In Absatz 2 wird der Begriff “besonders gefährliche Tätigkeit” definiert. Er enthält ein objektives Element: die Eignung, häufige oder schwerwiegende Schäden herbeizuführen. Häufige Schäden sind z.B. im Strassenverkehr zu erwarten, schwerwiegende z.B. bei einer Kernanlage oder einer Erdgasleitung. Ferner enthält der Begriff ein subjektives Element: die Unvermeidbarkeit der Gefahr trotz aller von einer fachkundigen Person zu erwartenden Sorgfalt. Die besondere Gefahr kann auf das Wesen einer Tätigkeit zurückzuführen sein (z.B. auf die Schnelligkeit, mit der sie ausgeführt wird) oder auf Eigenschaften der dabei verwendeten Stoffe (z.B. Giftigkeit), Geräte oder Kräfte. Nach dem zweiten Halbsatz von Absatz 2 ist die besondere

2. Zararın Ağırılığı ve Gerçekleşme İhtimalinin Yüksekliği

Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nin [Principles of European Tort Law (PETL)] “tehlike sorumluluğu” başlığı altında düzenlenmiş m.5:101 hükmü olağan dışı tehlike arz eden faaliyetleri açıklamaktadır.³⁰ Anılan hükme göre olağandışı tehlikeli bir faaliyette bulunan kişi, faaliyetin arz ettiği tipik tehlikeye özgü ve onun sonuçlarından doğan zarardan kusursuz olarak sorumludur. Hüküm bir faaliyetin hangi unsurlara göre olağandışı tehlikeli sayılacağına ilişkin iki temel kriter getirmektedir. İlk kritere göre, faaliyetin olağandışı tehlikeli sayılması için faaliyetin yürütülmesinde gerekli tüm özen gösterilmiş olsa bile öngörülebilir ve çok önemli bir zarar riski doğurmalıdır. İkincisi ise olağandışı tehlikeli sayılan faaliyetin yaygın olmamasıdır. Zararda riziko, zararın ağırlığına veya gerçekleşme ihtimalinin yüksekliğine göre önemli sayılabilir. Her iki koşul (zararın ağırlığına veya gerçekleşme ihtimalinin yüksekliği) rizikonun belirlenmesi için önemli ölçütlerdir.

D. Uygun Nedensellik Bağı

Tehlike sorumluluğu bakımından fiil ile netice arasındaki bağ gerekli bir unsurdur.³¹ Bir işletme faaliyeti olan demiryolunun sözleşme dışı sorumluluk kapsamında neden olduğu zararlar ile riziko ve sigortacının fayda sağlama yükümlülüğüne neden olan zarar verici olay arasındaki nedensellik bağının tespiti açısından gereklidir.

1. Genel olarak

Tehlike sorumluluğunun varlığı önemli ölçüde tehlikeli işletme faaliyeti ile ortaya çıkan zarar arasında uygun bir nedensellik bağının varlığına bağlıdır. İliyet bağı bir şekilde olguyu sonuçla ilişkili kılan sebepler bütünüdür ifade eder. Ancak kusursuz sorumlulukta Türk ve İsviçre sorumluluk hukukunda benimsenmiş ilkeye göre bu bağ yeterli değildir. Zira her olguyu bu olgunun sonucuna bağlayan birçok sebep bulunmaktadır. Ancak bu sebep ve bağlardan bazıları diğerlerine kıyasla sonucun gerçekleşmesine ve sorumluluğun ortaya çıkmasına daha çok katkıda bulunmaktadır. Diğer taraftan bir kıyas yapılmasa bile faaliyetin ve olgunun özüne göre ortaya çıkması beklenen neticelerle faaliyet veya olgu arasındaki temel, sağlam ve amaca uygun bağlar sorumluluğun ortaya çıkmasında öncü bir rol oynar. Bu nedenle kusursuz sorumluluk ve nitekim tehlike sorumluluğunda benimsenen nedensellik bağı ölçütü “uygun nedensellik bağı”dır.³²

Gefahr insbesondere dann gegeben, wenn das Gesetz für ein vergleichbares Risiko bereits eine spezielle (Gefährdungs-)Haftung vorsieht. Sie ist also z.B. für Transportmittel zu bejahen, deren Risiko jenem des Motorfahrzeugs (Gefährdungshaftung nach SVG) vergleichbar ist.”

³⁰ Principles of European Tort Law (PETL) < <http://www.egtl.org/PETLEnglish.html> > Erişim Tarihi 26 Nov. 2021.

³¹ Nuri Erişgin, Tehlike Bağı (2000) 49(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137, 138.

³² İşletmeye özgü tipik tehlike ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunması

Demiryolunda hızla ilerleyen bir trenin çevresinde yarattığı hava akımı neticesinde hayatın olağan akışında bir kimsenin yere savrulup yaralanmasının beklenmediği hallerde, havanın aşırı rüzgarlı olmasının da etkisiyle bu tür bir kazanın meydana gelişi arasındaki nedensellik bağında uygunluk kriteri bu bağlamda önemlidir. Bu durumda kişinin yere düşmesiyle trenin o zaman diliminde ve yerde hareket ediyor olması ve çevresinde hava akımı oluşturmasının rüzgar hızının yüksekliğine eklenen bir basınç ve kuvvetin olması basit anlamda nedensellik bağı sağlar. Ancak uygun nedensellik bağlamında ortaya çıkan zarar ve olay arasındaki ilişkide amaca uygun, temel sebepler aranır.

Uygun nedensellik bağına tehlike sorumluluğu bağlamında en önemli ölçütlerden bir diğeri de riziko ve zarar arasındaki ilişkidir. Bu ilişki faaliyetin önemli ölçüde tehlikelilik unsurunun bir gerekliliğidir. Faaliyetin doğası ve özellikleri, zararın ağırlığı ve gerçekleşme ihtimalinin yüksekliği rizikonun varlığını, faaliyet ile zarar sonucu arasındaki tehlikeye dayalı özel ilişkinin tanımlanması ve tespitini sağlar. Demiryolunda hareket halindeki trenin tehlikeli madde yüklü vagonlarının manevraları en fazla 15 km/h hızla yapması gerekirken bu hızın üzerine çıkmış olması sonucunda doğacak zararlarda riziko faaliyetin özelliğine, zararın ağırlığına göre belirlenebilir. Bu durumda rizikonun tespiti faaliyet ve zarar arasındaki nedensellik bağına belirlenmesinde “uygun nedensellik bağı” için özel bir ölçüt/temel sağlamış olur.

Motorlu taşıtlarda tehlike sorumluluğu ile ilgili uygun nedensellik bağı bağlamında belirleyici faktör, kanunun tehlikeli olarak kabul ettiği aracın kendine özgü yapısı, bağımsız olarak geliştirilmiş ve uygulanan kuvvetlerle hareket ettiğinde taşıtta görülebilen gizli hasar potansiyelidir (Art. 58 Abs. 1 SVG).³³ Bu nedenle, yalnızca araçtaki teknik bir sürecin bu yapısal operasyonel riskle ilişkilendirildiği durumlarda tehlike sorumluluğundan bahsedilebilir. Bu, bir kazanın sadece aracın motorlu hareketinden veya en azından hareket ile kullanılan kuvvetlerin birleşiminden oluşan tehlikelerden kaynaklanması durumunda geçerlidir (BGE 114 II 376 S. 381). Bu durumda kanun koyucunun tehlike sorumluluğunu özel olarak hükme bağladığı faaliyet, işletme ve araçlar ile TBK m. 71 bağlamında önemli ölçüde tehlikeli varsayılan işletmeler için nedensellik bağına kesen nedenler yapısal riskine göre tespit edilmelidir.

Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nin m.7:102 hükmü tehlike sorumluluğunu sınırlandıran veya kaldıran nedenleri açıklamıştır. Bu hükme göre doğa olayları ve üçüncü kişilerin davranışları engellenemez ve öngörülemez ise kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir.

gerektiği hakkında bkz. Yener Ünver, Türkiye-İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu I (Seçkin Yayıncılık 2015) 20.

³³ İsviçre Karayolları Trafik Kanunu “Strassenverkehrsgesetz” başlığı altında düzenlenmiştir.

2. Tehlike Sorumluluğunda Uygun İliyet Bağımlı Kaldırılan Sebepler

Öğretide nedensellik bağımlı kesen sebepler olarak da anılan “kaldırılan sebepler” kavramının kullanılması önemli ölçüde tehlikeli faaliyet-zarar ilişkisini sağlayan uygun nedenlerin yeniden sağlanamayacak düzeyde ortadan kaldırılmasını ifade etmek ve bu duruma ağırlık vermek için kullanılmıştır.³⁴ Zira “kesmek” ara vermek, azaltmak, güçleştirmek veya durdurmak anlamında da kullanılabilir. “Kesme” kavramının kabulü “irtibatın” yeniden sağlanabilme olasılığını ortaya koyar. Halbuki nedensellik bağımlı (ortadan) kaldırılan nedenlerin ortaya çıkması durumunda bu bağımlı yeniden tesisi aynı olay, zaman, mekan, süje için mümkün değildir. “Ortadan kaldırmak” anlamında kullanılan “kaldırmak” kelimesi “yok etmek” anlamına gelmektedir. Gerçekten de sorumluluğun önemli ölçüde tehlikeli işletme faaliyetinin ortaya koyduğu bir zarara bağlandığı olaylarda üç temel unsur nedensellik bağımlı varlığını ortadan kaldırabilir: mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ile üçüncü kişinin ağır kusuru.³⁵ Türk ve İsviçre hukukunda hakim olan nedensellik bağımlı kaldırılan “mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ile üçüncü kişinin ağır kusuru”na (Höhere Gewalt, Schweres/Grobes Selbstverschulden, Schweres/Grobes Drittverschulden) ilişkin ilke tehlike sorumluluğunda mücbir sebep dışındakiler için tartışmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi 1976 tarihli bir kararında Art. 1 EHG gereğince demiryolunun işletilmesi esnasında bir kişinin ölmesi ya da yaralanması durumunda demiryolu işletenin kazanın mücbir sebeplerden, üçüncü kişilerin kusurundan veya ölen ya da yaralanan kişinin kusurundan kaynaklandığını ispat edemedikçe meydana gelen sorumluluktan kurtulamayacağına hükmetmiştir.³⁶

³⁴ Fikret Eren, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler (15th edn Ankara Yetkin Yayınları 2013) 555. Didem Başar, Çevreyi Kirletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Çevre Sorumluluk Hukukunda Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması (2021) 46 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 145, 158; Başak Başoğlu, Sözleşme dışı kusursuz sorumluluk hukuku ve özellikle tehlike sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeler (2015) 6(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29, 44.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cevdet İlhan Günay, Borçlar Hukuku (Yetkin Yayınları, 2016), 94.

³⁶ BGE 102 II 363, 28.10.1976, 365; Benzer hükümler için bkz. BGE 96 II 359, BGE 88 II 450, BGE 87 II 306, BGE 85 II 354. Anılan yasa hükmü “Demiryolu ve Buharlı Taşıma Şirketleri ile İsviçre Postası’nın Sorumluluğu’na İlişkin Federal Kanun olup “Bundesgesetz über die Haftpflicht der Eisenbahn und Dampfschiffahrtsunternehmen und der Schweizerischen Post” başlığı altında düzenlenmiştir. Hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: “1 Wenn beim Bau oder Betrieb einer Eisenbahn oder bei Hilfsarbeiten, mit denen die besondere Gefahr des Eisenbahnbetriebes verbunden ist, ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Inhaber der Eisenbahnunternehmen für den daraus entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt, durch Verschulden Dritter oder durch Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist.
2 Als Dritte im Sinne dieses Artikels sind nicht anzusehen das Personal der Eisenbahnunternehmung oder diejenigen Personen, deren sie sich zum Betriebe des Transportgeschäftes oder zum Bau der Bahn bedient.”

2.1. Mücbir Sebep

Karakteristik rizikonun önemli ölçüde tehlikeli faaliyetin neden olduğu sonucun tehlike sorumluluğu esasına tabi olmasında nedensellik bağı mücbir sebep (force majeure/Höhere Gewalt/ vis maior) nedeniyle kalkabilir.³⁷ Bu sorumluluk türünde riziko ve zarar arasındaki özel ilişki nedeniyle mücbir sebebin nedensellik bağını kaldırması, bu özel ilişkinin varlığına bağlıdır.³⁸ Mücbir sebep zamanı, kaynağı, ortaya çıkış yeri, şiddeti, özellikleri, nedeni ve olası sonuçları öngörülemez olaylardır. Özellikle doğa olayları, savaş gibi olaylar zamanı, kaynağı, ortaya çıkış yeri, şiddeti, özellikleri, nedeni ve olası sonuçları bağlamında öngörülemezler. Bu olayların vuku bulabileceği hakkında bazı tedbirler alınabilir. Ancak bu tedbirlere rağmen şiddeti ve yukarıda saydığımız diğer unsurlar bağlamında bir öngörü yapılamadığından bu tür olaylar olağanüstü olaylar ve dolayısı ile mücbir sebep sayılırlar. Öngörü yapılamaması ve olayı olağanüstü kılan nedenlerin yanında mücbir sebepler kaçınılmazlık unsuru ile de açıklanır. Ortaya çıkış zamanı, gücü, etkisi bağlamında bu tür olaylar bir kaçınılmazlık unsuru içerir. Bu nedensellik bağını kaldıran olaylar gerçekleştiklerinde gerekli tedbirlerin alınması için yeterli zaman, ve gerekli donanım, araç ve savunmaya dair unsurlara ait serbesti yoktur. Olası zararlar kısıtlı zamanda hafifletilmeye çalışılsa bile bu tür kısıtlı tedbir ve savunma hareketleri olayın mücbir sebep özelliğini ortadan kaldırmaz.

2.2. Zarar Görenin Ağır Kusuru

İşletme faaliyeti, riziko ve zarar arasındaki nedensellik bağını kaldıracak düzeyde bir zarar görenin ağır kusurunun varlığı “zararın ve olayın kaçınılmazlığının zarar görene bağlı oluşu” ile ilgilidir.³⁹ Bu nedenle zarar görenin ağır kusurunun nedensellik bağını kaldırması için işleten bu kusura dayalı gerçekleşecek olayı öngörememeli ve olay gerçekleştiğinde zarar kaçınılmaz olmalıdır. İntihar eden bir kişinin aniden kendini trenin önüne çok yakın mesafede ve tren fren yapsa bile duramayacak şekilde atması bu duruma örnek verilebilir. Ancak ağır kusur “ihmalî” bir davranış düzeyinde olmamalıdır. Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri’nin nedensellik bağı ile ilgili öngörülen m.3:106 hükmü ise zarar görenin etki alanında kalan belirsiz sebepleri düzenlemektedir. Zarar gören, kendi etki alanında kalan bir faaliyet, olay ya da diğer bir şartın, kendi zararına sebep olmuş bulunabilme olasılığı ölçüsünde bu zararına katlanır.

³⁷ Yasemin Durak, Tehlike Sorumluluğu (2014) 9(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 23 34; Güler Gümüşsoy Karakurt, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu (2014) 13(12) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31, 48.

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Kaplan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (TBK. Madde 1-206). (Yetkin Yayınları 2021) 190.

³⁹ İsviçre’de sorumluluğun paylaşılmasında hakim olan olağan ve yüksek işletme tehlikesi ayrımı ile tren işletmesinin sahip olduğu yüksek işletme tehlikesi kapsamında zarar gören veya üçüncü kişinin kusurunun ağır kusurdan daha ağır kusur olması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. Karacan Çetin (n 6) 343 dñn. 151-152.



Metro istasyonunda kapıların kapanacağı anonsuna ve kapıların kapanıyor olmasına rağmen ısrarla kabine girmeye çalışan bir kişinin uzuvlarının veya giysisinin kapıya sıkışması neticesinde sürüklenerek zarara uğraması durumunda ortaya çıkan olaya neden olan işletme faaliyeti ve riziko unsurları arasındaki nedensellik bağı zarar görenin ağır kusuru tarafından tamamen ortadan kaldırılmıştır. Bu kişi nedensellik bağının yeniden oluşmasını sağlayacak bir başka eylemi aynı olay için artık gerçekleştiremez. Birden fazla zarar ve olaya neden olma durumları için de her olay ve zararı ayrı değerlendirmek gerekebilir. Diğer taraftan makinist kabindeki yolcular tarafından derhal acil durum butonuna basarak trenin durdurulması için ikaz düğmesine basmasına rağmen hareket etmeyi kesmiyorsa bu durumda nedensellik bağının kalktığından bahsedilemez. Tren durmadığı için zarar ve olay devam etmektedir. Ortaya çıkan netice zarar ve olaya göre nedensellik bağının kalkıp kalkmadığı değerlendirilebilir. Olayı küçük parçalar halinde değil, bir bütün olarak incelemek ve nedensellik bağını kaldıran neden olayın içinde bir bütün halinde incelenmelidir.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında demiryolunun işletme/operasyonel riskinin kazanın uygun ve yeterli bir nedeni olarak görülmemesi (nedensellik bağının varlığı) için zarar gören davacının kendi kusurunun oldukça ağır düzeyde olması gerektiğini belirtmiştir (BGE 102 II 363 S. 365). Mahkeme, okula yetişmek için treni kaçırma korkusuyla trene atlarken zarar gören 13 yaşındaki bir çocuk ile bir yetişkin arasında muhakeme yeteneğinin ve ağır kusurun varlığı ile ilgili önemli bir ayrıma gitmiştir. Bu nedenle Art. 5'in EHG "kazada ölen veya yaralanan kişi kısmen kusurlu ise, hakim tüm durumları dikkate alarak orantılı olarak tazminatta indirim yapabilir." hükmü gereğince demiryolu işletenin tehlike sorumluluğunun tamamen kaldırılmaması yönünde karar vermiştir. Bu durum zarar görenin ağır kusurunun somut olaya, kişinin özelliklerine, muhakeme yeteneğine göre takdir edilmesi gerektiğini göstermektedir.

2.3. Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

Tehlike sorumluluğunda riziko ile ortaya çıkan zarar arasındaki nedensellik bağı ortadan kaldıran üçüncü kişinin ağır kusuru işletenin sorumluluğunu kaldırır. Zarar gören dışında işletene göre üçüncü kişi sayılan kişilerin ağır kusuru bu sorumluluğun kalkmasına neden olabilecektir. Aracı çalan kişiler bu kapsamda değerlendirilebilir. İsviçre Federal Mahkemesi kusurun ağırlığının tespitinde demiryolunun sorumluluğunu ortadan kaldıracak kadar ağır/yoğun olup olmadığının her somut olay için ayrı değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmektedir (BGE 89 II 38 S. 42).⁴⁰ Özellikle raylı sistemlerde muhakeme yeteneğine sahip her bireyin

⁴⁰ Anılan ifade şu şekildedir: "Vielmehr ist in jedem Einzelfalle zu prüfen, ob nach den gegebenen Umständen in einem solchen Verhalten wirklich ein Selbstverschulden liege und ob dieses eine solche Intensität erreiche, dass es die Haftpflicht der Bahn ausschliesst."

yüksek gerilim hattına dokunması ya da teması halinde ölüm ve ciddi yaralanmalarla sonuçlanabilecek kazaların yaşanabileceğini bilmesi gerektiği, bunu bilmesine rağmen gerçekleşecek bu eylemin ağır bir kusur oluşturduğu varsayılr (BGE 89 II 38 S. 42; BGE 75 II 73). Bir demiryolu şirketinin sahibi olduğu ve işlettiği bir elektrik hattıyla temasın neden olduğu bir kazanın Demiryolu Sorumluluk Kanunu (Eisenbahnhaftpflichtgesetz- EHG) veya Elektrik Kanunu (Elektrizitätsgesetz- EIG)⁴¹ kapsamına girip girmediği konusunda ortaya çıkan sorun Art. 63 Abs. 1 und 3 OG⁴² gereğince Federal mahkeme tarafından resen incelenmiştir. Art. 1 Abs. 1 EHG hükmü gereğince bir kişinin özel veya kamuya ait alçak veya yüksek gerilim sisteminin işletilmesi sonucu ölmesi veya fiziksel olarak yaralanması halinde, kazanın mücbir sebeplerden, üçüncü şahıslar veya ölen veya yaralanan kişinin ağır ihmali nedeniyle ya da şirketin kusuru veya ihmalden kaynaklandığını kanıtlamadıkça, işletme sahibi meydana gelen zarardan sorumludur (BGE 81 II 558 S. 560).

IV. AVRUPA HAKSIZ FİİL HUKUKU İLKELERİ

A. Yarışan Sebepler

Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nin m.3:102 hükmü yarışan nedensellik başlığı altında düzenlenmiştir.

Hüküm “her biri tek başına ve aynı anda zararı doğurmaya elverişli birden çok faaliyetin bulunması halinde, her bir faaliyet, zarar görenin zararının sebebi addedilir” şeklindedir.

B. Seçimlik Sebepler

Seçimlik sebepler Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nin m. 3:103 hükmü ile düzenleme altına alınmıştır. Bu hükme göre her biri tek başına zararı doğurmaya elverişli olup, hangisinin buna gerçekten sebep olduğu belirsiz olan birden çok faaliyetin bulunması halinde, her bir faaliyet, zarar görenin zararına sebep olmuş bulunabilme olasılığı ölçüsünde, bir sebep addedilir. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre birden fazla zarar görenden belirli birinin uğradığı zarara yol açıp açmadığı kesin olmamakla birlikte tüm zarar görenlerin zararına yol açmamış olma olasılığı bulunan bir faaliyet mevcutsa, bu faaliyet, belirli bir zarar görenin zararına yol açmış olma olasılığı ölçüsünde tüm zarar görenlerin uğradığı zararın bir sebebi addedilir.

⁴¹ Anılan Kanun “Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen” başlığı altında düzenlenmiştir.

⁴² Anılan Kanun “Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz)” başlığı altında düzenlenmiştir. Birinci fıkra Federal Mahkemenin tarafların gerekçeleri ile bağlı olmadığını, üçüncü fıkra ise aynı Kanunun 43 üncü maddesi gereğince somut olayı değerlendirmekte serbest olduğunu hükme bağlamaktadır.

C. Farazi Sebepler

Farazi sebepler Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nin m.3:104 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre bir faaliyet, zarar görenin kesin ve geri dönülemez şekilde zarara uğramasına yol açmışsa, aynı zararı doğurmaya elverişli sonraki faaliyet göz ardı edilir. Ancak sonraki faaliyet ek veya daha ağır bir zarara yol açmışsa, dikkate alınır.

İlk faaliyet süregelen zarara sebep olmuşsa ve sonraki faaliyet de aynı zararı doğurmaya elverişliyse, iki faaliyet de ikinci faaliyetin zarara sebep olabileceği andan itibaren bu süregelen zararın sebebi olarak değerlendirilir.

D. Belirsiz Kısmi İlliyet

Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkeleri'nin m. 3:105 hükmünde belirsiz kısmi nedensellik öngörülmüştür. Birden çok faaliyetin zararın tamamına ya da belirlenebilir herhangi bir kısmına yol açmadığı kesinse, bunlardan zarara (en ufak şekilde dahi) katkı sağlamış olma ihtimali bulunanların, zarara eşit ölçüde sebep olduğu varsayılır.

V. DEMİRYOLUNUN NEDEN OLDUĞU ZARARLARDA SİGORTA HİMAYESİNİN KAPSAMI

Sigorta himayesinin kapsamında demiryolunda işletilen aracın işletilmesi esnasında üçüncü kişilerin ölüm ya da yaralanmaları veya cismani bir zararın meydana gelmesinden dolayı sigortalının yükümlü olduğu hukuki sorumluluk belirleyicidir. Bu çerçevede demiryolu kazası tarihi itibarıyla geçerli olan sigorta kapsamında sigorta rizikosunun gerçekleşmesi nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini poliçede belirlenecek limitler dahilinde karşılanmalıdır.

Kanımızca sigorta kapsamına tren, raylı sistemde yürütülen araçlar, vagon, araç eklentilerinin üçüncü kişilere verecekleri zararlar girer. Aynı şekilde sigorta teminat kapsamına çekilen bir raylı sisteme ait aracın alınabilmesi için poliçeye özel şart eklenmesi gereklidir.

A. Maddi Zararın Tazmini

Maddi zarar ray sistemine bağlı taşımanın rizikosunun gerçekleşmesine bağlı, zarar görenin malvarlığındaki istem dışı eksilmedir. Maddi zararın varlığı için önemli ölçüde tehlikeli işletme faaliyeti ile karakteristik rizikonun gerçekleşmesinden kaynaklanması, fiilin hukuka aykırı olması ve malvarlığında bir eksilmenin gerçekleşmiş olması gereklidir. Öğretide maddi zarar müspet-menfi, doğrudan-dolaylı, fiili-mahrum kalınan kar, şeye/mala-kişiyeye verilen, somut-soyut şeklinde ayrımlara tabi tutulmaktadır.⁴³

⁴³ Eren (n 34) 395, 526, 530; Helmut Winkler, § 5. Entgehender Gewinn und mittelbarer Schaden. In Die Gewinnversicherung (De Gruyter 1930) 21-24, 21; Johannes Ady, Ersatzansprüche wegen

Demiryolu taşımacılığı nedeniyle ortaya çıkan maddi kayıplarda malvarlığında ortaya çıkan fiili azalmalar fiili zarar, kazanç kayıpları ise mahrum kalınan karı oluşturur. Kaza nedeniyle beden zararları nedeniyle ortaya çıkan tedavi giderleri fiili zararı oluştururken, uzun süreli tedavi veya sakatlık nedeniyle işgücü kazanç kayıpları mahrum kalınan kara örnek verilebilir.

İsviçre Sorumluluk Kanunu tasarısının 45 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre tehlike sorumluluğu alanında, aksine hükümler saklı kalmak kaydıyla, yalnızca ölüm, fiziksel/bedene ilişkin veya manevi bütünlüğün ihlali, eşya veya çevreye verilen zararlar nedeniyle tazminata hak kazanılır.

Ölüme ilişkin zararların tazmininde özellikle cenaze giderleri, ölümün hemen gerçekleşmemiş olması durumunda tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardan oluşur (TBK m. 53). Diğer taraftan bedensel zararların tazmininde özellikle tedavi giderleri, Kazanç kaybı, Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardan oluşur (TBK m. 54).

B. Manevi Zararın Tazmini

Manevi zararın tazmini için bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi, zarar gören veya ölenin yakınlarının talepte bulunması gerekmektedir. Hakim olayın şartlarına göre zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir (TBK m. 56).⁴⁴ Tehlike sorumluluğunda bu tazminatın ödenmesinde kusur aranmaz. Yansıma zararlar demiryolunun neden olduğu kazalarla ilişkili olarak talep edilebilir. Demiryolu kazalarının neden olduğu dolaylı zararlar (zarar görenle aradaki özel ilişki nedeniyle ortaya çıkan) yansıma zarar olarak ödenmesine hakim tarafından karar verilebilir.⁴⁵

VI. DEMİRYOLUNUN NEDEN OLDUĞU ZARARLARIN SİGORTASINDA RİZİKO İSTİSNALARI

Sigortacı ve sigorta ettiren arasındaki ilişkide sigorta koruması sağladığı birincil ve sağlamadığı ikincil riziko sınırlandırmaları riziko istisnalarını oluşturur.⁴⁶ Bu alanda sorumluluk ve riziko yasal olarak düzenlenmemiştir. Bu riziko

immaterieller Einbußen (Vol. 136 Mohr Siebeck 2004) 63; Maximilian Fuchs and Werner Pauker, Kapitel 7: Immaterieller Schadensersatz (§ 253 Abs. 2). In Delikts- und Schadensersatzrecht (Springer 2012) (227-234, 227 ff.

⁴⁴ Kişi ve malvarlığına gelen zararların yanı sıra salt ekonomik zararların da tehlike sorumluluğu kapsamında tazmin edilmesinin kabul edilmesi gerektiği hakkındaki görüşü için bkz. Başoğlu (n 34) 49.

⁴⁵ Yansıma zararlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Çağlar Özel, Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler (2001) 50(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 81-106, 84.

⁴⁶ Bkz. Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Sigorta Hukuku. (Yetkin Yayınları 2023) 126.



istisnaları demiryolunda böyle bir genel şart olmadığından Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Taşımacılık A.Ş. Genel Müdürlüğü Sigorta Yönergesi genel şartlarının dikkate alınacağı düşünülebilir. Ancak, aynı yönerge üçüncü kişiler verilen zararlar hakkında bir düzenleme öngörmemektedir. Diğer taraftan, Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği m. 13, üçüncü kişileri de kapsayan bir sigorta zorunluluğu getirmektedir. Kanunla ya da Cumhurbaşkanı tarafından sigorta zorunluluğu getirilebilecekken yönetmelikle bu zorunluluğun getirilmesinin yerinde olmadığı kanısındayız.⁴⁷ Bu konuda gerekli düzenlemenin Kanun veya Cumhurbaşkanı Kararnamesi ile yapılması daha uygun olacaktır.

A. Yer Bakımından İstisna

Demiryoluna ait kazalardan sorumluluğun doğması için demiryolu veya raylı sistemlerin geçtiği yerde gerçekleşmesi gerekir. Gerçekten de yüksek hızlı tren, konvansiyonel, banliyö, metro, tramvay, hafif raylı, monoray, manyetik kaldırmalı hatları ve bu hatlar üzerinde çalıştırılan her türlü aracın işletildiği ray sistemleri kazaların meydana geldiği yerin belirlemede önemli bir kriterdir. Diğer taraftan üst kısmında elektrik direkleri ile birlikte yürütülen sistemlerde raylı sistemin üzerinde yer alan havai hat diğer adıyla katener demiryolu ve ray sisteminin yer itibarıyla tespitinde esaslı unsurdur.⁴⁸ Bu tür sistemlerde katener ve rayların bir bütün olarak kabulü gerekir. Katener sistemler rijit ve konvansiyonel sistemler şeklinde uygulanmaktadır.⁴⁹ Ayrıca üçüncü ray sistemi mevcut rayların yanında konuşlandırılan bir enerji hattı ile işlev gösteren bir sistemdir. Bu sistemsel işletim ağının dışındaki yerler riziko istisnasına girer.

Tehlike sorumluluğunun demiryolu veya ray sistemi içinde yer bakımından uygulama alanı bulamayacağı durumlarda genel hükümlere göre sorumluluk işletilmelidir. Hemzemin geçitte meydana gelen kazalarda sorumluluk KTK.m.110/I'de özel olarak düzenlenmiştir.⁵⁰ Bu nedenle uygulanacak hükümler bağlamında ve sorumluluk kapsamında yer bakımından uygulamada hemzemin geçitlerin özel bir durumu bulunmaktadır. Diğer taraftan, doktrin⁵¹ ve Yargıtay⁵² tarafından kabul edilen görüşe göre hemzemin geçit karayolunun bir uzantısıdır. Aynı düşüncenin

⁴⁷ Sigorta Kanunu m. 13/1 Cumhurbaşkanının, kamu yararı açısından gerekli gördüğü hallerde zorunlu sigortalar ihdas edebileceğini öngörmektedir.

⁴⁸ Orhan Yaman, Ebru Karaköse, İlhan Aydın, Mehmet Karaköse and Erhan Akın, Pantograf-katener sistemler için bulanık mantık tabanlı belirlenen pantograf modeli kullanılarak ark tespiti yaklaşımı (2017) 21(4) Sakarya Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi, 724 725.

⁴⁹ Şule Kuşdoğan and Ömür Doğruer, Demiryolu Elektrifikasyonunda Katener Sistem Tasarımı (2021) (14) Demiryolu Mühendisliği 130 132.

⁵⁰ Hasan Petek, Kamu tüzel kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu'na göre hukuki sorumluluğu (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3287 3337 dph. 84;

⁵¹ Uyumaz (n 15) 979.

⁵² Yargıtay 17.HD. 2016/8926 E., 2017/2771 K. 15.03.2017; Yargıtay 17. HD. 2010/172 E., 2010/4349 K. 06.05.2010.

demiryolu için de geçerli olup olmadığı ise tartışılmalıdır. KTK m. 3'te hemzemin geçit için "Karayolu ile demiryolunun aynı seviyede kesiştiği bariyerli veya bariyersiz geçitler" olarak yapılan tanımlama demiryolu için de geçerli olmalıdır. Bu durumda somut olayın niteliğine göre sorumlulukların yarışmasından söz edilebilir.

Ülke sınırı yer bakımından uygulamada istisnalardan biridir. Öte yandan sigorta hukuku bağlamında sigortacının sorumluluğunun ülke sınırı dışında geçerli olacağı kararlaştırılabilir.⁵³ Zira demiryolları Avrupa Birliği gibi ülke sınırlarında geçişkenliğin olduğu durumlarda riziko istisnasında yer bakımından ülke sınırı ciddi bir sorumluluk sorunu ortaya çıkarabilir.

B. İşletilme Halinde Olmayan Raylı Sistem Araçları

Karayollarında işletilme halinde olmayan araçların tespit ve tayininde park etmiş, itilen, çekilen araçlar gibi kriterler yer alırken demiryolunda bu durum daha zorlaşmaktadır. Özellikle istasyonlarda ve park yerlerinde demiryolu ve raylı sistemlerde motor sistemi çalışmasa da aracın sabit bir raylı sistemde park halindeyken ve motor aksamı çalışmazken hareket edip bir başka araca veya kişiye zarar verme ihtimali vardır. Demiryolu işletenin sorumlu tutulabilmesi için, zarar görenin, kazanın oluşumunda işleten veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilere ilişkin bir kusurun varlığını veya araçtaki bozukluğun kazaya sebep olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Kanımızca, KTK m. 85/3 ün kıyas yoluyla uygulama alanı bulması gerekir.

Demiryolu veya raylı sistemlerde sorumlu tutulan kişiler tren makinistleri, demiryolu altyapı işletmecileri ve tren işletmecileridir. Tren makinistinin cer aracı⁵⁴ sevk ve idaresi yapmasından ileri gelen kusurlar bu kapsama girer. Demiryolunda veya raylı sistemde işletilme halinde olmayan cer aracın sorumluluğunda aracın işletilmesi doğrudan motor, enerji ve raylı sistemlere bağlı olduğundan tehlikeli maddelerin taşınmasında gerekli kurallara uyulması, demiryolu emniyet yönetme-

⁵³ 4447 sayılı Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun ile sözleşmecilerde trafik kazalarında zarar görenlerin haklarının zorunlu bir sigorta sisteminin kurulması yoluyla güvence altına alınması gerektiğini düşünerek bu imkan sağlanmıştır. Türkiye Motorlu Taşıtlar Bürosunun Çalışma Usul Ve Esasları Hakkında Yönetmelik gereğince Türkiye Motorlu Taşıtlar Bürosu 4477 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunan Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi başta olmak üzere, motorlu araçların işletilmesi nedeniyle tabi olunan mali sorumluluğu karşılamak üzere yurtdışında geçerli sigorta belgelerinin basım, denetim ve düzenlenmesi ile bu sigorta belgeleri kapsamında motorlu araçların sebep olduğu hasarların ödenmesini ve motorlu araçların işletilmesi nedeniyle tabi olunan mali sorumluluğu karşılamak üzere yurtdışında düzenlenen ve ilgili mevzuat uyarınca Türkiye'de geçerli bulunan sigorta sözleşmeleri kapsamında bu araçların sebep olduğu hasarların tedvir ve tasfiyesini temin eder.

⁵⁴ Cer aracı, üzerinde bulunan motor tarafından üretilen tahrik gücüyle hareket eden her türlü lokomotif, otomotrisi ve tren setleridir (Demiryolu Emniyet Kritik Görevler Yönetmeliği m. 4/1-ç).



liği ve kurallarına uyulması, emniyet kritik görevlerine⁵⁵ ilişkin kurallara uyulmasına ilişkin bir kusurun varlığı zarar gören tarafından ispat edilmelidir. Hemzemin geçitlerin korunmasına ilişkin kusur da bu durumda ispatlanmalıdır.⁵⁶ Ayrıca raylı sistemde işletilen araçların bozukluğunun kazaya sebep olduğu zarar gören tarafından ispat edilmelidir.

Sorumluluk sigortalarında demiryolunda veya raylı sistemde işletilme halinde olmayan ve taşımacılık için özgülümlenmiş cer aracın sorumluluğunda gönderen, taşımacı, alıcı, yükleyen, paketleyen, dolduran tank-konteyner/portatif tank sahibi veya işletmecisi, sarnıç-vagon sahibi veya kullanıcıları, demiryolu altyapı işletmecisi, boşaltanın yükümlülükleri dikkate alınır.⁵⁷

C. Kazadan Sonra Yapılan Yardım Faaliyetleri İstisnası

Demiryolu kazalarına ilişkin yardım faaliyetlerinde zarar görenin yardım faaliyetinde bulunması nedeniyle ortaya çıkan zararlardan işletenin genel hükümlere göre sorumluluğuna gidilebilir. Bu sorumluluğun yüklenebilmesi için işletici teşebbüs sahibinin kazadan dolayı sorumlu olması ya da zarar görenin yardımının doğrudan doğruya trende bulunanlara, kazaya taraf olan üçüncü kişilere yapılmış olması gerekmektedir. Buradaki sorumlulukta tazminatın miktarı hakkında KTK m. 85/4'teki hakime tanınan takdir yetkisi kanaatimizce demiryolunda da uygulanmalıdır.

D. Hatır İçin Taşıma

Demiryolu işletenin KTK'nın 87 nci maddesini gerekçe göstererek hatır taşımacılığı nedeniyle zarar görene karşı genel hükümlere tabi olması tartışmalıdır. Bir görüşe göre demiryolu taşımacılığında hatır için taşıma veya hatır için ödünç verme durumunda zarar görenin uğradığı zarardan sorumluluğun özel tehlike sorumluluğu kapsamında sayılması gerektiği bu nedenle de KTK m. 87'nin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir.⁵⁸ KTK m. 87 uygulamasında taşınan kişinin uğradığı ölüm ve bedene dayalı zararlar sorumluluk kapsamında olup bunların dışındaki zararlar kapsam dışındadır. Ancak, bu sorumluluk öğretideki hakim görüşe göre azaltılabilir.⁵⁹ Sorumluluğun azaltılması ve hatır taşımacılığı nedeniyle ortaya çıkan zararın sınırlandırılmasının temel nedenleri hakkında

⁵⁵ Emniyet kritik görevler, demiryolu taşımacılık faaliyetlerinde, tüm işletmecilerin bünyesinde emniyete doğrudan etki edebilecek unsurlar üzerinde çalışan personelin üstlendiği görevlerdir (Demiryolu Emniyet Kritik Görevler Yönetmeliği m. 4/1-h).

⁵⁶ Petek (n 50) 3340.

⁵⁷ Bu yükümlülükler Tehlikeli Maddelerin Demiryolu İle Taşınması Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Anılan Yönetmelik taşıma faaliyetlerinde genel kuralları, Demiryolu ile tehlikeli maddelerin taşınmasında özel kuralları hüküm altına almıştır.

⁵⁸ Anılan görüş için bkz. Uyumaz (n 15) 1001.

⁵⁹ Yasemin Durak and Turan Şahin, Hatır İçin Taşıma=(Giving A Lift) (2015) 73(1) Journal of Istanbul University Law Faculty 339 362.

farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu taşımacılık türünde somut olayın özellikleri, karşılıksızlık unsuru, tehlike rizikosunun en başta taşınan tarafından kabul edilmesi, adalet duygusu, nedeniyle sorumluluk azaltılmalıdır.⁶⁰ Bu uygulama ve görüşün demiryolu taşımacılığında da uygulama alanı bulabileceği kanısındayız.

E. Taşınan Eşya-Çekilen Cer İstisnası

KTK m. 87/2 zarar görenin beraberinde bulunan bagaj ve benzeri eşya dışında araçta taşınan eşyanın uğradığı zararlardan dolayı işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğunun genel hükümlere tabi olduğunu düzenlemektedir. Aynı Kanununun 102nci maddesinin birinci fıkrası bir römorkun veya yarı römorkun veya çekilen bir aracın sebep olduğu zarardan dolayı, çekicinin işleteni, motorlu aracı işletenin sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulur. Çekilen araçla ilgili olarak sorumluluk genel hükümlere tabidir. Ayrıca çekicinin sorumluluk sigortası, çekiciyi işletenin, römorkun sebep olduğu zarardan dolayı sorumluluğunu da kapsar. Demiryolunda ise bu konuda bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kanımızca, zarar görenin beraberinde bulunan ve demiryolu işletenin taşıdığı eşyalar demiryoluna ilişkin sorumluluk sigortası kapsamında bulunmalıdır. Diğer taraftan zarar görenin beraberinde taşınmayan eşyalar genel hükümlere tabi olmalıdır. Ancak zarar görenin beraberinde bulunan ve demiryolu işletenin taşımadığı, bir başka araçla çarpışma sonrası meydana gelen kaza neticesinde ortaya çıkan zararlar ise sorumluluk sigortası kapsamında değerlendirilmelidir.

Demiryolunda çekilen araçların işletenleri ayrı ya da farklı olması çekilen aracın işleteninin sorumluluğunu değiştirir. Çekilen aracın işleteni ile çeken aracın işleteni birbirinden farklı ise çekilen aracın neden olduğu zararlardan dolayı çeken aracın işleteni sorumluluk sigortası kapsamında değerlendirilmelidir. Diğer taraftan çekilen aracın sorumluluğu ise genel hükümlere tabidir. Ancak mevcut olayda karakteristik riziko oluşan zararla, çekilen aracın işleteni arasında uygun nedensellik bağlamında tehlike sorumluluğu esaslarına göre bir bağ kurulabiliyorsa bu durumda çekilen aracın da sigorta kapsamında değerlendirilmesi gerekebilir.

F. Farazi İşletenler

Farazi işleten KTK'da düzenlenmiştir. İşleten gibi sorumlu tutulan bu kişiler araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi (KTK m. 85), motorlu araçla ilgili mesleki faaliyette bulunanlar (KTK m. 104), yarış düzenleyicileri (KTK m. 105), motorlu aracı çalan ya da gasp edenler (KTK m. 107) farazi işleten sayılır. Karayolu motorlu araçlar için bu düzenlemeler öngörülmüşken demiryolu için aynı yönde bir düzenleme bulunmamaktadır. Farazi işletenler, mesleki faaliyette bulunanlar,

⁶⁰ Yıldırım Keser, Hatır Taşımacılığında Doğan Zararlardan Hakkaniyet İndirimi (2019) Prof. Dr. Durmuş Tezcan' a Armağan, C.21, Özel Sayı, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 2395 2405.



treni çalan veya gasp edenler, işletenin araç sahibine karşı sorumluluğu genel hükümlere tabidir.⁶¹ Kanımızca, çalınan veya gasp edilen bir tren veya raylı sisteme ait aracın neden olduğu zararlar sorumluluk sigortası kapsamı dışında olmalıdır.

SONUÇ

Demiryolu ve raylı sistemlerin işletilmeleri TBK m. 71 bağlamında bir işletme faaliyetidir. İsviçre Sorumluluk Kanunu tasarısı motorlu taşıtlardaki risk unsurunu demiryolu için de aynı türden olduğunu ifade etmiştir. Tasarı bu düzenleme ve anlayışın hukuki eşitlik amacına hizmet edeceği ve içtihat hukukunun kusursuz sorumluluk eksikliğini, kusur sorumluluğu veya basit nedensel sorumluluğun geniş bir yorumu yoluyla telafi etmesini önleyeceğini savunmaktadır. Avrupa'da tehlike sorumluluğunun önemli ölçüde tehlikelilik kriterlerinden olan objektif ve sübjektif unsurlar Türk sorumluluk hukuku ve demiryolunun sözleşme dışı neden olduğu zararlarda sorumluluk bağlamında da geçerli olmalıdır. Diğer taraftan aynı tasarı ile öngörülen karakteristik riziko ölçütlerinden faaliyetin doğası ve zararın ağırlığı ile gerçekleşme ihtimalinin yüksekliği demiryolunun neden olduğu sözleşme dışı sorumluluk ve sorumluluk sigortasının kapsamının belirlenmesi açısından önemli kriterler getirmektedir. Sigorta ve sorumluluk hukuku ile ilgili düzenlemelerin iç hukuka yansımalarında bu kriterlerin esas alınması önemlidir.

Demiryolunun, hızlı trenlerin ve raylı sistemlerin günümüz ulaşım sektöründe geldiği nokta, bu sistemlerin neden olduğu zararlardan sorumluluğun çerçevesinin çizilmesini, zorunlu ve ihtiyari sorumluluk sigortaları genel şartlarının tespitini gerekli kılmaktadır. Ayrıca sigortada riziko istisnalarının yer, işletilme halinde olmayan raylı sistem araçları, kazadan sonra yapılan yardım faaliyetleri, hatır için taşıma, taşınan eşya ve çekilen cer istisnası ve farazi işletenler bağlamında yasal düzenlemelerin yapılması gereklidir.

KAYNAKÇA

Ady J, Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbußen (Vol. 136 Mohr Siebeck 2004)

Ayhan R, Hayrettin Çağlar and Mehmet Özdamar, Sigorta Hukuku. (Yetkin Yayınları 2023)

Başar D, Çevreyi Kirletenin Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Çevre Sorumluluk Hukukunda Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması (2021) 46 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

Başoğlu B, Sözleşme dışı kusursuz sorumluluk hukuku ve özellikle tehlike sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeler (2015) 6(2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

⁶¹ Fikret Eren, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği Ve Unsurları (1987) 39(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159 181. Demiryolu aracını tamir, bakım ve benzeri amaçlarla devralan kişilerin farazi işleten sayılacağı yönündeki görüşü için bkz. Ayşe Erol Sarıyev, Türk Sorumluluk Hukukuna Göre Demiryolu İşletenin Akit Dışı Sorumluluğu (Ankara Üniversitesi 2018) Doktora Tezi 40.

Dergisi

Caemmerer EV, Reform der Gefährdungshaftung (de Gruyter 2018)

Deutsch E, Sorumluluk Hukukunun Temel İlkeleri (Şeref Ertaş çev., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2(2) 1981)

Dietz H, Hausratversicherung 84: Bedingungen, Klauseln, Prämienrichtlinien, Versicherungstechnik. (VWV GmbH 1988)

Doğan M, Şahan G and Atamulu İ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2nd edn, Seçkin Yayıncılık, 2021)

Durak Y, Tehlike Sorumluluğu (2014) 9(1) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Durak Y and Şahin T, Hatır İçin Taşıma=(Giving A Lift) (2015) 73(1) Journal of Istanbul University Law Faculty

Ehrenberg V, Der Versicherungsfall. In Privatversicherungsrecht (Springer 1923)

Erdoğan İ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4th edn, Gazi Yayınevi 2019)

Eren F, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (Ankara 2015)

Eren F, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler (15th edn Ankara Yetkin Yayınları 2013)

Erişgin N, Tehlike Bağı (2000) 49(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Fuchs M and Pauker W, Kapitel 7: Immaterieller Schadensersatz (§ 253 Abs. 2). In Delikts-und Schadensersatzrecht (Springer 2012)

Full W, Zivilrechtliche Haftung im Straßenverkehr: Großkommentar zu §§ 7 bis 20 Straßenverkehrsgesetz und zum Haftpflichtgesetz (Walter de Gruyter GmbH & Co KG 2019)

Gökcan HT and Kaymaz S, Karayolları Trafik Kanununa Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat-Sigorta Rücu Davaları Trafik Suç ve Kabahatleri (Ankara: Seçkin Yayın, 2010)

Gümüşsoy Karakurt G, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Tehlike Sorumluluğu (2014) 13(12) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Günay Cİ, Borçlar Hukuku (Yetkin Yayınları, 2016)

Heimbücher B, Einführung in die Haftpflichtversicherung (3 VWV GmbH 2003)

İkizler M, Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku ile Kısaca Karşılaştırılması (2015) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi



Kaplan İ, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (TBK. Madde 1-206). (Yetkin Yayınları 2021)

Karacan Çetin H, Karayolları Trafik Kanununda Hukuki Sorumluluk (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016)

Kayar İ, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri (11th edn, Seçkin Hukuk, Ankara, 2019)

Kayıhan Ş, Mustafa Ünlütepe, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (6th edn Seçkin Yayınevi 2018)

Keser Y, Hatır Taşımacılığında Doğan Zararlardan Hakkaniyet İndirimi (2019) Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel Sayı, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi

Korkusuz MR, Yeni Borçlar Kanunu Tasarısında Tehlike Sorumluluğu Düzenlemesi (2008) 12(16-17-18-19) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Kuşdoğan Ş. and Doğruer Ö, Demiryolu Elektrifikasyonunda Katener Sistem Tasarımı (2021) (14) Demiryolu Mühendisliği

Lenz T, Versicherungsrecht. In Die Rechtsabteilung (Gabler Verlag 2012) 288-300; Mike Weitzel, Versicherungsrecht. In Die Rechtsabteilung (Springer Gabler 2019)

Müller-Erbach R, 'Gefährdungshaftung und Gefahrtragung' (1910) Archiv für die civilistische Praxis 106(H. 3)

Oberbach H, I. Der Versicherungsfall (§§ 5, 6). In Der Versicherungsschutz (De Gruyter 2020)

Oftinger K and Stark EW, Schweizerisches Haftpflichtrecht, zweiter Band: Besonderer Teil. Zweiter Teilband: Gefährdungshaftungen: Motorfahrzeughaftpflicht und Motorfahrzeughaftpflichtversicherung (Schulthess 1989)

Oğuzman MK and Öz MT, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2nd Edn Vedat Yayıncılık 2014)

Özel Ç, Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler (2001) 50(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Petek H, Kamu tüzel kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu'na göre hukuki sorumluluğu (2014) 16 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Seligsohn F, Haftpflichtgesetz. (de Gruyter 2020); Reinhard Greger, II. Haftpflichtgesetz. In Zivilrechtliche Haftung im Straßenverkehr (De Gruyter 2020)

Stoecker P, Der Vorsatz des Versicherungsnehmers bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles im Sinne des § 103 (VVG. Universitätsverlag Göttingen 2011)

- Uyumaz A and Tokat, H Demiryolu ile yolcu taşımacılığında kaynaklanan akit dışı hukukî sorumluluk (2016) 65(3) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- Ünver Y, Türkiye-İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Sempozyumu I (Seçkin Yayıncılık 2015)
- Winkler H, § 5. Entgehender Gewinn und mittelbarer Schaden. In Die Gewinnversicherung (De Gruyter 1930)
- Yaman O, Karaköse E, Aydın İ, Karaköse M and Akın E, Pantograf-katener sistemler için bulanık mantık tabanlı belirlenen pantograf modeli kullanılarak ark tespiti yaklaşımı (2017) 21(4) Sakarya Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi
- Yılmaz H, Karayolları Trafik Kanununda Zararın Paylaştırılması (Seçkin Yayıncılık 1995)
- Yongalık A, “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi” (2011) 60(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi



MARKA KORUMASINDA TESCİL VE ÖNCELİK İKİLEMİ ÜZERİNE YARGITAY VE ABAD KARARLARI IŞIĞINDA BİR İNCELEME

*An Analysis on the Registration and Priority Dichotomy in Trademark
Protection in the Light of the Court of Cassation and CJEU Decisions*

Hayri BOZGEYİK*
Fatih Mehmet TABUR**

Öz

Çatışan fikri mülkiyet haklarından hangisine üstünlük tanınacağı sorunu marka hukuku açısından önemini korumaktadır. Marka hukukunun temel ilkelerinden olan öncelik, SMK 155'in yürürlüğe girmesinden sonra tescil ilkesi karşısında daha üstün bir hak olarak kabul edilmiştir. Bu çalışmada marka kavramı ile tescil ve öncelik ilkeleri incelenmiş ve marka hakkının mahiyeti ile bunun bir başka tescili engelleme etkisi araştırılmıştır. Konu SMK öncesi dönemdeki yargı uygulaması, bu dönemde ileri sürülen görüşler, karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları çerçevesinde ele alınmış ve nihayet SMK 155 ile birlikte ortaya çıkması muhtemel sorunlar irdelenerek, çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: marka hakkı, tescilli marka, çatışan haklar, öncelik ilkesi

Abstract

The question of which of the conflicting intellectual property rights is to be recognised as superior remains important in trademark law. Priority, which is one of the basic principles of trademark law, has been accepted as a superior right over the priority of registration after the entry into force of Article 155 of the SMK. In this study, the concept of trademark and the principles of registration and priority are analysed, and the nature of the trademark right and its effect on preventing another registration are investigated. The subject matter has been analysed within the framework of the judicial practice before the SMK, the opinions put forward in this period, the practices in comparative law and the decisions of the Court of Justice of the European Union, and finally, the problems that may arise with the SMK 155 have been examined and various suggestions have been made.

Keywords: trademark right, registered trademark, conflicting rights, principle of priority

> Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

> Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 18.12.2023

> Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Prof. Dr., Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hbozgeyik@aybu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-9974-7459>.

** Hâkim, Ankara Adliyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, fatihmehmettabur@hotmail.com, <https://orcid.org/0009-0004-6344-3762>.

GİRİŞ

Marka, ayırt etme işlevi sayesinde, belirli mal ve hizmetleri ferdileştirmekte, bunlara bir nevi kimlik kazandırmakta, böylece ilgili tüketici kesimi nezdinde bu mal ve hizmetlere yönelik bir talep oluşturmaktadır¹.

Marka hukukunda tescil ve öncelik ilkelerinden hangisine üstünlük tanınacağı bir tartışma konusudur. Bir markaya tecavüz halinde, tecavüze konu eylemin sonraki tarihli tescilli bir hakka dayalı olması halinde, bu hususun eylemi hukuka uygun hale getirip getirmediğinin belirlenmesi önemlidir. Yargıtay'ın mülga 556 sayılı KHK dönemindeki uygulamasında, sonraki tarihli eylemin önceki tarihli marka hakkını ihlâl ettiği durumlarda, sonraki tarihli eylemin tescilli bir hakka dayalı olması bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiş ve böylece Yargıtay, tescil ilkesine, öncelik ilkesi karşısında üstünlük tanımıştır. SMK 155 ile bu konuda köklü değişiklikler olmuş ve marka hukukunun temel prensiplerinden biri olan öncelik ilkesi, tescil ilkesi karşısında daha üstün bir hak olarak kabul edilmiştir.

Bu çalışmada öncelikle marka kavramı ile tescil ve öncelik ilkeleri irdelenecek, sonra marka hakkının mahiyeti ile bir başka tescili engelleme yetkisi izah edilecektir. Sonra çalışmamızın esas konusu olan marka hukuku temelinde çatışan tescilli haklar, 556 sayılı KHK dönemi yargı uygulaması, bu dönemde ileri sürülen görüşler, karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar ve SMK 155'e mehzaz oluşturan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları incelenecek, çalışmanın son kısmında ise SMK 155 hükmünün uygulamada ortaya çıkarması bir takım muhtemel sorunlar irdelenecek, bu sorunların ne şekilde ele alınması gerektiğine ilişkin kanaatimiz ortaya konulacaktır.

I. MARKA HAKKININ MAHİYETİ

Marka hakkının hukuki mahiyeti konusunda eski eserlerde farklı görüşler ileri sürülmüştür². Günümüzde hâkim görüş, bunun özel hukuka giren bir sübjektif hak olduğu³ ve bir mutlak hak niteliği taşıdığı yönündedir⁴. Bu nedenle, markanın

¹ Bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5.Bası, Vedat 2012) 360 vd.; Aslan Kaya, *Marka Hukuku*, (Arıkan 2006) 13 vd.; Sabih Arkan, *Marka Hukuku I* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1997) 35 vd.; Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku* (Adalet 2019) 19-21; Cahit Suluk / Rauf Karasu / Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2023) 183 vd.; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (5. Baskı, İstanbul 2023) 9 vd.

² Haydar Arseven, 'Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayri Kanuni Rekabetle Münasebeti' (1950) 16 (3-4) İHFM 822 vd.

³ "Umumiyetle sübjektif hukuk, gaye bakımından beşerî menfaatleri tatmine yarayan bir vasıta ve objektif hukuk tarafından fertlere tanınan bir salahiyet (*Macht*) olarak tarif edilir. Sübjektif hukuktan bahsedebilmek için pozitif hukuk tarafından, hukuk nizamı tarafından fertlere tanınan bir salahiyetin mevcudiyeti lazımdır. Bu salahiyetin, salahiyet olabilmesi için kullanılması şahsın ihtiyarına bağlı bulunmalıdır. Kullanılması şahsın ihtiyarına bağlı olmayan bir şey ise bir hak değil, bir vecibe mükellefiyettir. Objektif hukuk bir şahsa salahiyet vermeden bir himaye bahsetmiş ise, henüz bir hak yoktur. Sübjektif hukuk şahsa mevzuu üzerinde bir hakimiyet hakkı, bir talep hakkı ve inşai bir hak tanır." bkz. Arseven (2), 834.

⁴ Kaya (n 1) 34-35; Uzunallı (n 1) 23; Tekinalp (n 1) 22; İlhami Güneş, *Sınai Mülkiyet Kanunu*

sahibine sağladığı hakların, marka sahibi ile arasında bir hukuki ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın herkese karşı ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.

Marka hakkı sahibi, tescilli markayı münhasır biçimde kullanma ve tescile bağlı haklardan istifade etme imkânına sahiptir. İnhisarî niteliğin bu iki yönünden ilki tasarruf, ikincisi ise üçüncü kişilerin kullanımını engelleyebilme yetkisidir⁵. Bu aynı zamanda tescilin olumlu ve olumsuz iki yönünü oluşturmaktadır.

Önceki tescilsiz kullanımlar ile tanınmış markalara özgü istisnai normlar saklı kalmak üzere, mal veya hizmetlere ilişkin tanıtıcı işaretlerin markalar siciline tescil edilmesi, SMK bağlamında öngörülen özel korumanın uygulama alanı bulabilmesi için gereklidir. Bu husus, SMK 7/1 hükmünde açıkça ifade edilmiş, marka hakkının kapsamı hükmün 2., 3. ve 4. fıkralarında, hakkın sınırları ise 5. fıkrasında düzenlemiştir⁶. Tanınmışlık düzeyine ulaşmış markalarda koruma kapsamı daha da genişlemektedir. SMK 7. maddesinde marka sahibinin yasaklayabileceği haller, 29. maddesinde ise, marka hakkını ihlal eden eylemler düzenlenmiştir.

II. MARKA HAKKININ KAZANILMASI

SMK'da öngörülen marka koruması tescil yolu ile elde edilir (SMK 7/1). Bu anlamda tescil, kurucu bir etkiyi haizdir⁷. Marka tescili, sahibine inhisarî yetkiler içeren bir mutlak hak bahşeder⁸. Böylece, marka olarak tescil edilen işaret, marka sahibinin kullanımına tahsis edilir ve marka sahibi bu işaretin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına engel olabilir⁹.

Ticaret alanında kullanılan bir tanıtmaya vasıtası, kullanıldığı ürün veya hizmetleri ferdileştirdiği ve marka fonksiyonları icra ettiği takdirde, tescilli olmasa bile, mahiyeti itibarı ile tescilsiz bir marka kabul edilir. Böyle bir tescilsiz işaret hakkında SMK hükümleri değil, haksız rekabet, haksız fiil gibi genel hükümler uygulama alanı bulur.

Markanın tanınmış marka niteliğini haiz olması veya önceki tescilsiz kullanım gibi bazı hallerde, tescil söz konusu olmadığı halde SMK'nin bazı hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Marka olarak tescil edilmiş veya tescil talebiyle bir başvuruya konu edilmiş olan bir işaret, aynı mal ve hizmetler için bir başkası adına marka olarak tescil edi-

İşığında Uygulamalı Marka Hukuku (2.Baskı, Adalet 2020) 194; Arkan (n 1) 126; Türkay Alıca, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Önceki Hakların Etkisi (6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu 9-10 Mart 2017, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 679; Çolak (n 1) 11.

⁵ Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması* (2. Baskı, Oniki Levha 2019) 8-9; Kaya, (n 1) 37.

⁶ Arkan (n 1) 124.

⁷ Tekinalp (n 1) 381; Arkan (n 1) 124; Uzunallı (n 1) 21.

⁸ Feyzan Hayal Şehirali Çelik, *'Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi? -Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk'* 2011 (12)1 FMR 43.

⁹ Uzunallı (n 1) 21; Kaya (n 1) 34; Suluk/Karasu/Nal (n 1) 238 vd.

lemez¹⁰. Önceki tescil veya başvuru sahibi, sonraki tarihli başvuruya itiraz edebilir (SMK 6). Aynı şekilde, tescil gerçekleşmişse sonraki tescilin hükümsüz kılınmasını isteyebilir (SMK 25/1) veya sonraki tarihli kullanıma karşı marka ihlalden kaynaklı hukuk davaları açabilir (SMK 29).

Öncelik ilkesi bazı hukuk sistemlerinde oldukça güçlü uygulanmaktadır. Örneğin ABD marka hukukunda bir işareti mal veya hizmetler üzerinde tescilsiz olarak ve markasal fonksiyon icra edecek biçimde daha önce kullanan kimse, o işareti daha sonra marka olarak tescil ettiren kimseye karşı, işaretin kullanıldığı ürün veya hizmetler bakımından tescil şartı aranmaksızın öncelik hakkına sahiptir¹¹.

III. TESCİL VE ÖNCELİK İKİLEMİ

A. Sorunun Ortaya Çıkışı

Marka tescili, bir başvuru ve tescil süreci takip edilerek gerçekleşir. Bu tescil sürecinde, şekli prosedür bir tarafa bırakılırsa, temelde iki aşamalı bir inceleme söz konusudur. SMK 5 hükmünde mutlak tescil engelleri bakımından özellikle kamu menfaati ve kamu düzeni mülahasasıyla marka olarak tescil edilemeyecek işaretler açısından re'sen bir inceleme yapılmaktadır¹².

Başvuru, şekli bir eksiklik bulunmaması ve/veya mutlak tescil engeli sebepleri ile karşılaşmaması halinde yayımlanır. Bu süreçte üçüncü kişilere marka başvurusuna karşı itiraz hakkı tanınmaktadır (SMK 16/2). Marka başvurusuna üçüncü kişiler tarafından itiraz edilmemesi veya yapılan itirazların idari veya yargısal prosedürler tüketilerek reddedilmesi halinde marka başvurusunun tesciline karar verilmektedir (SMK 22/1).

Marka tescil sürecinde nispi tescil engellerinin öngörülmesi, tescil başvuru sürecinin başlangıcında marka hakkı ihlâlini ve bundan kaynaklanacak uyuşmazlıkları engelleme amacı taşımakta, SMK 25 hükmünde düzenlenen markanın hükümsüzlüğü de aynı amaca hizmet etmektedir. Zira, markaya tecavüz hallerini düzenleyen SMK m. 29'un, aynı kanunun 7. maddesine göndermede bulunması ve bu madde içinde nispi tescil engellerine de yer verilmesi, kanun koyucunun henüz başvuru aşamasında, marka uyuşmazlıklarına engel olma amacıyla hareket ettiğini göstermektedir.

Tescil aşamasında öngörülen inceleme mekanizmalarına rağmen, aynı veya benzer mal ve hizmetlerde, aynı veya benzer işaretlerin fiilen ve birlikte tescil edilmiş olması ve bu tescillerin hak sahiplerinin muvafakati (SMK 5/3) aranmaksızın gerçekleşmesi ihtimal dahilindedir. Ticari yaşamda aynı anda birbiri ile aynı veya benzer markaların bulunması, bu markaların tescilli oldukları ürün veya hiz-

¹⁰ Tekinalp (n 1) 383.

¹¹ Deborah E. Bouchoux, *Intellectual Property-The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets* (Fourth Edition, Cengage Learning 2013) 22.

¹² Bkz. Tekinalp (n 1) 400; Arkan (n 1) 75.

metler bakımından kullanılması halinde markaya tecavüz eyleminden söz edilip edilemeyeceği, böyle bir durumda tescil müessesesi ve öncelik ilkesi bağlamında bunlardan hangisinin üstün tutulacağı hususunda SMK öncesi yargı uygulamasında gelişen yaklaşım, öğretide bazı eleştirilere neden olmuştur¹³.

SMK 155'in yürürlüğe girmesi ile birlikte, çatışan tescilli sınai haklar bakımından öncelik ilkesini üstün tutan bir çözüm yolu benimsenmiştir. Aşağıda, marka hukuku çerçevesinde öncelikle 556 sayılı KHK dönemi uygulaması incelenecek, akabinde kısaca meselenin karşılaştırmalı hukukta nasıl ele alındığı değerlendirilerek, SMK 155 hükmünün gerekçesinde de belirtilen ABAD'ın konuya ilişkin kararları irdelenecek ve son olarak SMK 155. maddeye ilişkin öğretide ileri sürülen görüşler ve olası uygulama sorunları değerlendirilecektir.

B. 556 Sayılı KHK Dönemi

556 sayılı KHK döneminde SMK 155 hükmünün karşılığı bulunmamaktadır. Bu döneme ilişkin yargı kararlarına bakıldığında sonraki tarihli tescil olgusunun marka hakkı ihlali iddiasına ilişkin uyuşmazlıklarda hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır¹⁴. Bu döneme ilişkin Yargıtay uygulamasında, sonraki tarihli sınai hakkın tescilli olması halinde, önceki tarihli bir marka hakkı bulunsa da marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet eyleminin söz konusu olmayacağı içtihat edilmiştir¹⁵. Yüksek Mahkeme'ye göre, sonraki tarihli ve tecavüze konu markasal kullanım bir tescile dayanıyorsa, markanın tescilli olduğu süre içerisindeki kullanımı, marka daha sonra hükümsüz kılınsa bile markaya tecavüz eylemi oluşturmayacaktır¹⁶. Hükümsüzlük kararlarının ilke olarak geçmişe etkili olduğundan hareketle, Yargıtay'ın bu uygulaması öğretide eleştirilmiştir¹⁷. Sonraki tarihli tescilli markanın, markasını tescil ettirmeden önceki tescilsiz kullanımının,

¹³ Cahit Suluk, '*Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil "Güvenli Liman" mıdır?*' in Tekin Memiş, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013 (Oniki Levha 2015) 404-430; Fethi Merdivan, '*Marka Tecavüz Davası Tescilli Marka veya Marka Tescil Başvurusu Bulunduğu Savunması ve Yargıtay Uygulaması*' in Kemal Şenocak, Mathias Rohe, Ali Yarayan, Başar Ay (eds) Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Uluslararası Sempozyumları 15-16 Mayıs 2014 (İnönü Üniversitesi-Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası 2015) 369-379; Tekin Memiş, '*Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar*' in Tekin Memiş (ed), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (Oniki Levha 2009), 416 vd.

¹⁴ Merdivan, (n 13) 361-368; Suluk/Karasu/Nal (n 1) 40; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, '*Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine-SMK 155 Vesilesiyle Bir İnceleme*', 2018 (34)2 BATİDER 34; Alıca (n 1) 692; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, SMK 155'in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler, 2019 (35) 2 BATİDER 67 (SMK 155).

¹⁵ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 06.02.2007, 2005/11251E, 2007/1389 K; 18.10.2012, 2010/12137E, 2012/16604 K; 08.04.2015, 2014/18938E, 2015/4887 K; 30.05.2016, 2015/10970E, 2016/5893K, (kazanci.com, 22.05.2023).

¹⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.05.2016, 2015/10970E, 2016/5893K, (UYAP, 22.05.2023).

¹⁷ Orhan Sekmen, '*Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*' (İstanbul Kültür Üniversitesi Basılmamış Doktora Tezi 2013) 283; Ali Paslı, '*Fikri Mülkiyet Hukukunda Hükümsüzlüğün Sonuçları*', 2006 (1) 3 FMHD 189 vd.



daha önceki tarihli marka hakkına tecavüz teşkil edecek nitelikte olmasına rağmen, Yargıtay'ın tescilsiz kullanım aralığına ilişkin olarak da marka hakkına tecavüz eyleminin oluşmayacağı yönünde kararları da bulunmaktadır¹⁸. Yargıtay'ın sonraki tarihli marka tescilini hukuka uygunluk sebebi kabul ettiği düşünülse bile, sonraki tarihli tescilli markanın, tescil olgusundan önceki markasal kullanımının kendisinden daha önceki tarihe dayanan marka karşısında neden hukuka uygunluk dairesi içerisine alındığı haklı olarak eleştiri konusu olmuştur¹⁹.

SMK öncesi dönemde, tescilli marka koruma süresinin marka başvuru tarihinden itibaren başladığı düzenlemesinden (mülga 556 sayılı KHK 40) hareketle, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi önüne gelen marka hakkına tecavüz davalarında, tescil başvurusunun neticesinin beklenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Başka bir deyişle, davalıya ait ihlâlê konu edilen markasal kullanım için aynı zamanda marka tescil başvurusunda bulunulmuşsa, bu başvurunun neticesinin beklenmesi gerektiği, başvuru olumlu sonuçlanıp tescil işlemi gerçekleşirse, marka koruma süresi başvuru tarihinden itibaren başlayacağından artık marka hakkına tecavüz olgusundan söz edilemeyeceği içtihat edilmiştir²⁰.

Yargıtay'ın, sonraki tarihli tescil olgusunu mutlak koruma kalkanı olarak değerlendirmesi, önceki tarihli marka hakkı sahibinin, sonraki tarihli tescilli sınai hakkın hükümsüzlüğünü talep etmeden tecavüz iddiasından kaynaklı haklarını ileri sürememesi sonucunu doğurmaktaydı. Hatta, hükümsüzlük kararının etkisi açıkça geçmişe yönelik olmasına rağmen (mülga 556 Sayılı KHK 44), sonraki tarihli tecavüze konu markanın hükümsüzlüğü sağlandıktan sonra açılan tecavüze yönelik davalar bakımından da Yüksek Mahkeme, tescil olgusunun hükümsüzlüğünü geçmişe yürütmemekte, hükümsüzlüğüne karar verilmiş olsa bile tescil süreci içerisindeki kullanımı hukuka uygun kabul etmekteydi²¹.

Sonraki tarihli tescilli marka sahibinin kötü niyetle hareket edip etmediği değerlendirilmeksizin salt tescilin tecavüz iddiası bakımından hukuka uygunluk sebebi oluşturduğuna ilişkin içtihatlarla rağmen²², ayrıksı da olsa Yargıtay'ın kötü niyetli tescil halinde, sonraki tarihli markanın tescilli kullanımını hukuka uygun görmeyerek, marka hakkı ihlalini kabul ettiği kararları da bulunmaktadır²³. Söz konusu ayrıksı kararlar incelendiğinde, Yüksek Mahkeme'nin özellikle 27.03.2013 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararından²⁴ sonra, 556 sayılı KHK 44/2 hükmünde düzen-

¹⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.01.2013, 2012/90E, 2013/1110K, (UYAP, 23.05.2023).

¹⁹ Merdivan, (n 13) 365-366.

²⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29.11.2016, 2016/1111E, 2016/9191K; HGK, 08.06.2016, 2014/11-1057E, 2016/762K. (UYAP, 23.05.2023).

²¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.04.2010, 2010/858E, 2010/4554K, (kazanci.com, 24.05.2023).

²² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.09.2018, 2016/10272E, 20185575 K; 30.05.2016, 2015/10970E, 2016/5893 K; 09.11.2009, 2008/7153E, 2009/11510K, (UYAP, 23.05.2023).

²³ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.11.2017, 2016/4632E, 2017/6384K, (kazanci.com, 24.05.2023).

²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013, 2013/11-209E, 2013/399K, (kazanci.com,

lenen hükümsüzlüğün geçmişe etkisi kapsamında marka sahibinin kötü niyetli hareketinden kaynaklanan tazminat hakkının saklı olduğuna ilişkin hükmü dayanak göstermek suretiyle sonraki tarihli tescilli kullanıma rağmen, kötü niyetli tescil söz konusu ise, tecavüzün sübut bulunduğunu, önceki tarihli marka hakkı sahibinin bu kapsamda tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir. Ancak, bu durumda ileri sürülebilen talepler için de öncelikle sonraki tarihli tescilin hükümsüzlüğünün sağlanması ön koşul olarak aranmıştır.

Yukarıda belirtilen açıklamalar ışığında mülga 556 sayılı KHK döneminde Yargıtay uygulamasının kısaca şu şekilde geliştiği açıklanabilir: Marka hakkına tecavüzden kaynaklı taleplerin ileri sürülebilmesi için öncelikle, sonraki tarihli tescilli sınai hakkın hükümsüzlüğü talep edilmelidir. Sonraki tarihli tescilli sınai hakkın hükümsüzlüğü sağlansa bile tescilli olduğu süre içerisindeki kullanımlar tecavüz oluşturmamaktadır. Hatta sonraki tarihli tescilli sınai hakkın tescil öncesi kullanımı da tecavüz oluşturmamakta, sonraki tarihli tescilli sınai hakkın hükümsüzlüğü sağlandıktan sonraki kullanımlar tecavüz iddiası bakımından dikkate alınmaktadır. Sonraki tarihli markanın tescil başvurusu söz konusu ise açılan tecavüz davalarında 556 sayılı KHK 40 hükmü gereği tescil gerçekleştiğinde korumanın başvuru tarihinden itibaren gerçekleşeceği düşüncesi ile tescil başvurusuna ilişkin idari sürecin bekletici mesele yapılması gerekmektedir.

Kötü niyetli sonraki tarihli tescilli tasarımın hükümsüzlüğünden sonra açılan tecavüzden kaynaklı tazminat davasında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin tescili mutlak koruma kalkanı sayan içtihatlarını yumuşatarak, tasarımda önceki tarihli tescil belgesine sahip olan kimsenin, sonraki kötü niyetli tescil sahibine karşı tecavüzden kaynaklı tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir²⁵. Bu HGK kararından sonra, aynı kabulü özel dairenin de benimsediği, hatta sonraki tarihli sınai hakkın hükümsüzlüğünün kesinleşmesini beklemeksizin hükümsüzlük ve özellikle kötü niyetli tescilden kaynaklı tecavüz iddialarının birlikte değerlendirilebileceğine yönelik yaklaşım geliştirdiği görülmektedir²⁶.

C. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Tescil ile doğan bir hakkın kullanımının hukuka aykırı olabileceği Alman Hukuku'nda eski tarihlerden beri kabul edilmiştir. Tescil edilmiş bir işaretin hukuka aykırılık doğurmayacağı şeklindeki ilk kabulün özellikle yargı uygulaması ile terk edildiği, bu yaklaşımın terk edilmesinde özellikle tescilin kötü niyetli olarak gerçekleştirilmesi ve bu şekilde ticari sahada kullanılmasının etkili olduğu, böylece sonraki tarihli tescilli kullanımın marka hakkı ihlaline sebebiyet vermesi halinde,

24.05.2023).

²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.03.2013, 2013/11-209E, 2013/399K. (UYAP, 23.05.2023).

²⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.11.2017, 2016/4632E, 2017/6384K. (UYAP, 23.05.2023).

sonraki tarihli tescilin hükümsüzlüğü istenmeksizin tecavüzün önlenmesi davasının açılabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir²⁷.

İngiliz Hukuku'nda, sonraki tarihli tescilli markanın, tescil edildiği ürün veya hizmetlerde kullanılmasının, tescilli önceki tarihli marka hakkını ihlal etmeyeceği 1994 tarihli Trade Mark Act madde 11'de açıkça düzenlenmiştir²⁸. Markanın kullanımının, sonraki tescilli marka sahibine, önceki marka hakkı karşısında haklı neden sağladığı ifade edilmektedir²⁹. Tescilin önceki tarihli marka hakkını sınırlayıcı etkisi belirtilmesine rağmen, aynı maddede tescilin hükümsüzlüğünün etkisine ilişkin 47.maddenin 6.fikrasına atıfta bulunulmuştur. Söz konusu atıf sebebi ile İngiliz Hukuku'nda, davalının tescilli markaya dayalı kullanım savunmasına karşı, davacının hükümsüzlük iddiasını ileri sürebileceği, hükümsüzlük iddiasının kanıtlanması halinde, davalıya ait markanın hükümsüzlük iddiasının sübut bulduğu tarihten itibaren tescilsiz bir markasal kullanım gibi işlem göreceği belirtilmektedir³⁰. İngiliz Hukuk sisteminde, tescilin sağladığı dokunulmazlığın, müteşebbisleri marka tescil başvurusunda bulunmaya özendirdiği ifade edilmiştir³¹.

İspanyol Hukuku'nda, 556 sayılı KHK dönemindeki Yargıtay uygulamasına benzer şekilde, uzunca bir süre, sonraki tarihli tescilli markasal kullanımın tecavüze konu olamayacağı uygulanagelmıştır. Sonraki tarihli tescilli markanın, tescilli olduğu şekli ile kullanımının, önceki tarihli marka hakkını ihlâl etmeyeceği, ancak sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğü sağlandıktan sonraki döneme ilişkin olarak marka hakkı ihlâlinden bahsedilebileceği kabul edilmiştir³². Topluluk tasarımlarına ilişkin bir uyuşmazlık nedeni ile İspanyol yargı mercileri, konuyu ön karar talebi ile Avrupa Birliği Adalet Divanı'na taşımıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın gerek bu ön karar talebine ilişkin olarak gerekse daha sonra marka hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklara ilişkin olarak verdiği kararlarda sonraki tarihli tescilli markanın hükümsüzlüğü talep edilmeden önceki tarihli marka hakkı sahibi tarafından tecavüze konu taleplerin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir³³.

D. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın aşağıda incelenecek kararlarının SMK 155'in ihdas edilme gerekçelerinden biri olduğu madde gerekçesinden anlaşılmaktadır.

²⁷ Şehirli Çelik, (n 14) 69 (SMK155).

²⁸ The Trade Mark Regulations (2018 No.825) 12 ile tadil edilmiş Trade Mark Act 1994 11/1 (legislation.gov.uk, 24.05.2023).

²⁹ Catherine Colston, *Principles of Intellectual Property Law* (Cavendish 1999) 396.

³⁰ Alica, (n 4) 689.

³¹ Lionel Bently, Brad Sherman, *Intellectual Property Law* (Third Edition, OUP 2009) 932.

³² Opinion of Advocate General Mengozzi, Case C-488/10, 08.11.2011 (<http://curia.europa.eu>, 25.05.2023).

³³ İspanyol İçtihat Hukuku'nda yaşanan değişimler için bkz. Şehirli Çelik, (n 14) 72-74 SMK155.

Çatışan tescilli hakların varlığı durumunda, sonraki tarihli tescilin hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı şeklindeki yargı uygulamalarının varlığı karşısında, ABAD'ın soruna yaklaşım biçimi SMK 155'in uygulama alanının tayini bakımından önem taşımaktadır. Aşağıda öncelikle tasarım, sonrasında ise marka hukuku bağlamında ABAD'ın önüne gelen uyuşmazlıklar incelenecek ve ABAD'ın sorunu çözüm şekli irdelenecektir.

1. Celaya Kararı (C-488/10)

Çatışan tescilli haklar konusunda ABAD'ın önüne gelen ilk uyuşmazlık tasarım hukuku ile ilgilidir³⁴. Uyuşmazlığa konu olayda; davacı CEGASA firması, trafik sinyalizasyonu amacıyla kullanılan fener benzeri bir işaretleyiciden oluşan topluluk tasarımını 2005 yılında OHIM (şimdi EUIPO, Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi) nezdinde tescil ettirmiştir. 2007 yılının sonunda davalı PROIN firması, H-75 isimli işaretleyiciyi pazarlamaya başlamıştır. CEGASA firması, H-75 isimli işaretleyicinin kendi tescilli tasarımına genel izlenim itibarı ile benzer olduğunu iddia ederek bu ürünün pazarlamasının durdurulmasını istemişse de, PROIN firması ihlâl iddiasını reddetmiş, akabinde ihlâl konu edilen ürünü 2008 yılında OHIM nezdinde tescil ettirmiştir. Bunun ardından davacı, davalıya karşı tasarım hakkı ihlâl edildiği gerekçesi ile tecavüz davası açmış, davalı da davacı tasarımının hükümsüzlüğünü karşı dava yolu ile talep etmiştir. Davacı tecavüz davası ile birlikte davalı tescilli tasarımının hükümsüzlüğünü talep etmemiştir. Davalı, tecavüze konu ürününün topluluk tasarımı olarak tescil edildiğini, tescilin sahibine o ürünü kullanma hakkı tanıdığını, tescil bulunduğu müddetçe tasarım hakkı ihlâlinden bahsedilemeyeceğini ileri sürmüştür. Uyuşmazlığı gören Alicante (İspanya) 1 nolu Ticaret Mahkemesi öncelikle; bilgilendirilmiş kullanıcının PROIN tarafından pazarlanan silindirik işaretleyiciyi, CEGASA tarafından tescil edilen tasarım ürününden genel izlenim itibarı ile ayırt edemeyeceğini, bu nedenle bu ürünün CEGASA tarafından tescillenen tasarımın taklidi olduğuna kanaat getirmiştir. Mahkeme akabinde uyuşmazlığın çözümü için ABAD'a ön karar talebi ile sorular yönelmiştir. ABAD ilk olarak, topluluk tasarım tüzüğünde, önceki tescilli tasarıma dayanarak, sonraki tarihli tescilli tasarım nedeniyle tecavüz davası açılıp açılmayacağına ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığını belirtmiş³⁵, ayrıca, topluluk tasarım tüzüğü'nün 19.maddesinin 1.fikrasında tasarım ihlâlinde bulunan üçüncü kişilerin tescil belgesine sahip olup olmamaları yönünde bir ayırım yapılmadığını, tüzüğü'nün bu hususta bir farklılık gözetmediği vurgulanmıştır³⁶. Sonraki tarihli tescilli tasarım sahibinin, tescilin bahsettiği tekeli hakları kullanma yetkisi göz ardı edilmemekle birlikte³⁷, önceki tarihli tescilli tasarım sahibinin öncelik

³⁴ C-488/10, 16.02.2012, (<http://curia.europa.eu>, 25.05.2023).

³⁵ C-488/10, pr.32.

³⁶ C-488/10, pr.33.

³⁷ C-488/10, pr.37.



hakkına sahip olduğundan³⁸ hareketle, sonraki tarihli tescilli tasarımın, kendisine ait tescilli tasarımına göre bilgilendirilmiş kullanıcı gözünde genel izlenim itibari ile ayırt ediciliğinin bulunmaması halinde, bu tasarım sahibine karşı tasarım hakkı ihlalden kaynaklı tecavüz davasını ileri sürebileceği kabul edilmiştir. ABAD, ayrıca sonraki tarihli tescilli tasarım hakkı sahibinin iyi niyetli veya kötü niyetli olmasının tasarım hakkı ihlali bakımından bir etkisinin bulunmadığını da belirtmiştir³⁹.

ABAD'ın söz konusu kararı incelendiğinde, topluluk tasarımı tüzüğü'nün 19/1 fıkrasında üçüncü kişi olarak kullanılan “*any third party*” ifadesinden hareketle, söz konusu ifadenin sonraki tarihli tecavüze konu tasarımı kullanan kişilerin tescil belgesi sahibi olup olmaması bakımından bir ayırımı bulunmadığı, bu ifadenin “herhangi bir üçüncü kişi” şeklinde algılanması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla önceki tarihli tasarım sahibinin öncelik ilkesinden kaynaklı haklarını sonraki tarihli tasarıma karşı ileri sürebileceği kabul edilmiş, sonraki tarihli tescilli tasarım hakkı sahibinin iyi niyetli veya kötü niyetli olmasının söz konusu yaklaşımı değiştirmeyeceği yönünde içtihat geliştirilmiştir⁴⁰.

Marka Hukuku bakımından ilgili karar değerlendirildiğinde; çatışan tescilli haklar bakımından, öncelik ilkesi çerçevesinde konuya yaklaşıldığı, sonraki tarihli tescilin sahibine tekeli haklar bahşettiğinin kabul edildiği, ancak sonraki tarihli tescilli hak sahibinin, önceki tarihli tescilli hak sahibine karşı, tescil olgusunu savunma def'i olarak ileri süremeyeceği, sonraki tarihli tescilin kötü niyetli olmasının aranmadığı ilkelerinin ABAD tarafından benimsendiği söylenebilir.

2. Canina Kararı (C-561/11)

ABAD önüne taşınan marka hukukuna ilişkin ilk uyuşmazlık, 2009/207 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün 9.maddesinin yorumuna ilişkin ön karar verilmesi talebi hakkındadır⁴¹. Uyuşmazlığa konu olayda; davacı FCI firması sözcük ve şekilden oluşan 2005 başvuru tarihli topluluk markasını 2006 yılında tescil ettirmiştir. Davalı FCIPPR ise bir takım ulusal markaların yanı sıra 2009 başvuru tarihli şekilden ibaret topluluk markasını 2010 yılında tescil ettirmiştir. FCI, 2010 yılında FCIPPR'nin ulusal tescilli markaları ile tescilli topluluk markasının hükümsüzlüğü ve FCIPPR'nin kendi adına tescilli topluluk markasına tecavüz teşkil eden eylemi bulunduğu bahisle tecavüz davası açmıştır. FCIPPR, adına tescilli ulusal ve topluluk markalarının FCI adına tescilli topluluk markası ile karıştırılma tehlikesi içerisinde bulunmadığını belirtmiş, ayrıca karşı dava olarak FCI'nin topluluk markasını kötü niyetli olarak tescil ettirdiğini, bu markanın önceki tarihli kendi adına kayıtlı 2614806 numaralı ulusal marka ile karıştırılma tehlikesi içeri-

³⁸ C-488/10, pr.39.

³⁹ C-488/10, pr.57.

⁴⁰ ABAD'ın söz konusu kararının genelde sınai mülkiyet hakları, özelde tasarım hakları bakımından detaylı analizi için bkz. Şehirli Çelik (n 8) 39-69.

⁴¹ C-561/11, pr.1 (<http://curia.europa.eu>, 25.05.2023).

sinde bulunduğunu ileri sürerek FCI topluluk markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir. Uyuşmazlığı inceleyen Alicante (İspanya) Ticaret Mahkemesi, 2009/207 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün 9/1.fıkrasının iki anlama gelecek şekilde yorumlanabileceğini belirtmiştir.

Birinci yoruma göre; iki ayrı tescilli topluluk markasının varlığı halinde, sonraki tarihli tescilli markanın hükümsüzlüğü sağlanmadığı müddetçe, önceki tarihli tescilli marka sahibinin, tecavüze konu sonraki tarihli tescilli marka kullanımını engelleyemeyeceği şeklindedir. Bu yorumun İspanya Yüksek Mahkemesi'nce (Tribunal Supremo) 1994 yılında verilmiş bir kararla benimsendiği, akabinde bunu Topluluk Marka Mahkemesi'nin (Tribunal de Marcas Comunitario) 2010 yılında vermiş olduğu karar ile aynı doğrultuda yorumladığı belirtilmiştir⁴².

İkinci yoruma göre; sonraki tarihli tescilli markanın gerek tecavüz iddiasından daha önce ve gerekse tecavüz iddiası ile birlikte hükümsüzlüğü ileri sürülmesi bile, bu tescilli marka dahil olmak üzere, önceki tarihli tescilli marka hakkı sahibine bahşedilen tekelle haklar herhangi bir üçüncü kişiye karşı ileri sürülebilir⁴³.

Mahkeme, tüzük hükmünün iki ayrı şekilde yorumlanabileceğini belirterek, ABAD'a bu husustaki karışıklığın giderilmesi amacıyla ön karar verilmesi talebinde bulunmuştur. ABAD, öncelikle 2009/207 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü'nün 9/1.fıkrasında, üçüncü kişinin tescilli bir marka sahibi olup olamayacağı ihtimaline dayalı olarak herhangi bir ayırım yapılmadığını, bu nedenle söz konusu hükmün bir topluluk ticari markasının sahibine, izni olmadığı takdirde, herhangi bir üçüncü kişinin ticaret sırasında, kendi markasını ihlal edecek herhangi bir işareti kullanmasını önlemek için münhasır bir hak verdiğini ortaya koymuştur⁴⁴. Daha sonra tüzüğün 54.maddesinde ifade edilen, önceki tarihli marka sahibinin, sonraki markaya beş yıl veya daha uzun süre sessiz kalması halinde, artık bu markanın hükümsüzlüğünü ve markasal kullanımını engelleyemeyeceğini ortaya koyan hükmünden açıkça anlaşıldığına göre, sessiz kalma yolu ile hak kaybı sürecinden önce, sonraki tarihli tescilli markanın hükümsüzlüğünü isteyebileceği gibi, ayrıca ticari sahada markasal kullanımının engellenmesini talep edebileceğini ifade etmiştir⁴⁵. Tüzük hükümleri, önceki tarihli markanın sonraki tarihli markaya nazaran öncelikli olduğu anlamına gelen öncelik ilkesi çerçevesinde yorumlanmalıdır⁴⁶.

ABAD, topluluk markalarının, tüzüğün 36 ile 45.maddeleri çerçevesinde, tescilden önce tescilli marka koruması şartlarını sağlayıp sağlamadığı hususunda önemli bir inceleme süreci barındırdığını kabul etmekle birlikte⁴⁷, bu inceleme

⁴² C-561/11, pr.20.

⁴³ C-561/11, pr.21.

⁴⁴ C-561/11, pr.33.

⁴⁵ C-561/11, pr.34-35.

⁴⁶ C-561/11, pr.39.

⁴⁷ C-561/11, pr.42.



safhasına rağmen çeşitli sebeplerle marka ihlâli teşkil edebilecek tescil işleminin gerçekleşme ihtimali olduğunu belirtmiştir. ABAD ayrıca, topluluk tasarımlarına ilişkin 12 Aralık 2001 tarih ve 2002/6 sayılı tüzük kapsamında; tecavüz davaları ile hükümsüzlük davalarının konuları ve etkilerinin birbirinden ayrıldığından hareketle, aynı ilkenin topluluk markaları açısından kıyasen uygulanabileceğini, bu nedenle önceki topluluk markasına dayanarak sonraki topluluk markasına karşı tecavüz iddiasının ileri sürülmesinin, OHİM’de (şimdi EUIPO) hükümsüzlük iddiasının ileri sürülmesini veya topluluk markasının tescili aşamasında mümkün olan önceden kontrol sistemini anlamsız hale getirmeyeceğini kabul edilmiştir⁴⁸. ABAD kararında markanın temel fonksiyonunun malların menşeiini garanti etmek olduğunu ve bu fonksiyonun korunması gerektiğini, tüzüğün 9/1 fıkrasının marka işlevinin yerine getirilebilmesi için ve bu bağlamda marka hakkı sahibinin menfaatlerini korumak üzerine, ona tekeli haklar bahşettiğini, önceki tarihli marka hakkını ihlâl eden sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğü sağlandıktan sonra tecavüz iddiasını ileri sürebilmenin tüzüğün 9/1 fıkrasında belirtilen tekeli hak bahşetme gayesini önemli ölçüde zayıflatacağını da belirtmiştir⁴⁹. ABAD bu açıklamalar çerçevesinde kendisine sorulan soru hakkında sonuç olarak, tüzüğün 9/1 fıkrasının topluluk markası sahibinin aynı veya benzerinin ticari sahada üçüncü kişilerce kullanımını engelleme hususundaki tekeli hakkının, sonraki tarihli topluluk markasının hükümsüzlüğü talep edilmeden sonraki tarihli marka sahibini de kapsadığı biçiminde yorumlanması gerektiği yönünde karar vermiştir⁵⁰.

ABAD’ın yukarıda gerekçelendirilen kararı incelendiğinde; hükümsüzlük ve tecavüz davalarının gerek konu gerekse etkileri bakımından birbirlerinden farklı oldukları, topluluk marka tüzüğünde marka sahibine tanınan tekeli haklar bakımından üçüncü kişilerin markasal kullanımının engellenmesine ilişkin yetkisi kapsamında, üçüncü kişilerin tescilli veya tescilsiz olarak marka kullanımında bulunanlar şeklinde bir ayrıma gitmediği, bu nedenle öncelik ilkesi çerçevesinde meseleye yaklaşılması gerektiği, marka tescil sürecinde tescil koruması şartlarının mevcut olup olmadığı yönünde bir inceleme süreci söz konusu olsa da, bu incelemenin önceki tarihli marka hakkı sahiplerine mutlak bir güvence sağlayamadığı, inceleme prosedürüne rağmen önceki tarihli marka hakkını ihlâl etme niteliğini haiz sonraki tarihli tescil işleminin gerçekleşme ihtimalinin bulunduğunu, markanın temel fonksiyonunun malların kökenini göstermek olduğu, topluluk marka tüzüğünün 9/1 fıkrası hükmü ile bu fonksiyonu korumak üzere önceki tarihli marka hakkı sahibine tekeli haklar bahşedildiğini, sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğü istenmeksizin tecavüz iddiasının ileri sürülememesi halinde topluluk marka tüzüğünün 9/1 fıkrası ile ihdas edilen tekeli hakların etkisinin önemli ölçüde zayıflayacağını, hükümsüzlük ve tecavüz davalarının gerek konu gerekse etkileri ba-

⁴⁸ C-561/11, pr.47-48.

⁴⁹ C-561/11, pr.49-51.

⁵⁰ C-561/11, pr.52.

kimından farklı türde davalar olduklarını belirterek çatışan tescilli hakların varlığı halinde, markası önceki tarihli olanın, sonrakinin hükümsüzlüğünü ileri sürmeden doğrudan tecavüz davası açabileceğini kabul etmiştir.

3. Rosa Dels Vents Kararı (C-491/14)

Uyuşmazlığa konu olayda⁵¹ 2013 yılında davacı Rosa dels Vents (kısaca Rosa), davalı U Hotels'in stilize edilmiş "uh" ibaresini içerisinde barındıran sözcük ve şekil unsurundan oluşan tescilli ulusal markanın ve bu markanın kullanımının, kendi adına daha önceki tarihte tescil edilmiş sözcük ve figüratif unsurlardan oluşan iki ayrı ulusal marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini belirterek, tecavüz teşkil eden markasal kullanımların durdurulmasını talep etmiştir. U Hotels, kendi adına tescilli sonraki markanın hükümsüzlüğü bakımından Rosa'nın dava açmadığını, bu nedenle tecavüz iddiasının kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Uyuşmazlığı gören Madrid 3. Ticaret Mahkemesi, İspanya Yüksek Mahkemesi'nin (Tribunal Supremo) içtihatlarına göre, çatışan tescilli hakların varlığı durumunda, sonraki tescilli markanın hükümsüzlüğü sağlanmadan, önceki marka sahibinin sonrakine karşı tecavüz davası açamayacağını, ancak söz konusu içtihatların öncelik ilkesini dikkate alan ve önceki tescilli marka sahibinin sonrakine karşı sonraki tarihli markanın hükümsüzlüğünü ileri sürmeden önceki tarihli tescilli marka hakkına dayalı olarak tecavüz davası açılabilirliğine ilişkin ABAD'ın Canina kararı ile uyumlu olmadığını, ayrıca İspanya Marka Kanunu'nun 34/2.maddesinde ifade edilen "*to prevent third parties (prohibir que los terceros)*" ibaresinin marka direktifi ve topluluk marka tüzüğü düzenlemelerinde sırası ile 5/1 ve 9/1 hükümlerinde yerini bulan "*to prevent all third parties (prohibir a cualquier tercero)*" ibaresini tam olarak karşılamadığı, somut uyuşmazlıkta ulusal markalar bakımından uygulanması gereken 2008/95 sayılı Marka Direktifi'nin⁵² 5/1 fıkrasında marka hakkı sahibine, üçüncü kişilerin ticari sahada kendi markası ile aynı veya benzer işaretleri kullanmalarının engellenmesi yetkisi bağlamında, söz konusu üçüncü kişinin sonraki tarihli tescilli marka hakkı sahibi olması durumunda, bu markanın hükümsüzlüğü istenmeksizin yine de bu engelleme yetkisinin kullanılabilirliği şeklinde yorumlanıp yorumlanmaması gerektiğine ilişkin ABAD'tan ön karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

ABAD, bir önceki başlıkta detayları verilen Canina kararında dikkate aldığı ilkeleri tekrarlamış⁵³, daha sonra gerek topluluk marka tüzüğü, gerekse üye ülkelerin marka hukuklarının uyumlaştırılmasına ilişkin marka direktifinin sırası ile 9/1 ve 5/1 maddelerinin, önceki tarihli marka hakkı sahibine verilen engelleme yetkisi bağlamında, ifade edilen "*herhangi üçüncü kişi*" anlamında söz konusu üçüncü

⁵¹ C-491/14, 10.05.2015 (<http://curia.europa.eu>, 25.05.2023).

⁵² Directive 2008/95/EC (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content>, 25.5.2023).

⁵³ C-491/14, pr.20-21.



kişinin tescil hakkına sahip olup olmaması yönünde bir ayırım yapmadığını⁵⁴, İspanya Marka Kanunu 34/2’de yer alan “*to prevent third parties*” ibaresi her ne kadar tüzük ve direktif düzenlemelerinde yer alan “*to prevent all third parties*” ibaresini karşılamasa da, söz konusu iç hukuk düzenlemesinin topluluk düzenlemelerinde ifade edildiği şekli ile algılanması gerektiğini belirtmiştir⁵⁵.

ABAD, nihai olarak kendisine sorulan soruya verdiği cevapta; 2008/95 sayılı Direktif’in 5/1 fıkrasının, tescilli önceki marka sahibinin, aynı veya benzer işaretlerin üçüncü kişiler tarafından ticari sahada kullanmasını yasaklama yetkisinin; bu üçüncü kişinin markasının sonraki tarihli tescilli marka olması halinde dahi geçerli olduğunu, söz konusu yetkinin kullanılması için sonraki tarihli tescilli markanın hükümsüzlüğünün gerekmediği şeklinde ön karar vermiştir⁵⁶.

ABAD’ın yukarıda gerekçelendirilen kararı incelendiğinde; İspanya iç hukukunda markalara ilişkin yer alan düzenlemede, marka hakkı sahibine sağlanan tescilci yetkinin üçüncü kişilerin belirli fiillerini engelleme yetkisi bağlamında yer alan lafzın, topluluk marka tüzük ve direktifinde yer alan tüm üçüncü kişiler olarak yorumlanması gerektiği, bu bağlamda gerek tüzük gerekse marka direktifinde marka hakkını ihlâl eyleminde bulunan üçüncü kişilerin markasal kullanımları bakımından tescilli-tescilsiz kullanım ayırımının yapılmadığı, meselenin öncelik ilkesi çerçevesinde çözülmesi gerektiği, bu minvalde topluluk marka direktifinin 5/1 fıkrasına göre, tescilli önceki markanın sahibinin, sonraki markanın hükümsüzlüğünü ileri sürmeden öncelik ilkesi çerçevesinde marka hakkı ihlali oluşturan eylemleri engelleme yetkisinin bulunduğunu kabul etmiştir.

E. SMK Dönemi

1. SMK 155’in Amaç ve Kapsamı

SMK 155 hükmü düzenlemesi ile yukarıda yer verilen ABAD içtihatları ve öğretide savunulan görüşler⁵⁷ doğrultusunda, tescilin hukuka uygunluk sebebi oluşturduğuna ilişkin Türk Yargı uygulamasını ortadan kaldırıcı nitelikte yeni bir hüküm ihdas edilmiştir. Söz konusu hükme göre; “*Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez*”. Madde gerekçesinde, anılan düzenlemenin doktrindeki görüşler ile yargı kararları ışığında ihdas edildiği belirtilmiştir.

⁵⁴ C-491/14, pr.23.

⁵⁵ C-491/14, pr.24.

⁵⁶ C-491/14, pr.31.

⁵⁷ Merdivan, (n 13) 373; Suluk/Karasu/Nal, (n 1) 40; Suluk, 419-421; Şehirli Çelik, (n 8) 66-69; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, ‘*Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın 21 Şubat 2013 Tarihli “CANINA” Kararı*’ (Canina), 2013 (29)2 BATİDER 301-304; Alca, (n 4) 709-710.

SMK 155 hükmü, Kanunun “Ortak ve Diğer Hükümler” isimli beşinci kitabının “Ortak Hükümler” isimli birinci kısmında, sınai mülkiyet hakkına tecavüz nedeni ile ileri sürülebilecek talepleri düzenleyen maddelerden sonra düzenlenmiştir. Düzenlemeden, tecavüz davalarında, sonraki tarihli sınai mülkiyet hakkının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

SMK 155 hükmünde yer alan düzenlemede ilke olarak; çalışmamıza konu marka hakkı bağlamında, sonraki tarihli sınai mülkiyet hakkının tescilli olması halinde, bu hakkın önceki tarihli rüçhan veya başvuru tarihine sahip tescilli marka hakkı sahibine karşı savunma gerekçesi olarak ileri sürülemeyeceği⁵⁸, önceki tarihli marka hakkı sahibinin, sonraki tarihli sınai mülkiyet hakkının hükümsüzlüğünü ileri sürmek zorunda kalmaksızın⁵⁹ tecavüz davalarını açabileceği kabul edilmiştir.

2. Çeşitli İhtimaller

SMK 155 hükmü, tecavüz davaları açısından ele alınmış olmakla birlikte, öğretide söz konusu hükmün hükümsüzlük davalarında da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁶⁰. Hükmün ele alınış biçimi, hükmün gerekçesinde belirtilen ve yukarıda incelenen mehaz ABAD kararları ve Kanun içerisinde düzenlendiği yer birlikte değerlendirildiğinde; tecavüz davalarına ilişkin olarak söz konusu hükmün ihdas edildiği, hükümsüzlük davaları bakımından bir etkisi bulunmadığı, kaldı ki buna gerek de olmadığı, SMK 155 hükmünde öncelik ilkesinden hareket edildiği gözlemlense de, SMK 5/1-ç, 6/1, 6/3, 6/5 ve 6/6 hükümlerinin öncelik ilkesini bünyesinde barındıran tescil engelleri olduğu, SMK 25/1 hükmünde 5 ve 6.maddelere yapılan gönderme nedeni ile markanın hükümsüzlüğüne ilişkin olarak açılan davalarda da bu hükümlerin uygulama alanı bulduğu⁶¹, kanun koyucunun marka hakkının hükümsüzlüğü sebepleri bakımından öncelik ilkesi gereği hali hazırda uygulama kabiliyeti bulunan hükümler ihdas ettiği düşünüldüğünde, SMK 155 hükmünün hükümsüzlük davalarında da uygulanmasının kabili telif olmadığı kanaatindeyiz. Zira, hükmün bir tecavüz davasında, önceki tarihli tescilli marka sahibinin, kendi hakkının kapsamına giren ve izinsiz şekilde gerçekleştirilen sonraki tarihli kullanımın engellenmesi yönünde hak bahsettiği, buna mukabil bu kullanıma dayanak gösterilen sonraki tarihli tescilin ortadan kaldırılmasına bir etkisinin bulunmadığı⁶² hususu da söz konusu hükmün hükümsüzlük davalarında uygulanabileceği yönündeki görüşün Kanun koyucunun ve normun objektif amacı ile bağdaşmayacağı göstermektedir.

SMK 155 hükmünün önceki tarihli marka hakkının tescilli olup olmaması bakımından uygulama alanının ne olacağı hususu da tartışmaya konu olacak gibi

⁵⁸ Çolak, (n 1) 576; Güneş, (n 4) 333.

⁵⁹ Suluk/Karasu/Nal, (n 1) 40-41; Uzunallı, (n 1) 188.

⁶⁰ Güneş, (n 4) 334.

⁶¹ Alica, (n 4) 712.

⁶² Şehirali Çelik, (n 14) 79 (SMK 155).



görülmektedir⁶³. Öğretide, SMK 6/3 hükmünde düzenlenen önceki tarihli tescilsiz kullanım nedeni ile sonraki tarihli marka tescil başvurusunun engellenebilmesi yönündeki hakkın, önceki tarihli tescilsiz markasal kullanımın sonraki tarihli tescile karşı öncelikli konumda olduğunu ortaya koyduğu, esas önemli olanın düzenleme kapsamında elde edilmiş ve niteliği itibari ile sonraki tarihli tescili yasaklama yetkisi veren bir hakkın varlığı olduğu, sonraki tarihli tescil başvurusunu engelleme yetisine sahip önceki tarihli tescilsiz kullanılan markanın, tecavüz davaları bakımından sonraki tarihli tescilli sınai hak kullanımını engelleme kabiliyetinden yoksun bulunmasının kabul edilmesi halinde sistem içerisinde dengesizliğe neden olunacağına işaret edilmiştir⁶⁴.

SMK koruması açısından marka hakkı tescil ile doğsa da kanuni düzenleme-
de gerçek hak sahipliği ilkesi göz ardı edilmemiştir⁶⁵. Gerçek hak sahipliğinde,
tescilsiz olarak ticari sahada kullanılan ve ayırt edicilik kazanan bir işaret, marka
fonksiyonlarını yerine getirme gücünü haiz olduğu takdirde, niteliği itibari ile o
işaretin artık marka statüsüne çıktığı söylenebilir. Mülga 556 sayılı KHK dönemi-
minde uygulanan ve gerçek hak sahibinin Marka Hukuku içerisindeki konumu
bakımından 556 sayılı KHK ile uyumlu SMK döneminde de geçerli olabilecek
Yargıtay uygulamasında⁶⁶, “İsviçre-Türk Markalar Hukukunda, ilke olarak, marka
üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden, piyasada maruf hale
getiren kişiye aittir. Bu kişiye “gerçek hak sahibi” denir. Bu durumda markanın
tescili, sadece açıklayıcı bir etkiye sahiptir. Diğer bir deyişle, marka üzerindeki
hak, tescilden önce doğmuş bulunmaktadır. Buna karşın, bir markayı kullanmak-
sızın, sadece adına tescil ettiren bir kimsenin tescili kurucu bir etkiye sahiptir. Bu
tescil, hak sahibine sadece başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilecektir. An-
cak, bu markayı daha önce kullanan kişi, markanın gerçek hak sahibi olup, dava
açarak markayı adına tescil ettirebilir. Zira, marka üzerinde gerçek hak sahipliği,
ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak tanımaz” şeklinde bir yaklaşım be-
nimsemiştir. Yargıtay, tescilli bir markanın daha önce başka bir kimse tarafından
ticari sahada aynı veya benzer ürün ya da hizmetlerde kullanılarak o işarete ayırt
edicilik kazandırılması halinde esas olarak bu marka üzerinde gerçek hak sahibi
olan kimsenin o markayı tescilsiz olarak daha önce kullanan ve belli bir bilinilir-
liğe kavuşturan kimse olduğunu kabul etmiştir. Bu durumda sonraki tarihli tescilli

⁶³ Fethi Merdivan, ‘6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sistem, İlkeler ve 556 Sayılı KHK Dönemindeki Yargıtay Kararlarının Yeni Dönemde Uygulanabilirliği’, 2020 (22) 1 FMR 19-42, 26 vd.

⁶⁴ Şehirli Çelik, (n 14) 92 vd (SMK155).

⁶⁵ Çolak, (n 1) 451 vd., 575 vd.; Güneş, (n 4) 194; Kaya, (n 1) 153; Arkan, (n 1) 129; Tekinalp ise 556 sayılı KHK döneminde mutlak anlamda tescil ilkesinin benimsendiğini, Markalar Kanunu döneminde kabul edilen gerçek sahiplik ilkesinin değiştirildiğini iddia etmiştir. Bkz. Tekinalp, (n 1) 382.

⁶⁶ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 04.04.2006, 2005/3886E, 2006/3544 K; 19.04.2002, 2001/9903E, 2002/3699 K; 06.07.1998, 1998/1734E, 1998/5146K, (kazanci.com.tr, 28.05.2023).

marka sahibi şeklen hak sahibidir. Bu halde, gerçek hak sahibi, sonraki tarihli tescilli markanın hükümsüzlüğünü talep edebilecek ve akabinde söz konusu markayı öncelik hakkına dayalı olarak kendi adına tescil ettirebilecektir.

Kanımızca SMK 155 hükmünü, SMK 7/1 hükmü ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. SMK 7/1 hükmü, marka üzerinde hak sahibi olma anını değil, SMK sistematğinde sağlanan marka korumasının ne zaman başlayacağını düzenlemektedir. Bu da, madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere tescil ile olmaktadır. Marka Hukuku bağlamında tescilin özelliği, ilke olarak SMK bağlamında marka korumasına dayanak teşkil etmesidir. Bu nedenle bir işaretin marka vasfını kazandığı an ile bu markaya özel normlar bütünü olan SMK hükümlerinin uygulanması anı birbirinden farklı olabilir. Başka bir deyişle, bir işaretin marka olarak adlandırılabilmesi için marka fonksiyonlarını yerine getirebilme kabiliyetini taşıması, bunun için de ticari sahada ürün ve hizmetlere ayırt edicilik katma, onlara kimlik kazandırma çitasına ulaşacak asgari markasal kullanım gerekmektedir. Bu halde, söz konusu işaret, tescilsiz de olsa mahiyeti itibari ile artık marka olma vasfına erişmiştir. SMK, işte söz konusu olguyu dikkate alarak, böyle bir durumda sonraki tarihli olan başvuruya itiraz (SMK 6/3) veya sonraki tarihli marka tescilinin hükümsüzlüğünü (SMK 25/1) ileri sürme hakkını, önceki tarihli tescilsiz işareti ticari sahada kullanarak üstün hak elde eden gerçek hak sahibine bahşetmiştir. Ancak hemen belirtilmelidir ki; tescilli marka, markaya özgü, ulusal ve uluslararası mevzuatla korunurken, tescilsiz marka, iktisadi rekabetin önemli unsurlarından biri olması nedeniyle genel hükümlerle ve özellikle de haksız rekabet hükümleriyle korunur⁶⁷. Kanımızca, SMK sisteminde, Kanun Koyucu ilke olarak marka korumasını tescil şartına tabi tutmuştur. Önceki tarihli tescilsiz marka hakkı sahibine ise gerek sonraki tarihli tescil başvurusuna itiraz etme veya tescil edilmişse bu tescilin hükümsüzlüğünü talep etme hakkı tanıyarak, öncelik ilkesi doğrultusunda, bir işareti ticari sahada ilk defa markasal olarak kullanan gerçek hak sahibinin sonraki tarihli tescili hükümsüz ettirme ve akabinde gerçek hak sahibi olduğu işareti kendi adına tescil ettirerek SMK bağlamında tekeli haklardan yararlanma imkânı sağlamıştır. SMK'nin 155.maddesi incelendiğinde; önceki tarihli hak sahibinden bahsedilirken “*daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin*” ibaresine yer verilmiştir. Burada önceki tarihli hak sahibine atfedilen “*önceki rüçhan veya başvuru tarihi*” ibareleri marka tescil sürecine ilişkin hukuki kavramlar⁶⁸ olup, düzenlemede önceki tarihli hak sahibinin marka hukuku anlamında hakka sahip olması gerektiği aranmaktadır⁶⁹. SMK 155 hükmüne mehzaz olduğu anlaşılan ve yukarıda irdelenen ABAD kararları incelendiğinde de, önceki tarihli sınıai mülkiyet hakkının tescile dayandığı, önceki ve sonraki tarihli tescilli sınıai hakların çatışması halinde, öncelik ilkesi çerçevesinde meselenin ele alındığı, önceki tarihli

⁶⁷ Kaya, (n 1) 230.

⁶⁸ Şehirli Çelik, (n 14) 80 (SMK155).

⁶⁹ Alica, (n 4) 713.



sınai hakkın tescilsiz olması ihtimaline ilişkin bir analiz yapılmadığı görülmektedir. SMK 155 hükmünün gerekçesinde sözü geçen yargı kararlarının dikkate alınması suretiyle maddenin ihdas edildiği olgusu da gözetildiğinde, Kanunun objektif amacına uygun yorumundan SMK 155 hükmü bağlamında önceki tarihli marka hakkı sahibinin hakkının tescilli olması gerektiği kanaatindeyiz.

SMK ile ihdas edilen; gerek marka tescil başvurusuna itiraz halinde (SMK 19/2), gerek açılan bir hükümsüzlük davasında (SMK 25/7) ve gerekse açılan tecavüz davalarında (SMK 29/2) karıştırılma tehlikesi iddiasına karşı, itiraza mesnet gösterilen marka veya markaların ciddi suretle belli bir müddet markasal kullanımının bulunmadığı yönünde kullanmama def'i ileri sürülebilir⁷⁰. Kullanmama def'inin detayları çalışmamızın konusu olmamakla birlikte kısaca ifade etmek gerekirse, kullanmama def'i, tescilli bir markanın aynı veya benzerini, tescilli markanın koruma kapsamında bulunan ürün veya hizmetler ile aynı veya benzer ürün ve hizmetlerde söz konusu ürün veya hizmetlerin ortalama tüketicisi nezdinde karıştırma tehlikesi oluşturacak düzeyde markasal olarak kullanan, tescil başvurusunda bulunan veya tescil ettiren kimseyi, önceki tarihli tescilli markanın belli bir süre ciddi suretle kullanılmaması nedeni ile önceki tarihli tescilli markadan kaynaklanan tekeli hakların kendisine karşı ileri sürülememesine imkân sağlayan önemli bir savunma vasıtasıdır. Önceki tarihli tescilli marka hakkı sahibinin kullanmadığı markasına dayanarak, davalının sonraki tarihli marka tescil başvurusuna itiraz etmesi durumunda, sonraki tarihli başvuru sahibinin kullanmama def'i imkanından yararlanarak bu itirazı bertaraf ederek markasını tescil ettirmesi halinde, daha sonra önceki tarihli tescilli markanın ciddi suretle kullanılmaya başlanması ve akabinde sonraki tarihli tescilli markanın kullanımının engellenmesi için tecavüz davasının açılması halinde, SMK 155 hükmünün artık uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülmüştür⁷¹. Söz konusu görüş öğretilerde eleştirilmiş ve her ne kadar sonraki tarihli tescilin başvuru aşamasında, önceki tarihli tescilli markanın kullanılmaması nedeni ile ileri sürülen kullanmama def'inden yararlanılarak sonraki tarihli marka başvurusu tescil ettirilse de, bunun nedeni önceki tarihli markanın o dönem kullanılmamasından kaynaklandığı, önceki tarihli markanın ciddi suretle kullanılması ve akabinde sonraki tarihli tescilli markasal kullanıma karşı tecavüz davası açılması halinde SMK 155 hükmünün uygulama alanı bulacağı ve sonraki tarihli tescilin savunma gerekçesi yapılamayacağı belirtilmiştir⁷². Kanaatimizce de ikinci görüş isabetlidir. Zira, önceki tarihli tescilli markaya karşı kullanmama def'i ileri sürülmesi, önceki tarihli tescilli marka hakkı sahibine sağlanan tekeli hak-

⁷⁰ Kullanmama Def'i hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fethi Merdivan, 'Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def'i', in Feyzan Hayal Şehirli Çelik, İfakat Balık, İbrahim Bektaş (eds) 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu 9-10 Mart 2017 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 483-522.

⁷¹ Merdivan, (n 70) 520.

⁷² Çolak, (n 1) 911.

ları sona erdirme kabiliyetini haiz değildir. Bu def'i, sonraki tarihli marka tescil başvuru sürecinde, başvuru veya rüçhan tarihi dikkate alınmak suretiyle ve o tarih itibari ile geçici blokaj görevi görme işlevini haizdir. Oysa marka hukukunda kullanım olgusu dinamik bir karaktere sahiptir. Uzun yıllar boyunca kullanılmayan bir marka, kullanmama nedeni ile iptal edilmediği müddetçe SMK 7/1 hükmünde ifadesini bulan tescil nedeni ile marka korunmasından istifade etme imkânına sahiptir. Önceki tarihli tescilli markanın uzun süre kullanılmaması nedeni ile iptalini talep etmeyen (SMK 26) sonraki tarihli tescilli marka hakkı sahibinin, kullanmama def'inden yararlanarak markasını tescil ettirmesi nedeni ile daha sonra kendisine karşı açılan tecavüz davasında, başlangıçta yararlandığı kullanmama def'inden kaynaklı olarak ayrıca SMK 155 hükmünün kendisi bakımından sonuç doğurmayacağı savunmasının hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Aksi düşünce, sonraki tarihli tescilli marka hakkı sahibinin, önceki tarihli kullanılmayan markanın iptalini talep etmekte ihmal göstermesi şeklindeki davranışının hukuk düzenince ödüllendirildiği anlamına gelecektir. Hukuk kurallarının taraf menfaatlerini dengeleme işlevi dikkate alındığında, kullanmama def'i müessesesinin yukarıda yer verilen sonraki tarihli marka sahibine sağladığı imkânın, yasal dayanak olmaksızın genişletecek şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Sinai Mülkiyet Kanunu'nda düzenlenen özel korumadan yararlanabilmesi için bir markanın tescilli olması gerekir. Tescil ile birlikte, marka sahibi, markayı ilişkin olduğu mal ve hizmetler üzerinde kullanma konusunda bir inhisar hakkı elde etmektedir. Böylece marka olarak tescil edilen işaret marka sahibinin kullanımına tahsis edilmekte ve marka sahibi bu işaretin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını engelleyebilmektedir.

Marka korumasında tescil ilkesi ile öncelik ilkesinin zaman zaman karşı karşıya geldiği görülmektedir. Yargıtay, mülga 556 sayılı KHK döneminde, sonraki tarihli eylemin tescilli bir hakka dayalı olması halinde, önceki tarihli bir marka hakkı mevcut olsa da, eylemin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturmayacağı yönünde kararlar vermiştir.

ABAD ise, öncelikle tasarımlara ilişkin vermiş olduğu *Celaya* kararı, akabinde marka hukukuna ilişkin olarak tesis ettiği *Canina* ve *Rosa dels Vents* kararları ile birlikte, sonraki tarihli tescilin, açılmış bir tecavüz davasında önceki tarihli tescilli hak sahibinin kendisine tanınan tekeli yetkiler kapsamındaki üçüncü kişilerin tecavüz oluşturan kullanımlarını engelleme yetkisini bertaraf etmediğini ortaya koymuştur. ABAD söz konusu kararlarda tescil ilkesine nazaran öncelik ilkesine üstünlük tanımış olup, topluluk tüzük ve direktifinde sonraki tarihli tecavüze konu edilen kullanımın tescilli olup olmaması bakımından bir ayırım yapılmadığını, öncelik ilkesi çerçevesinde sorunun ele alınması gerektiğini içtihat etmiştir.

SMK 155'in yürürlüğe girmesi ile ilke olarak sonraki tarihli tecavüze konu



eylemin tescilli bir hakka dayalı olması halinde, bu hakkın önceki tarihli rüçhan veya başvuru tarihine sahip tescilli marka hakkı sahibine karşı bir savunma aracı olarak ileri sürülemeyeceği, önceki tarihli marka hakkı sahibinin, sonraki tarihli sınaı mülkiyet hakkının hükümsüzlüğünü ileri sürmek zorunda kalmaksızın tecavüz davalarını açabileceği kabul edilmiştir. Böylece, açıkça öncelik ilkesi benimsenmiş olmaktadır.

Mülga 556 sayılı KHK’de yer almayan ve ilk defa SMK 155 ile ihdas edilen düzenleme nedeniyle uygulamada birtakım problemlerin söz konusu olabileceği düşünülmektedir:

Öncelikle, mehz ABAD kararlarında önceki tarihli hakkın tescile dayalı, SMK sisteminde de özel marka korumasına ilişkin normatif hükümlerden yararlanmanın ilke olarak tescil şartına tabi olduğu gözetildiğinde; önceki tarihli tescilsiz marka hakkı sahibinin sonraki tarihli tescile karşı SMK hükümleri bağlamında tecavüzden doğan talepleri ileri süremeyeceği, söz konusu hükmün ancak çatışan tescilli hakların varlığı durumunda uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz.

Ayrıca, yapılan bir başvuruya, önceden tescilli ancak kullanılmayan bir markaya dayanarak itiraz edilmesi, ancak başvuru sahibi tarafından ileri sürülen kullanmama def’i üzerine tescilin gerçekleşmesi, önceki tarihli tescilli markanın bundan sonra ciddi şekilde kullanılarak tescil edilen sonraki markaya karşı tecavüz davası açılması ihtimalinde SMK 155 hükmünün uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülmüşse de, önceki tarihli tescilli markaya karşı kullanmama def’i ileri sürülmesinin, bu markaya sağlanan teknelci hakları sona erdirmeyeceği kanaatindeyiz. Bu durumda, kullanmadığı markasını bir süre sonra ciddi suretle kullanan önceki marka hakkı sahibi, sonrakinin kullanımını engelleme yetkisine sahiptir. SMK sistematığı gözetildiğinde, bu durumda sonraki tarihli tescilli marka hakkı sahibinin, tescil savunmasından yararlanacağı çıkarımının hukuki dayanağı ise kanaatimizce bulunmamaktadır.

KAYNAKLAR

Alıca T, ‘6769 Sayılı Sınaı Mülkiyet Kanunu’nda Önceki Hakların Etkisi’ in Feyzan Hayal Şehirli Çelik, İfakat Balık, İbrahim Bektaş (eds) 6769 Sayılı Sınaı Mülkiyet Kanunu Sempozyumu 9-10 Mart 2017 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017)

Arkan S, *Marka Hukuku I* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1997)

Arseven H, ‘Alameti Farika Hakkının Mahiyeti, Gayri Kanuni Rekabetle Münasebeti’ (1950) 16 (3-4) İHFM 822-893

Bently L/Sherman B, *Intellectual Property Law* (Third Edition, OUP 2009)

Bozgeyik H, *Marka Hakkının Korunması* (2. Baskı, Oniki Levha 2019)

Colston C, *Principles of Intellectual Property Law* (Cavendish 1999)

Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (5.Baskı, Oniki Levha 2023)

Bouchoux, DE, *Intellectual Property-The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets* (Fourth Edition, Cengage Learning 2013)

Güneş İ, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku* (2.Baskı, Adalet 2020)

Kaya A, *Marka Hukuku*, (Arıkan 2006)

Memiş T, 'Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar' in Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* (Oniki Levha 2009)

Merdivan F, 'Marka Tecavüz Davası Tescilli Marka veya Marka Tescil Başvurusu Bulunduğu Savunması ve Yargıtay Uygulaması' in Kemal Şenocak, Mathias Rohe, Ali Yarayan, Başar Ay (eds) *Türk-Alman Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler ve Türk-Alman Şirketler Topluluğu Uluslararası Sempozyumları 15-16 Mayıs 2014* (İnönü Üniversitesi-Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası 2015)

Merdivan F, 'Tescilli Marka Hakkına Dayalı Tecavüz Davasında Kullanmama Def'i', in Feyzan Hayal Şehirali Çelik, İfakat Balık, İbrahim Bektaş (eds) 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu 9-10 Mart 2017 (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017)

Merdivan F, '6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sistem, İlkeler ve 556 Sayılı KHK Dönemindeki Yargıtay Kararlarının Yeni Dönemde Uygulanabilirliği' 2020 (22) 1 FMR 19-42

Paslı A, 'Fikri Mülkiyet Hukukunda Hükümsüzlüğün Sonuçları', 2006 (1) 3 FMHD 158-227

Sekmen O, *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları* (İstanbul Kültür Üniversitesi Basılmamış Doktora Tezi 2013)

Suluk C, Karasu R, Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (7. Baskı, Seçkin 2023).

Suluk C, 'Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil "Güvenli Liman" mıdır?' in Tekin Memiş, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* 2013 (Oniki Levha 2015)

Şehirali Çelik F H, 'Tescilli Tasarım Sahibine Karşı Tecavüz Davası Açılabilir mi?-Yeni Bir Karar, Yeni Bir Ufuk' 2011 (12)1 FMR 13-43

- - 'Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 21 Şubat 2013 Tarihli "CANINA" Kararı', 2013 (29)2 BATİDER 293-305

- - 'Sınai Mülkiyet Hakkı Tescilinin Anlamı Üzerine-SMK 155 Vesilesiyle Bir İnceleme', 2018 (34)2 BATİDER 33-88

- - ‘SMK 155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler’,
2019 (35) 2 BATİDER 63-100

Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5.Bası, Vedat 2012)

Uzunallı S, *Marka Hukuku* (Adalet 2019)

ANAYA SOYBAĞININ REDDİ DAVASI AÇMA HAKKI TANINMASI: OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÖNERİLER

*Granting Mother the Right to Challenge Paternity:
Suggestions De Lege Ferenda*

Özgür GÜVENÇ*

Özet

Soybağının reddi davası, babalık karinesi uyarınca baba sayılan koca ile çocuk arasındaki soybağını ortadan kaldırmak amacıyla açılan davadır. Türk kanun koyucusu, çocuğun anasına, bu davayı açarak çocukla baba arasındaki soybağını ortadan kaldırma hakkı tanımamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli bir kararında anaya bu hakkın tanınmamasının ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal edebileceği gerekçesiyle TMK m. 286/1'i, AY m. 20 ve m. 40'a aykırı bularak iptal etmiştir. Kanun'da, çocuğun menfaatinin soybağının reddini gerektirdiği hâllerde dahi anaya bu davayı açma imkânının tanınmamış olması, ananın, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına meşru sınırların ötesinde bir müdahale teşkil eder. Bu açıdan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yerindedir. İptal edilen TMK m. 286/1 hükmünün yerine yapılacak düzenlemede, çocuğun sosyal babalık ilişkisinin tesisine ve korunmasına yönelik menfaatinin, ananın özel hayatına saygı gösterilmesini istemeye yönelik menfaatine nazaran öncelikli olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda ananın soybağının reddi davası açma hakkı iki yönden sınırlandırılmalıdır. İlk olarak söz konusu hak, çocuğun doğumundan itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye tâbi olmalıdır. İkinci olarak ise ana, bu bir yıllık süre içinde dahi, ancak çocuğun menfaatinin kocayla olan soybağının korunmasını gerektirmemesi şartıyla soybağının reddi davası açabilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Soybağı, babalık karinesi, soybağının reddi, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, sosyal babalık

Abstract

An action for annulment of paternity is an action filed to annul the filiation between the husband, who is deemed to be father according to the presumption of paternity, and child. The Turkish legislator has not given mother the right to challenge paternity. However, the Turkish Constitutional Court, in a recent decision, annulled Art. 286/1 of the Turkish Civil Code (TCC) due to the violation of Art. 20 and Art. 40 of the Constitution on the grounds that not granting this right to mother may violate her right to respect for her private life. The fact that the TCC does not allow mother to file an action even in cases where the interests of child require the annulment of paternity constitutes an intervention of the mother's right to respect for her private life. In this respect, the Constitutional Court's decision of annulment is appropriate. In the regulation to be made to replace the annulled Article 286/1 of the TCC, it should be taken into consideration that

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 01.01.2024

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, ozgur.guven@hbv.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-8684-5415>.



the interest of child for the establishment and protection of the social paternity relationship takes precedence over the mother's interest to request respect for her private life. Accordingly, the right of mother to challenge paternity should be limited in two aspects. Firstly, this right should be subject to a one-year limitation period starting from the birth of child. Secondly, even within this one-year period, mother should be able to challenge paternity only if the interests of child do not require the preservation of paternity.

Keywords: Filiation, presumption of paternity, challenge to paternity, right to respect for private life, social paternity

GİRİŞ

Çocuğun evlilik sırasında ya da evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğması hâlinde TMK¹ m. 285'te düzenlenen babalık karinesi devreye girer. Karineye göre evlilikteki koca, çocuğun babası kabul edilmektedir. Ancak bu karine niteliği itibarıyla bir adi karinedir. Nitekim kanun koyucu, bu karinenin çürütülmesine yönelik olarak soybağının reddi davası açma imkânı öngörmüştür.

Soybağının reddi davası TMK m. 286-289 hükümleri arasında düzenlenmiştir. TMK m. 286 uyarınca bu davayı açma hakkı, babalık karinesinin işleme dolayısıyla baba sıfatını elde eden kocaya ve çocuğa tanınmıştır. Çocuğun anasının ise bu davayı açma hakkı² bulunmamaktadır.

Aile kavramına bakış açısının son yıllarda önemli derecede farklılaşması ve aileyi koruma düşüncesinin git gide aşınmasıyla birlikte, ananın ve hatta biyolojik babanın soybağının reddi davası açma hakkından yoksun bulunması, gerek Alman gerekse İsviçre hukukunda eleştirilerin hedefi olmuştur. Konu özellikle biyolojik³ babanın dava hakkına ilişkin olarak, AİHS m. 8 bağlamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne de pek çok kez taşınmıştır. Alman kanun koyucusu, 1997 yılında yaptığı bir kanun değişikliğiyle anaya soybağının reddi davası açma hakkı

¹ Türk Medeni Kanunu, Kanun Numarası: 4721, Kabul Tarihi: 22.11.2001, RG 08.12.2001/24607.

² Türk hukukunda anaya, kendisi ile çocuk arasındaki soybağını reddetme imkânı tanınmamıştır. Soybağının reddi kavramı, bu bağlamda yalnızca baba ile çocuk arasındaki soybağının ortadan kaldırılmasını ifade edecek şekilde kullanılmaktadır (bkz. TMK m. 286). Bu çalışma kapsamında da ananın soybağının reddi davası açma hakkından söz edildiğinde, bundan ananın, kendisiyle çocuk arasındaki değil, koca ile çocuk arasındaki soybağını ortadan kaldırmaya yönelik dava hakkı anlaşılmalıdır. Bununla birlikte doktrinde, bölünmüş annelik ihtimalinde ve belirli şartlarla, olması gereken hukuk bakımından anaya kendisi ile çocuk arasındaki soybağının reddini talep etme imkânının tanınması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu yönde bkz. A. Dilşad Keskin, 'Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi' (2020) 5(1) ÇÜHFD 1989, 2011, 2012.

³ Doktrinde "biyolojik babalık" ve "biyolojik ebeveynlik" kavramları yerine "genetik babalık" ve "genetik ebeveynlik" kavramları da kullanılmaktadır. Bu şekilde kullanım için bkz. Şirin Aydınçık Midyat, 'Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri' (2022) 80(2) İHM 455, 458; Heinz Hausheer, Thomas Geiser ve Regina E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (3. Aufl., Stämpfli Verlag AG 2007) N. 15.09; Jens van der Meer, *Familienrecht* (Orell Füssli Verlag AG 2006) 104; Judith Wyttenbach ve Irene Grohsmann, 'Welche Väter für das Kind? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft' (2014) AJP 149, 150. Bu iki kavramın her zaman bire bir örtüşmediği, özellikle yapay dölleme ihtimalinde biyolojik ve genetik ebeveynlerin birbirinden farklı olabileceği yönünde bkz. Aydınçık Midyat (n 3) 458; Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 3) N. 15.10.

tanımıştır. İsviçre kanun koyucusu ise, Türk hukukunda da olduğu gibi, ananın dava hakkına ilişkin olarak bugüne kadar hareketsiz kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi, oldukça yakın tarihte verdiği iptal kararıyla⁴, anaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınmamasının ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal edebileceği gerekçesiyle, TMK m. 286/I’i AY m. 20 ve m. 40’a aykırı bularak iptal etmiştir. Resmî Gazete’de yayınlanmasından dokuz ay sonra, yani 20.07.2024 tarihinde yürürlüğe girecek olan bu iptal kararıyla birlikte, anaya baba ile çocuk arasındaki soybağının reddini talep hakkı tanınması Türk hukukunda güncel bir sorun hâlini almıştır. Bu çalışmada, karşılaştırmalı hukuktaki duruma ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ilgili kararlarına da değinilerek, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı hakkında değerlendirmelerde bulunulacak ve kararın ardından yapılacak kanuni düzenlemeye ilişkin öneriler ortaya koyulacaktır.

I. GENEL OLARAK SOYBAĞININ REDDİ

Soybağı (*das Kindesverhältnis, die Abstammung, la filiation*), çocuğun ana ve babayla arasındaki bağı ifade etmektedir⁵. TMK m. 282 uyarınca bu bağ, ya kan bağı yoluyla ya da evlat edinme yoluyla kurulur. Soybağının kan bağına dayalı olarak kurulması, ana yönünden doğum ile gerçekleşir (TMK m. 282/I). Baba yönünden ise Kanun’da ana ile evlilik, tanıma ve babalık hükmü şeklinde üç farklı yol öngörülmüştür (TMK m. 282/II).

⁴ Anayasa Mahkemesi, E. 2023/37, K. 2023/140, 26.07.2023 (RG, 20.10.2023/32345).

⁵ Bkz. ve karşı. Mehmet Beşir Acabey, *Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikler Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı* (Güncel Hukuk Yayınları 2002) 15; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku* (24. Baskı, Beta Yayıncılık 2022) 321, 322; Cem Baygın, ‘Kan Bağına Dayanan Soybağı’ (2002) 4(1-4) AÜEHFD 255, 255; Cem Baygın, *Soybağı Hukuku* (XII Levha Yayıncılık 2010) s. 3; Feride Demirbaş, ‘Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler’ (2018) 22(3) AHBVÜHFD 3, 4; Mustafa Dural, Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku* (18. Bası, Filiz Kitabevi 2023) N. 1336; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022) 332; Fulya Erlüle, ‘Babalık Karinesi’ in Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt (Vedat Kitapçılık 2009) 685, 685 dn. 1; Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. II/2/1: Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Kommentar zu Art. 252-269c ZGB* (4. Aufl., Verlag Stämpfli & Cie 1984) Art. 252, N. 10; Cyril Hegnauer, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. II/2/1: Das eheliche Kindesverhältnis, Kommentar zum Art. 252-301 ZGB* (3. Aufl., Verlag Stämpfli & Cie 1964) Art. 252, N. 3; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2022) 404; Kemal Oğuzman ve Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1998) 197; Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015) 867; Sirac Süleyman ve Mehtap İpek İşleten, ‘Türk Hukukunda Soybağının Kurulması’ (2018) 4(1) İAÜHFD 105, 107; Michael Stern, *Nomos Handkommentar, Familienrecht, Vorbem. zu §§ 1591-1600d BGB* (3. Aufl., Nomos 2018) Vorbem. zu §§ 1591-1600d, N. 1; Şükran Şıpka ve Arzu Genç Ardemir, ‘4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri’ (2003) 1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi s. 149, 149; Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid ve Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2009) § 39, N. 1; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk, C. III, Aile Hukuku* (Yetkin Yayınları 2023) 435.



Soybağının ana ile evlilik yoluyla kurulması, hem çocuğun evlilik sırasında veya evliliğin sona ermesinden itibaren -kural olarak- üç yüz gün içinde doğması ihtimalinde (TMK m. 285) hem de doğum sırasında evli olmayan ana ile babanın daha sonra evlenmeleri ihtimalinde (TMK m. 292) söz konusu olur. Bu ihtimallerden ilki kapsamında, evlilik sırasında doğan ya da evlilik sırasında ana rahmine düşmüş olan çocuğun babasının koca olarak kabul edilmesi, TMK m. 285'te "babalık karinesi" olarak nitelendirilmiştir.

Soybağının reddi, TMK m. 285'te düzenlenen babalık karinesinin çürütülmesi için öngörülmüş bir yoldur⁶. Nitekim çocuk evlilik sırasında veya evliliğin sona ermesinden itibaren -kural olarak- üç yüz gün içinde doğmuş olsa dahi, çocuğun babasının koca olmaması mümkündür. Kanun koyucu, babalık karinesini bir adi karine olarak düzenlemek suretiyle, kocanın baba olmadığı ihtimalde, soybağının reddi yoluna başvurarak baba ile çocuk arasındaki soybağının ortadan kaldırılmasına olanak tanımıştır.

Soybağının reddi dava yoluyla olur. Kanun koyucu, bu davayı açma hakkını, esas itibarıyla çocuğa ve babalık karinesi uyarınca baba olan kocaya tanımıştır (TMK m. 286). Bununla birlikte kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde sınırlı olarak, kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi de dava hakkı elde etmektedir (TMK m. 291/I). Davayı koca ya da TMK m. 291/I'de belirtilen kişiler açarsa davalı tarafta ana ve çocuk (TMK m. 286/I); davayı çocuk ya da çocuk adına kayyım açarsa davalı tarafta ana ve koca (TMK m. 286/II) yer alır.

TMK m. 289'da bu davaya ilişkin olarak, koca için davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıllık bir hak düşürücü süre; çocuk için ise kural olarak, ergin olduğu tarihten başlayarak bir yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüştür. Ancak çocuk ya da koca, bu bir yıllık süre içinde dava açmamakla birlikte, sürenin geçirilmesinin haklı bir sebebe dayandığını ispatlayabilirse, bir yıllık süre haklı sebebin ortadan kalmasından itibaren başlamaktadır (TMK m. 289/III). Diğer ilgililerin dava hakkı doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yılın geçmesiyle (TMK m. 292/I), çocuk adına dava açacak kayyımın dava hakkı ise atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yılın geçmesiyle düşer (TMK m. 292/II).

Daha önce, TMK m. 289/I'de kocanın soybağının reddi davası açması için, TMK m. 291/II'de ise çocuk adına kayyımın dava açması için doğumdan itibaren

⁶ Babalık karinesinin uygulanma şartları mevcut olmamasına rağmen çocuğun kocanın nüfus kütüğüne kaydedilmesi hâlinde soybağının reddi davası değil, nüfus kaydının düzeltilmesine yönelik bir dava (TMK m. 39, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 36) açılmalıdır. Aynı yönde bkz. Baygın, *Soybağı Hukuku* (n 5) 27; Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku (Sınav Hazırlık Kitabı)* (Filiz Kitabevi 1999) § 10, N. 20.

beş yıllık bir hak düşürücü süre daha öngörülmüştü. Bu sürelerle ilişkin ibareler, Anayasa Mahkemesi'nin 2008/30 esas sayılı, 2009/96 karar sayılı ve 25.06.2006 tarihli kararıyla⁷ iptal edilmiştir. Kararda iptalin gerekçesi olarak, bu sürenin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıması ve kocanın temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak ölçüde sınırlıyor olması gösterilmiştir.

Nihayet TMK m. 287 ve m. 288'de, soybağının reddinde ispata ve özellikle ispat yüküne ilişkin hükümler yer almaktadır. Hükümlerde, çocuğun evlilik içinde ana rahmine düştüğü ihtimal ile evlilikten önce ya da ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmesi ihtimali arasında bir ayırım yapılmıştır. TMK m. 287 uyarınca, çocuk evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğmuşsa kocanın baba olmadığına dair ispat yükü kural olarak davacı üzerindedir. Davacı, buna yönelik olarak ya kocanın, kadının gebe kalma döneminde karısı ile cinsel ilişkide bulunmasının imkânsız olduğunu ya da böyle bir ilişki kurulmuş olsa bile çocuğun bu ilişkiden doğmadığını ispatlamak durumundadır⁸. Buna karşılık çocuğun evlenmeden önce ya da kocayla ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmesi hâlinde davacının bu durumu kanıtlaması yeterli görülmüştür (TMK m. 288/I). Ancak bu hâlde de, davalı taraf gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar getirebilirse, davacı yine kocanın baba olmasının imkânsızlığını ispat yükü altına girer (TMK m. 288/II).

II. TÜRK HUKUKUNDA ANANIN SOYBAĞININ REDDİ DAVASI AÇMA HAKKINA İLİŞKİN TARTIŞMALAR

A. 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi Döneminde

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, soybağının reddi davası açma hakkını ilk aşamada yalnızca kocaya tanımıştır (TKM m. 242, ZGB Art. 253 aF). Bununla birlikte TKM m. 245/I (ZGB Art. 256 Abs. 1 aF)⁹de, dava süresinin dolmasından önce kocanın ölmesi, ayırt etme gücünü kaybetmesi, bulunduğu yerin bilinmemesi veya herhangi bir sebeple çocuğun doğumundan haberdar edilememesi ihtimallerinde, “çocukla birlikte mirasçı veya çocuk sebebi ile mirastan mahrum olanlar”⁹a da dava hakkı tanınmıştır. TKM m. 245/II uyarınca ise kadının evlenmeden önce gebe kaldığı ihtimalde savcı dava hakkını haiz kılınmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihine kadar yürürlükte kalan yukarıdaki düzenlemelerde, her şeyden önce dava açabilecek kişiler arasında çocuğun dahi sayılmadığı dikkat çekmektedir⁹. Koca dışındaki

⁷ Anayasa Mahkemesi, E. 2008/30, K. 2009/96, 25.06.2009 (RG, 06.10.2009/27368).

⁸ Baygın, *Soybağı Hukuku* (n 5) 45-47; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 5) N. 1360; Oğuzman ve Dural (n 5) 206-210; Gülnihal Paksoy, 'Soybağının Reddi' (2011) 97 TBBD 353, 356-359.

⁹ Bununla birlikte o dönemde doktrindeki genel eğilim, hakkın kötüye kullanılması ve kanun



kişilerin dava hakkı ise belli şartlara bağlı olarak doğmaktadır. Kanun koyucu, TKM m. 245/I'de öngörülen şartlarla, çocukla birlikte mirasçı olan ya da çocuğun soybağının reddedilmesi hâlinde mirasçı olabilecek olan tüm mirasçılara dava hakkı tanımıştır. Doktrinde kocanın, soybağının reddi talep edilecek çocuğun anasından boşandıktan sonra evlendiği eşinin (sağ kalan eşin), çocukla birlikte veya çocuğun olmadığı ihtimalde mirasçı olabilecek zümre mirasçılarının ve hatta çocuk dışında hiçbir mirasçının bulunmaması hâlinde devlet, bu kapsamda dava açabileceği kabul edilmektedir¹⁰.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte olduğu dönemde, TKM m. 245/I'deki şartları sağlasa ve bu bağlamda çocukla birlikte mirasçı sıfatını elde etse dahi, anaya dava hakkı tanınması konusunda daha çekingen bir tutum sergilendiği görülmektedir. Nitekim hâkim görüş olarak nitelendirilebilecek görüş¹¹, mirasçılar arasında yer alsada dahi anaya dava hakkı tanınmaması gerektiği yönündedir. Bu görüşe gerekçe olarak özellikle, ananın dava açma isteğinin çocuğun menfaatinden ziyade miras payını artırmak gibi malî sebeplerden ve hatta intikam arzusundan kaynaklanabileceği ve zina eden ananın kendi kusuruna dayanarak hak elde etmesine kapı aralanmaması gerektiği öne sürülmüştür¹².

Buna karşılık, görece azınlıkta kalmakla birlikte, ananın dava hakkını haiz bulunduğunu ya da olması gereken hukuk bakımından dava hakkını haiz kılınması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarların bir kısmı¹³, ananın doğrudan TKM m. 245/I (ZGB Art. 256 aF) kapsamında mirasçı sıfatını haiz bulunmasından hareketle, bu maddedeki şartlarla ananın dava hakkının varlığını kabul etmektedirler. Diğer bir görüş¹⁴, anaya, özellikle babalık karinesi uyarınca baba

boşluğunun varlığı gibi gerekçelerle çocuğa dava hakkının tanınması gerektiği yönündedir. Konuya ilişkin tartışmalar hakkında geniş bilgi için bkz. August Egger, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II/2: Die Verwandtschaft, Kommentar zu Art. 252-359* (2. Aufl., Schulthess & Co. A.-G. 1943) Art. 253, N. 3, 4; Hegnauer, 3. Aufl. (n 5) Art. 253, N. 10; Oğuzman ve Dural (n 5) 217-219; Erika Sandmeier, *Die Ehelichkeitsvermutung und ihre Anfechtung insbesondere durch das Kind* (Verlag H. R. Sauerländer & Co. 1938) 115; Hıfız Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku* (5. Bası, Nurgök Matbaası 1965) 320.

¹⁰ Hegnauer, 3. Aufl. (n 5) Art. 256, N. 3; Oğuzman ve Dural (n 5) 214-216.

¹¹ Bu yönde bkz. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (3. Baskı, Filiz Kitabevi 1986) 438; Hatemi (n 6) § 10, N. 19; Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1989) 216; Oğuzman ve Dural (n 5) 215; Ferit H. Saymen ve Halid K. Elbir, *Türk Medenî Hukuku, C. III, Aile Hukuku* (İsmail Akgün Matbaası 1960) 310. Aynı yönde ayrıca bkz. Yargıtay 2 HD, E. 1981/3088, K. 1981/3205, 27.04.1981 (Oğuzman ve Dural [n 5] 215 dn. 429). İsviçre doktrininde aynı doğrultuda bkz. M. Hämmerli, 'Die Auswirkung von Art. 252 ff. ZGB in der Schweiz' (1952) 88(10) ZBJV 442, 445, 446; Hegnauer, 3. Aufl. (n 5) Art. 256, N. 3; Sandmeier (n 9) 128 dn. 7.

¹² Bkz. ve karşı. Hämmerli (n 11) 445; Hegnauer, 3. Aufl. (n 5) Art. 256, N. 3; Oğuzman ve Dural (n 5) 215; Hayrunnisa Özdemir ve Ahmet Cemal Ruhi, *Çocuk Hukuku* (Ders Kitabı) (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021) 233, 234; Sandmeier (n 9) 128 dn. 7; Saymen ve Elbir (n 11) 310.

¹³ Egger (n 9) Art. 256, N. 1; Max Waiblinger, *Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht* (Verlag von Stämpfli & Cie. 1928) 135.

¹⁴ Bu doğrultuda bkz. ve karşı. Zafer Gören Ataysoy, *Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Hali*

sayılan kocadan boşanması ve biyolojik babayla evlenmesi ihtimalinde dava hakkı tanınmasına sıcak bakmaktadır. Tekinay ise bir adım daha ileri giderek, anaya soybağının reddini talep hakkı tanınması ve bu hakkın yalnızca çocuğun menfaatinin aksini gerektirdiği hâllerle sınırlandırılması yönünde görüş bildirmektedir¹⁵. Yazar, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde ananın dava hakkına ilişkin bir kanun boşluğu bulunduğundan hareket etmektedir. Çocuğa dava hakkı verilmesine ilişkin gerekçelerin ananın dava hakkı yönünden de geçerli olduğunu vurgulayan¹⁶ yazar, ananın dava açmasının çocuğun zararına sonuç doğuracağı bazı hâller (gerçek soybağının saptanmasındaki zorluk ve çocuğun kocanın baba sayılmasındaki olası menfaati) istisna tutulmak üzere, bu boşluğun anaya dava hakkı tanınması suretiyle doldurulmasını savunmaktadır. Yazara göre¹⁷, ananın kendi kusuruna dayanarak hak elde edebileceği kaygısı aksi yönde bir kabulü gerekli kılmaz; nitekim burada esas olan ananın kusurunun araştırılması değil, çocuğun menfaatinin korunmasıdır¹⁸.

B. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Döneminde

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kanun koyucu, kocanın yanı sıra çocuğa da¹⁹ soybağının reddini talep imkânı tanımıştır (TMK m. 286/II). Böylece ilk aşamada dava hakkına sahip olan kişilerin çevresi genişletilmiştir. Buna karşılık kocanın belirli sebeplerle artık dava açamayacağı ihtimalde ikincil olarak dava hakkını haiz kişiler çevresinin ise esas itibarıyla daraltıldığı göze çarpmaktadır²⁰. Nitekim TMK m. 291/I uyarınca “*Dava açma süresinin geçmesinden önce koca-*

Olarak Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1991), 100, 101.

¹⁵ Selâhattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1990) 417, 418; Selâhattin Sulhi Tekinay, ‘Anaya, Kocanın Nesebini Red Hakkı Tanınmalı Mıdır?’ (1977) 11(14) MHAD 1, 2, 4.

¹⁶ Tekinay, ‘Red Hakkı’ (n 15) s. 3.

¹⁷ Tekinay, ‘Red Hakkı’ (n 15) s. 2.

¹⁸ Serozan ise her bir görüş için zikredilen gerekçeleri değerlendirdikten sonra, anaya soybağının reddini talep hakkı tanınması lehine ve aleyhine olan argümanların adeta birbirini dengelediği tespitinde bulunmakta, ancak bu konuda görüş belirtmemektedir. Bkz. Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 1993) 301-303; Rona Serozan, *Çocuk Hukuku* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2005) III, § 5, N. 44a.

¹⁹ Çocuğa şartsız biçimde soybağının ret hakkı tanınmasının, anayasal ve sözleşmesel bir hak olan, çocuğun kimlik hakkının, diğer bir deyişle kökenini öğrenme hakkının bir gereği olduğu ve bu bağlamda isabet taşıdığı yönünde değerlendirme için bkz. Baygın, ‘Kan Bağı’ (n 5) 261; Hatemi ve Serozan (n 18) 301; Rona Serozan, ‘Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi’ in *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II* (Beta Yayınları 2003) 499, 504; Serozan, *Çocuk Hukuku* (n 18) III, § 5, N. 27, 44. Çocuğun kökenini öğrenme hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Başak Baysal, ‘Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı’ in *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I* (XII Levha Yayıncılık 2010) 493, 495 vd..

²⁰ Akıntürk ve Ateş (n 5) 340; Baygın, *Soybağı Hukuku* (n 5) 34; Dural, Ögüz ve Gümüş (n 5) N. 1385 dn. 59; Kılıçoğlu (n 5) 422.



nın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi” dava açabilmektedir. Böyle bir değişikliğe giderek kanun koyucu, mirasçılar arasında dava hakkını haiz bulunan kişilere bir sınır çizmiştir. Biyolojik baba ise 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde dava açabilecek kişiler arasında yer almamakla birlikte 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile ikincil nitelikte bir dava hakkı elde etmiştir²¹. Nihayet savcının dava hakkı da yeni Kanun’la birlikte kaldırılmıştır²².

TMK m. 291/I uyarınca ikincil olarak dava açabilecek kişilerin sayma yoluyla belirlenmesi ve sayılan kişiler arasında çocuğun anasının ve/veya sağ kalan eşin yer almamasından hareketle, kanun koyucunun, ananın dava hakkına ilişkin olarak, eski Kanun dönemindeki hâkim görüşü benimsediği söylenebilir. Böyle bir tercihle eski Kanun dönemindeki tartışmalara *de lege lata* nokta koyan kanun koyucu, ananın soybağının reddini talep etmesine sıcak bakmadığını da açığa vurmuştur.

Ananın açıkça TMK m. 291/I’de sayılan ikincil dava hakkı sahiplerinin dışında bırakılması karşısında, eski Kanun döneminde yürürlükte olan hukuk bağlamında yürütülen tartışmalar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu döneminde yerini büyük ölçüde olması gereken hukuka ilişkin tartışmalara bırakmıştır. Bununla birlikte eski Kanun döneminde doktrinde ileri sürülen görüşlerin, kısmen biçim değiştirerek 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu döneminde de savunulduğu görülmektedir. Nitekim eski Kanun dönemindeki hâkim görüşün uzantısını oluşturan bir görüş²³, bilhassa ananın kendi kusuruna dayanarak menfaat elde etmesine kapı aralanması endişesiyle, anaya dava hakkı tanınmamasını isabetli bulmaktadır. Diğer bir görüş²⁴, yine aynı endişeleri paylaşmakla birlikte, ananın, babalık karinesi uyarınca

²¹ Bu tercihin isabetsiz olduğu yönünde görüş ve değerlendirme için bkz. Tufan Ögüz, ‘Türk Medeni Kanunu’nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme’ in *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. II* (XII Levha Yayıncılık 2010) 1415, 1418, 1419. Biyolojik babanın dava hakkına yöneltile eleştiriler için ayrıca bkz. Fatma Zeynep Altınar Yolcu, ‘Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba’ (2020) 6(2) İAÜHFD 249, 255; Gözde Canan Özdemir, *Türk Hukukunda Soybağının Reddi Davası* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018) 47.

²² Savcıya soybağına müdahale olanağı tanınmasının “ahlak bekleliği” ve “ırkçılık” izleri taşıdığı yönünde değerlendirme için bkz. Baygın, *Soybağı Hukuku* (n 5) 35; Hatemi ve Serozan (n 18) 300; Serozan, ‘Yeni Medeni Kanun’ (n 19) 509. Benzer düşünceler için ayrıca bkz. Demirbaş (n 5) 14; Ömer Uğur Gençcan, *Aile Hukuku* (Yetkin Yayınları 2011) 1072, 1073.

²³ Bu yönde bkz. Acabey (n 5) 145; Gençcan, *Aile Hukuku* (n 22) 1075, 1076; Özdemir ve Ruhi (n 12) 233, 234. Yargıtay da kararlarında ananın soybağının reddi davası açamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Yargıtay 2 HD, E. 2007/10000, K. 2008/8665, 12.06.2008: “*Soybağının reddi davasının anne tarafından kendi adına açılması mümkün olmadığından ...*” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>); Yargıtay 2 HD, E. 2007/2615, K. 2008/3048, 10.03.2008: “*Koca soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açıılır. Çocuk da dava hakkına sahiptir. (TMK. md. 286) Davası, davacı anne adına vasisi tarafından açılmıştır. Soybağının reddi davasının anne tarafından açılmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır.*” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

²⁴ Bu yönde bkz. Baygın, ‘Kan Bağı’ (n 5) 263; Baygın, *Soybağı Hukuku* (n 5) 35, 36. Ayrıca bkz.

baba sayılan kocadan boşandığı ve biyolojik baba ile evlendiği ihtimalde ona dava hakkı tanınması gerektiği yönündedir. Nitekim bu durumda artık eski kocasından miras hakkına ilişkin bir menfaati söz konusu olmayan ananın, kendi kusuruna dayalı olarak menfaat elde etmesi gibi bir endişeye de yer kalmamaktadır²⁵. Bir başka görüşe²⁶ göre, ananın dava hakkı bağlamında vurgulanan, kendi menfaatinin gözetme ve kusuruna dayalı olarak hak elde etme endişeleri biyolojik baba bakımından da söz konusu olabilir. Buradan hareketle, biyolojik babaya ikincil dava hakkı veren bir hukuk düzeninin anaya da TMK m. 291/I bağlamında ikincil bir dava hakkı tanınması gerekir. Son olarak doktrinde, çocuğun genetik kökenine bağlılığının korunması amacıyla ananın birincil ya da en azından ikincil olarak dava hakkını haiz kılınması yönünde bir görüşe²⁷ de rastlanmaktadır.

III. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN TMK M. 286/I'E İLİŞKİN İPTAL KARARI VE İPTALİN GEREKÇELERİ

20.10.2023 tarihli ve 32345 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan, 26.07.2023 tarih, 2023/37 esas, 2023/140 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile TMK m. 286/I düzenlemesi iptal edilmiştir. Kararın, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra, yani 20.07.2024 tarihinde yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır.

İptal kararına konu düzenleme, soybağının reddi davası açma hakkı bulunan kişiler arasında çocuğun anasına yer verilmemiş olmasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 13. ve 36. maddelerine aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Ankara 18. Aile Mahkemesi tarafından itiraz yoluyla yapılan başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi, TMK m. 286/I hükmünü Anayasa'nın 20. ve 40. maddelerine aykırı bularak iptal kararı vermiştir.

Hükmün Anayasa'nın 20. maddesine aykırılığına gerekçe olarak Anayasa Mahkemesi, koca ile çocuk arasında biyolojik duruma aykırı bir soybağı ilişkisinin bulunmasının sadece koca ve çocuğun değil, ananın da özel hayatına ilişkin sonuçlar doğurduğuna işaret etmiştir. Bu nedenle ananın, soybağının ortadan kaldırılmasında, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı bağlamında menfaatinin bulunduğu kabul edilmiştir. Buradan hareketle Anayasa Mahkemesi, çocuğun biyolojik babası olmayan kocanın karine olarak baba olduğunun kabul edilmesinin ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal edebileceği sonucu-

ve karşı. Demet Özdamar, *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu* (Seçkin Yayıncılık 2002) 391-393; Öztan (n 5) 884, 885.

²⁵ Bu yönde bkz. Baygın, *Soybağı Hukuku* (n 5) 35, 36.

²⁶ Mustafa Alper Gümüş, 'Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki 'Diğer İlgililerin' [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK m.291/1, III)' in *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan* (Filiz Kitabevi 2013) 568, 574.

²⁷ Bu yönde bkz. Demirbaş (n 5) 14.



na varmıştır. Mahkemeye göre, bu ihlalin önüne geçebilmek amacıyla anaya, babalık karinesinin çürütülmesi için yargı mercilerine başvuru imkânı tanınmalıdır. TMK m. 286/I'de bu imkânın tanınmaması, AY m. 40'ta öngörülen etkili başvuru hakkını da ihlal etmektedir.

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının temelinde, biyolojik açıdan baba olmayan kocanın baba sayılmasına katlanmak zorunda bırakılmasının, ananın özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlali anlamına geldiği düşüncesi yatmaktadır. Ancak kararda, bu durumun ananın özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ne şekilde ihlal ettiği etraflıca izah edilmemiştir. Nitekim kararda, babalık karinesinin ananın bu hakkını "ihlal ettiği" değil, "ihlal edebileceği" ifade edildiğinden, bu ihlalin hangi hâllere özgü olduğunun aydınlatılması isabetli olurdu. Dolayısıyla her şeyden önce kararın doyurucu bir gerekçeden yoksun olduğunun altı çizilmelidir.

Kararın ve bu bağlamda, iptal edilen TMK m. 286/I'nın isabetliliğine ilişkin değerlendirmeler, karşılaştırmalı hukuktaki durumun ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya yaklaşımının incelenmesi sonrasında yapılacaktır.

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

A. İsviçre Hukukunda

İsviçre hukukunda soybağının reddi, "kocanın ebeveynliğinin iptali (*Anfechtung der Elternschaft des Ehemannes*)" başlığı altında, ZGB Art. 256-258 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Soybağının reddi davasında davacı sıfatının kime ait olabileceğine ilişkin hüküm ise ZGB Art. 256 Abs. 1'dir. Hükümde dava açma hakkını haiz bulunan kişiler, koca ve çocuğun küçük olduğu dönemde eşlerin birlikte yaşama son vermiş olmaları şartıyla çocuk şeklinde belirlenmiştir. Bunun yanı sıra ZGB Art. 258 Abs. 1'de, TMK m. 291/I ile kısmen örtüşen bir hükümle, kocanın dava süresi dolmadan ölmesi ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi hâlinde soybağının reddi davasının kocanın annesi ve babası tarafından açılabileceği öngörülmüştür.

Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda soybağının reddi davası açabilecek kişiler, büyük ölçüde Türk hukukuyla benzer şekilde belirlenmiştir. Nitekim her iki hukuk düzeni de dava hakkını kural olarak kocaya ve çocuğa tanımış, çocuğun annesini ise dava hakkından tamamen yoksun bırakmıştır²⁸. Bununla birlikte, İsviçre'deki düzenlemenin özellikle iki noktada Türk hukukundaki düzenlemeden ayrıldığı fark edilmektedir. Bunlardan ilki, İsviçre'de çocuğun dava hakkının şarta

²⁸ İsviçre hukuku yönünden bkz. Johannes Reich, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, Kommentar zu Art. 256 ZGB* (3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2016) Art. 256, N. 4; Ivo Schwander, *OFK - ZGB Kommentar, Kommentar zu Art. 256 ZGB* (2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG 2011) Art. 256, N. 2; Claudia Stehli, *OFK - ZGB Kommentar, Kommentar zu Art. 256 ZGB* (4. Aufl., Orell Füssli Verlag AG 2021) Art. 256, N. 2; BGE 108 II 344, Erw. 1.a.

bağlanarak sınırlandırılmış olmasıdır. Nitekim ZGB Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2 uyarınca çocuk, ancak küçüklüğü sırasında ana ve babanın birlikte yaşama son vermiş olmaları hâlinde soybağının reddini talep edebilmektedir. İkinci fark ise kocanın dava açma imkânını yitirmesi hâlinde ilgililere dava hakkı tanıyan hükümde kendisini gösterir. Şöyle ki TMK m. 292/I’de ilgililerin dava hakkının şartı olarak kocanın dava açma süresi geçmeden ölmesi, gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi sayılırken; ZGB Art. 258 Abs. 1’de yalnızca kocanın ölmesi ve ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerine yer verilmiştir. Ayrıca TMK m. 292/I’de bu durumda dava hakkı kocanın altsoyu, anası, babası ve baba olduğunu iddia eden kişiye tanınmışken, ZGB Art. 258 Abs. 1’de yalnızca kocanın ana ve babası bu hakka sahip kılınmıştır.

Esasen İsviçre Medeni Kanunu’nun 01.01.1912 tarihinde yürürlüğe giren ilk hâlinde (ZGB Art. 263 Abs. 1 aF), 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde de (m. 242) olduğu gibi, çocuğa dahi soybağının reddini talep hakkı tanınmamıştır. Çocuğun bu hakkı elde etmesi, 01.01.1978 tarihinde yürürlüğe giren, 25.06.1976 tarihli kanun değişikliği²⁹ ile gerçekleşmiştir. Değişikliğin gerekçesinde, İsviçre Federal Mahkemesi’nin çocuğa soybağının reddi davası açma imkânını, sadece kocanın dava açmaktan kaçınması ve annenin bu kocadan boşanıp çocuğun biyolojik babasıyla evlenmiş olması hâlinde tanıyan içtihadından söz edilmiştir³⁰. İsviçre kanun koyucusu, bu derece spesifik şartlar öngörmeyi uygun bulmamış, ancak yine de Federal Mahkeme’nin bu yaklaşımını özü itibarıyla benimseyerek çocuğa şartlı dava hakkı tanıma yoluna gitmiştir. Gerekçede açıkça belirtilmemekle birlikte, İsviçre kanun koyucusunun burada biyolojik gerçeklikten ziyade, çocuğun ana ve babayla aynı ev düzeni içinde büyüüp yetişmesine ve “sosyal aile ilişkisine” öncelik tanıdığı anlaşılmaktadır³¹.

25.06.1976 tarihli kanun değişikliğinin gerekçesinde, çocuğun anasına soybağının reddi davası açma hakkı verilmemesinin sebebine de değinilmiştir. Gerekçeye göre ananın, soybağının reddine ilişkin olarak, koca ve çocuktan bağımsız ve korunmaya değer bir menfaati bulunmamaktadır³². Çocuğun ayırt etme gücünü haiz olmadığı durumlarda ana, vesayet makamına başvurarak dava açılması için çocuğa bir kayyım atanmasını talep etme ve bu talep reddedilirse şikâyet yoluna gitme hakkını haizdir. Buna rağmen anaya, çocuğun menfaatine ilişkin olarak ve-

²⁹ AS 1977 237, BBl 1974 II 1 ff.. Değişiklik hakkında geniş bilgi için bkz. Hegnauer, 4. Aufl. (n 5) Einl., N. 46 ff..

³⁰ BBl 1974 II 1, 29.

³¹ Aynı doğrultuda bkz. Acabey (n 5) 137; Thomas Geiser, ‘Kind und Recht - von der sozialen zur genetischen Vaterschaft?’ (2009) FamPra.ch 41, 51; Cyril Hegnauer, *Grundriss des Kindesrechts* (Verlag Stämpfli & Cie AG 1977) 39; Hausheer, Geiser ve Aebe-Müller (n 3) N. 16.33; Hegnauer, 4. Aufl. (n 5) Art. 256, N. 59; Schwander (n 28) Art. 256, N. 2; Stehli (n 28) Art. 256, N. 2; Şıpka/Genç Arıdemir (n 5) 155.

³² BBl 1974 II 1, 30.

sayet makamıyla aynı fikirde olmaması nedeniyle, kendi adına soybağının reddi davası açma izni verilmemelidir³³.

Kanun koyucunun yukarıda belirtilen yaklaşımı İsviçre doktrininde de kendisine destek bulmuştur. Nitekim doktrinde, tanımayla kurulan soybağından farklı olarak, babalık karinesine dayanan soybağının kurulmasında ananın etkin bir rolünün olduğu belirtilmektedir³⁴. Bu doğrultuda ana, hem baba hem de çocuk nezdinde, bunlar arasında soybağının bulunduğu yönünde korunmaya değer bir güven yaratmıştır. Bunun bir sonucu olarak, baba ve çocuğun her ikisi de soybağı ilişkisini sürdürme arzusunda olduğu sürece ananın buna katlanması gerekir.

Hemen belirtmek gerekir ki İsviçre doktrininde, olması gereken hukuk bakımından anaya soybağının reddi açma davası tanınması fikri de savunulmaktadır³⁵. Bu konuda öne çıkan yazarlardan olan Schwenzer, görüşüne gerekçe olarak, babalık karinesine göre belirlenen soybağının ananın esaslı menfaatlerini de ilgilendirmesini ve velayet, çocukla kişisel ilişki kurma ve miras gibi haklar yönünden ananın hukuki durumunu etkilemesini göstermektedir³⁶. Yazara göre, çocuğa tanınan dava hakkı üzerinden bu menfaatlerin yeterli şekilde korunması mümkün olmadığından ve ayrıca eşitlik ilkesi de gözetilerek, ana ve koca soybağının reddi davası açma hususunda aynı haklara sahip kılınmalıdır³⁷.

B. Alman Hukukunda

Alman Medeni Kanunu'nda soybağının reddine karşılık olarak, babalığın iptali (*Anfechtung der Vaterschaft*) davası düzenlenmiştir (BGB §§ 1600-1600c). Esasen soybağının reddinin yanı sıra tanınmanın iptalini de kapsamına alacak şekilde düzenlenen bu davayı açabilecek kişiler BGB § 1600 Abs. 1'de sayılmıştır. Hükme göre dava hakkını haiz kişiler; babalık karinesi uyarınca baba sayılan koca, tanıma

³³ BBl 1974 II 1, 30.

³⁴ Bu yönde bkz. Hegnauer, 4. Aufl. (n 5) Art. 256, N. 77.

³⁵ Bu yönde bkz. Valy Degoumois, 'L'évolution de la jurisprudence en matière de filiation paternelle et la protection de l'enfant né hors mariage' in *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts - Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts* (Helbing & Lichtenhahn Verlag 1975) 315, 325, 326; Philippe Meier ve Martin Stettler, *Droit de la filiation, Tome I: Etablissement de la filiation (art. 252 à 269c CC)* (3ème éd., Schulthess 2005) N. 75 dn. 113; Ingeborg Schwenzer, *Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?: Gutachten A für den 59. Deutschen Juristentag - Hannover 1992* (Verlag C. H. Beck 1992) 34 ff.; Ingeborg Schwenzer, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Kommentar zu Art. 252-263* (4. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2010) Art. 256, N. 6; Ingeborg Schwenzer ve Michelle Cottier, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Kommentar zu Art. 252-263* (5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2014) Art. 256, N. 6.

³⁶ Schwenzer, *Gutachten* (n 35) 34 ff.; Schwenzer, *BSK* (n 35) Art. 256, N. 6; Schwenzer ve Cottier (n 35) Art. 256, N. 6.

³⁷ Schwenzer, *Gutachten* (n 35) 34 ff.; Schwenzer, *BSK* (n 35) Art. 256, N. 6; Schwenzer ve Cottier (n 35) Art. 256, N. 6.

yoluyla çocukla soybağı kuran erkek, hamilelik süresi içinde çocuğun annesiyle cinsel ilişkide bulunduğunu yemin yoluyla teyit eden erkek (biyolojik baba), ana ve çocuktan ibarettir. Bu bağlamda Türk ve İsviçre kanun koyucularından farklı olarak Alman kanun koyucusunun, soybağının reddini talep hakkına sahip olan kişilerin alanını daha geniş tuttuğu göze çarpmaktadır.

Esasen Alman Medeni Kanunu'nun ilk hâlinde çocuğa, anaya ve biyolojik babaya babalığın iptalini talep etme olanağı tanınmamıştır. 01.01.1962 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle³⁸ çocuk (BGB § 1596 aF) ve çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla ana (BGB § 1597 aF) belirli şartlarla ilk kez dava hakkı elde etmiştir. Kanun değişikliğinin gerekçesinde, çocuğa babalığın iptalini talep hakkı tanınmasının gerekçesi olarak, daha önce savcıya tanınmış olan bu hakkın kaldırılmasına ve ayrıca babalığın iptalinin bazı durumlarda çocuğun menfaatine daha uygun düşeceğine işaret edilmiştir³⁹. Nitekim böylece çocuk, babalığın iptalinin ardından biyolojik babaya nafaka talebi yöneltebilmekte ve ayrıca anası ve biyolojik babası sonradan evlenirlerse çocuk ile biyolojik baba arasında soybağının kurulması yolu açılmaktadır⁴⁰. Gerekçede kanun koyucu, anaya çocuktan bağımsız bir dava hakkının tanınmamasının da bilinçli bir tercih olduğuna vurgu yapmıştır⁴¹. Bunun sebebi olarak, çocukla ananın menfaatinin çoğu zaman aynı yönde olmasına, aksi durum söz konusu olsa bile çocuğun menfaatine aykırı olacak biçimde anaya babalığın iptali yolunun açılmaması gerektiğine işaret edilmiştir⁴².

Ananın doğrudan kendi adına dava açma hakkını elde etmesi, 01.07.1998 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle gerçekleşmiştir. Çocuk Hukuku Reformu (*Kindschaftsrechtsreformgesetz* - KindRG)⁴³ kapsamında gerçekleşen bu değişiklikte, anaya dava hakkı tanınmasının gerekçesi olarak, soybağının reddinin ananın hukuki durumu üzerinde “oldukça önemli doğrudan etkilere” sahip olduğuna işaret edilmiş ve bu etkilere örnek olarak da velayet hakkı gösterilmiştir⁴⁴. Ancak Çocuk Hukuku Reformu Taslağı'nda, anaya soybağının reddi davası açma hakkının şartla bağlı olarak tanınmak istendiği dikkat çekmektedir. Nitekim Taslak § 1600'e göre⁴⁵ ana, çocuk ergin değilse çocuğun refahının bunu gerektirmesi şartıyla, çocuk ergin olduğunda ise çocuğun buna rıza göstermesi şartıyla soybağının reddi

³⁸ Gesetz zur Vereinheitlichung und Änderung familienrechtlicher Vorschriften (Familienrechtsänderungsgesetz), BGBl. I 1221, 1222, 1223.

³⁹ Bundestag: BT-Drs. 3/530, 7. August 1958, s. 14, 15.

⁴⁰ Bundestag: BT-Drs. 3/530, 7. August 1958, s. 14, 15.

⁴¹ Bundestag: BT-Drs. 3/530, 7. August 1958, s. 15, 16.

⁴² Bundestag: BT-Drs. 3/530, 7. August 1958, s. 15, 16.

⁴³ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz - KindRG) vom 16. Dezember 1997, BGBl. 1997 I 2942, 2943. Reform hakkında geniş bilgi için bkz. Silvia Schumacher, 'Das neue deutsche Kindschaftsrecht' (2000) FamPra.ch 62, 62 ff..

⁴⁴ Bundestag: BT-Drs. 13/4899, 13. Juni 1996, s. 54.

⁴⁵ Bundestag: BT-Drs. 13/4899, 13. Juni 1996, s. 6.



davası açabilmektedir. Ancak ananın dava hakkını baba ve çocuğa nazaran ikincil konumda tutmaya yönelik bu yaklaşım kanunlaşan metne yansımamış ve nihayetinde ana, şartsız olarak dava hakkını elde etmiştir⁴⁶. Aynı değişiklikte, hâlihazırda çocukla arasında soybağı bulunan erkeğin ölümü hâlinde erkeğin ana ve babasına tanınmış olan dava hakkı da kaldırılmıştır. Bunun sebebi olarak da, öncelikle soybağının reddi hâlinde elde edecekleri miras hakkının tek başına bu kişilere dava hakkı tanınmasına dayanak teşkil edemeyeceği vurgulanmıştır. Ayrıca soybağına ilişkin hususların kişiye sıkı sıkıya bağlı menfaatlere ilişkin olması dolayısıyla hak sahipliğinin ana, baba ve çocuk alanı içinde tutulması gerektiği belirtilmiştir⁴⁷.

Son olarak 01.05.2004 tarihinden itibaren⁴⁸ Alman hukukunda, belirli şartlarla biyolojik baba da dava hakkını haiz kılınmıştır. Daha önceki değişikliklerde bilinçli olarak kapalı tutulan bu yolun açılmasına, büyük ölçüde Alman Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2003 tarihli bir kararı⁴⁹ vesile olmuştur. Alman Anayasa Mahkemesi bu kararında, biyolojik babanın soybağının reddini talep etme imkânından her şart altında yoksun bırakılmasının, Alman Anayasası (GG) Art. 6 Abs. 2'ye aykırı olduğuna hükmetmiştir. GG Art. 6 Abs. 2'de çocukların bakımı ve yetiştirilmesinin ebeveynlerin doğal hakkı ve aynı zamanda da yükümlülüğü olduğu düzenlenmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre biyolojik baba da bu hükmün koruması altındadır. Bu bağlamda biyolojik çocuğunun bakımı ve yetiştirilmesi, onun yönünden de bir doğal hak teşkil etmektedir. Mahkeme bilhassa, kanun koyucunun biyolojik babayı dava hakkından yoksun bırakma yönündeki tutumuna gerekçe olarak gösterdiği, -biyolojik açıdan baba olmayan- baba, ana ve çocuktan oluşan "sosyal aile"nin dış müdahalelerden korunması gerekliliğinin her durumda mevcut olmadığına vurgu yapmıştır. Böyle bir korumaya ihtiyaç duyulmayan hâllerde, özellikle çocuğun biyolojik babası olmayan erkekle arasında korunmaya değer bir sosyal ilişkinin bulunmaması ihtimalinde, GG Art. 6 Abs. 2'nin sağladığı koruma doğrultusunda biyolojik babaya da soybağının reddini talep imkânı sunulmalıdır.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmelerini benimseyen kanun koyucu, 01.05.2004 tarihinde yürürlüğe giren ve bugün hâlen yürürlükte bulunan düzenlemede biyolojik babaya şartlı bir dava hakkı tanımıştır. Nitekim BGB § 1600 Abs. 2'de, biyolojik babanın soybağının reddi davası açması, çocuğun, babası ola-

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz. Joachim Gernhuber ve Dagmar Coester-Waltjen, *Familienrecht* (6. Aufl., Verlag C.H. Beck 2010) § 52, N. 109; Dieter Hahn, *BeckOK BGB (Hrsg. Hau/Poseck), Kommentar zu § 1600* (67. Ed., Stand: 1.8.2023) § 1600, N. 2; Marina Wellenhofer, *Münchener Kommentar zum BGB, Kommentar zu § 1600* (9. Aufl., Verlag C.H. Beck 2024) § 1600, N. 7.

⁴⁷ Bundestag: BT-Drs. 13/4899, 13. Juni 1996, s. 57.

⁴⁸ Gesetz vom 23. April 2004 zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern, BGBl. 2004 I 598 ff..

⁴⁹ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 09. April 2003 - 1 BvR 1493/96 -, N. 1-126.

rak görünen erkekle bir sosyal aile ilişkisi (*sozial-familiäre Beziehung*) kurmamış olması şartına bağlıdır. BGB § 1600 Abs. 3'e göre, görünüşteki babanın çocuğun sorumluluğunu fiilen üstlenmiş olması hâlinde sosyal aile ilişkisi mevcut kabul edilir. Aynı fıkraya göre, görünüşteki babanın anayla evli olması ya da çocukla uzun süre ev düzeni içinde birlikte yaşaması hâllerinde, kural olarak, sorumluluğun fiilen üstlenilmesi gerçekleşmiş olur⁵⁰.

Görüldüğü üzere gerek Alman Anayasa Mahkemesi gerekse Alman kanun koyucusu, biyolojik babanın dava hakkını sosyal aile ilişkisinin kurulmamış olması şartına bağlamakla, çocuğun bu ilişkinin sürdürülmesine yönelik menfaatini biyolojik babanın menfaatine üstün tutmuştur. Gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında⁵¹, anaya şartsız dava hakkı tanınmasının da bu tutumla çelişmediği belirtilmektedir. Buna gerekçe olarak, BGB § 1600b Abs. 1 uyarınca soybağının reddine ilişkin davanın, görünüşteki babanın gerçekte baba olmadığını gösteren koşulların öğrenilmesinden itibaren iki yıl içinde açılması gerekliliği gösterilmektedir. Ana için bu süre çocuğun doğumuyla birlikte başlayacağından ve doğumdan itibaren iki yıllık süre içinde görünüşteki baba ve çocuk arasında sosyal aile ilişkisi kurulmayacağından, ananın süresi içinde açacağı davada çocuğun bu yönde korunmaya değer bir menfaati söz konusu olmamaktadır⁵². Bu durum karşısında, Alman hukukunda baba ve çocuk dışındaki tüm menfaat grupları bakımından soybağının reddi davası açma hakkının, esas itibarıyla çocuğun görünüşteki baba ile sosyal aile ilişkisini sürdürme menfaati karşısında ikinci planda tutulduğunu söylemek mümkündür.

C. Avusturya Hukukunda

Avusturya hukukunda soybağının reddi ABGB § 151 hükmünde düzenlenmiştir. Hükümde çocuğun, babalık karinesi uyarınca baba sayılan kocanın soyundan gelmediğinin dava yoluyla ileri sürülebileceği öngörülmüş ve bu davayı açabilecek

⁵⁰ BGB § 1600 Abs. 3 bağlamında sosyal aile ilişkisinin ne zaman mevcut kabul edileceğine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Wolfgang Helbig, Dorothea Wunderlin ve Michael Stern, *Nomos Handkommentar, Familienrecht (Hrsg. Schulz/Hauß), Kommentar zu § 1600 BGB* (3. Aufl., Nomos 2018) § 1600, N. 7; Wellenhofer (n 46) § 1600, N. 24 ff.. Ayrıca Alman doktrininde, çocukla görünüşteki baba arasında sosyal aile ilişkisinin bulunmasının her durumda biyolojik babanın dava hakkını bertaraf etmesi eleştirilmekte ve biyolojik babanın dava hakkının çocuğun refahı ölçütü çerçevesinde yeniden düzenlenmesi önerilmektedir. Buna göre, kanun koyucu biyolojik babanın dava hakkını çocuğun refahının mevcut soybağı ilişkisinin sürdürülmesini gerektirmemesi şartına bağlamalı; çocuğun refahına en uygun seçeneğin belirlenmesine yönelik olarak da sosyal aile ilişkisinin süresi, biyolojik babayla bir sosyal aile ilişkisinin kurulup kurulmadığı ve çocuğun yaşı gibi somut ölçütler öngörülmelidir. Bu yönde bkz. Wellenhofer (n 46) § 1600, N. 17.

⁵¹ Wellenhofer (n 46) § 1600, N. 7; BGH NJW 2020, 2956. Ayrıca bkz. Bundestag: BT-Drs. 13/8511, 12. September 1997, s. 70.

⁵² Wellenhofer (n 46) § 1600, N. 7; BGH NJW 2020, 2956. Ayrıca bkz. Bundestag: BT-Drs. 13/8511, 12. September 1997, s. 70.

kişiler olarak yalnızca koca ve çocuk zikredilmiştir. Avusturya kanun koyucusu, 01.02.2013 tarihinde çocuk hukukuna ilişkin köklü değişiklikler içeren bir revizyon⁵³ yapmasına rağmen, anaya ya da biyolojik babaya soybağının reddine ilişkin talepte bulunma imkânı tanıma yoluna gitmemiştir⁵⁴. Bu açıdan, ananın dava hakkı bağlamında Avusturya hukukundaki mevcut durum, iptal kararı öncesinde Türk hukukundaki durumla örtüşmektedir.

D. Fransız Hukukunda

Fransız hukukunda da soybağının reddi, Alman hukukundakiyle benzer bir yol izlenerek, tanınanın iptaliyle birlikte, babalığa itiraz (*la contestation de la paternité*) kavramı altında ele alınmıştır. CC art. 332 al. 2 hükmünde, kocanın ya da tanıyanın gerçekte baba olmadığına ispatlanması suretiyle babalığa itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. CC art. 333 hükmünde ise, babalığa itiraz edebilecek kişiler, “statü sahipliği (*la possession d'état*)” ölçütüne göre belirlenmiştir. Fransız hukukuna özgü bir kavram olan statü sahipliği ile kastedilen, çocukla arasında soybağı kurulmuş olan ana ya da babanın, ana ya da baba sıfatının gereklerini yerine getirmesi, yani fiilen ana ya da baba gibi hareket etmesidir⁵⁵. Eğer baba, çocuğun doğumundan ya da tanınmasından itibaren beş yıl boyunca bu sıfatla hareket etmişse, CC art. 333 al. 2 uyarınca babalığa itiraz yalnızca savcı tarafından yapılabilir. Statü sahipliği şartının sağlanmadığı ya da bu şart sağlansa bile beş yıllık sürenin dolmadığı ihtimalde ise CC art. 333 al. 1 doğrultusunda çocuk, çocukla arasında soybağı bulunan baba, ana ve biyolojik baba babalığa itiraz edebilmektedir.

Esasen Fransız hukukunda statü sahipliği şartı, Alman hukukundaki sosyal aile ilişkisi şartıyla aynı amaca hizmet etmektedir. Fransız kanun koyucusu da, babanın belirli bir süre babalığın gereklerini yerine getirecek şekilde davranmış olması hâlinde, çocukla baba arasında kurulan ilişkiyi muhafaza etmeyi tercih etmiştir. Biyolojik gerçeklik, burada da çocuğun bu ilişkinin sürdürülmesine yönelik menfaati karşısında ikinci plana atılmış ve ana ile biyolojik babanın dava hakkı bertaraf edilmiştir.

V. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KONUYA YAKLAŞIMI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin soybağının reddiyle ilgili kararları, çoğunlukla biyolojik babanın dava hakkına ilişkin olarak verilmiştir. Bununla birlikte birkaç kararın içeriğinde, mahkemenin ananın dava hakkına ilişkin bazı değer-

⁵³ Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetz 2013 (KindNamRÄG 2013), BBl. 2013, Teil I, 11.06.2013.

⁵⁴ Avusturya hukukundaki duruma ilişkin geniş bilgi için bkz. Helmut Koziol, Rudolf Welsch ve Andreas Kletečka, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht* (13. Aufl., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2006) 523, 524.

⁵⁵ *La possession d'état* kavramına ilişkin bkz. Andrea Büchler ve Antonella Schmucki, 'Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht' (2020) 1 FamPra.ch 1, 13.

lendirmelerde bulunduğu da göze çarpmaktadır. Menfaat durumlarının benzerliği nedeniyle, burada hem bu değerlendirmelerin hem de biyolojik babanın dava hakkı bağlamında varılan sonuçların ele alınması faydalı olacaktır.

Her şeyden önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ananın, çocuğunun biyolojik babasının belirlenmesine ilişkin hakkının, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen AİHS m. 8⁵⁶ kapsamında değerlendirilebileceğine hükmetmiştir⁵⁷. Ananın bu hakkını özel hayata saygı hakkı başlığı altında ele alan mahkeme, bunun gerekçesi olarak, biyolojik babanın tespitinin, duygusal ve mali etkenlerin yanı sıra, ananın toplumdaki itibarı, ailenin tıbbî geçmişi ve ana, baba ve çocuk arasındaki hak ve yükümlülükler yönünden önem arz edebileceğine işaret etmiştir⁵⁸. Bununla birlikte mahkemenin, anaya soybağının reddi davası açma hakkının tanınmamasının ihlal teşkil edip etmediğine dair değerlendirmelerde bulunduğu bir kararına rastlanmamaktadır.

Biyolojik babanın dava hakkına ilişkin olarak ise mahkeme, kararları arasında tam bir tutarlılık gözlemlenmemekle birlikte, tercihi genel olarak taraf devletlere bırakmak yönünde bir duruş sergilemektedir. Her şeyden önce mahkeme, biyolojik babanın, çocukla arasında ilişki kurulmasına yönelik talebinin özel hayata saygı hakkı kapsamında AİHS m. 8'in korumasından yararlanacağını belirtmektedir⁵⁹. Ancak mahkemeye göre AİHS m. 8, biyolojik babaya soybağının reddi davası açma hakkı tanınmasını zorunlu kılan bir hüküm olarak değerlendirilemez. AİHS m. 8 yalnızca, taraf devletlere, biyolojik babanın çocukla -bir şekilde- kişisel ilişki kurmasına izin verilmesinin çocuğun menfaatine olup olmadığını araştırma yükümlülüğü yükleyen bir hüküm olarak yorumlanmalıdır. Bu açıdan biyolojik babaya soybağının reddi davası açma yolunun tamamen kapalı tutulması AİHS m. 8'in ihlali anlamına gelmez⁶⁰.

Bununla birlikte mahkemenin, bazı kararlarında, yukarıdaki genel yaklaşımdan belirli ölçüde ayrıldığı görülmektedir. Mahkeme özellikle, babalık karinesi gereğince baba sayılan kocanın çocukla birlikte yaşamadığı ve çocukla fiilen ba-

⁵⁶ AİHS m. 8: "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahi, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

⁵⁷ Bu yönde bkz. Kalacheva v. Rusya, B. No: 3451/05, 07.05.2009, N. 29, 30; ayrıca bkz. ve karşı. Kroon ve Diğerleri v. Hollanda, B. No: 18535/91, 27.10.1994, N. 42.

⁵⁸ Kalacheva v. Rusya, B. No: 3451/05, 07.05.2009, N. 29.

⁵⁹ Bu yönde bkz. Ahrens v. Almanya, B. No: 45071/09, 22.03.2012, N. 60; Anayo v. Almanya, B. No: 20578/07, 21.12.2010, N. 58; Kautzor v. Almanya, B. No: 23338/09, 22.03.2012, N. 63; Marinis v. Yunanistan, B. No: 3004/10, 30.12.2009, N. 58; Schneider v. Almanya, B. No: 17080/07, 15.09.2011, N. 82; ayrıca karşı. Çapın v. Türkiye, B. No: 44690/09, 15.10.2019, N. 33.

⁶⁰ Ahrens v. Almanya, B. No: 45071/09, 22.03.2012, N. 74; Kautzor v. Almanya, B. No: 23338/09, 22.03.2012, N. 77.



balık ilişkisi kurmadığı ihtimalde, biyolojik babaya soybağının reddi davası açma hakkının tanınmamasını AİHS m. 8'in ihlali olarak değerlendirmiştir⁶¹.

Görüldüğü üzere mahkeme, soybağının reddi hususunda önceliği çocuğun menfaatine vermektedir. Bu doğrultuda mahkeme, babalık karinesi gereğince baba sayılan koca ile çocuk arasındaki sosyal ilişkinin, diğer bir ifadeyle “sosyal babalığın” korunması adına, biyolojik babanın dava hakkının bertaraf edilmesine göz yummaktadır. Çocuğun üstün menfaati ilkesi göz önünde bulundurulduğunda, bu uğurda babanın özel hayata saygı hakkını ikinci plana atan mahkemenin, ananın özel hayata saygı hakkı yönünden de aynı tutumu sergilemesi beklenir. Bu da, karine gereğince kurulan soybağı ilişkisinin tarafları olan koca ve çocuk dışındaki kişiler yönünden, soybağının reddini talep hakkının çocuğun menfaati ölçüt alınarak düzenlenmesini destekler.

VI. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ VE OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÖNERİLER

A. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararının Değerlendirilmesi

Daha önce de ifade edildiği üzere Anayasa Mahkemesi, iptal kararında, anaya babalık karinesine göre baba olan koca ile çocuk arasındaki soybağının reddi hakkının tanınmamasının, ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal edebileceğine işaret etmiştir. Dolayısıyla iptal kararının dayanağını, ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı bağlamında öncelikle, mahkemenin konuyu eşitlik ilkesiyle değil, özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkıyla ilişkilendirmesinin isabetli bir tutum olduğu belirtilmelidir. Zira her ne kadar İsviçre doktrininde aksi yönde bir görüşe⁶² rastlansa da, kanaatimizce TMK m. 286/I düzenlemesinde anaya dava hakkı tanınmaması, karı ve koca, ana ve baba ya da kadın ve erkek arasında bir ayrımcılık yapıldığı şeklinde yorumlanamaz. Zira soybağının reddinde koca, kendisi ile çocuk arasındaki soybağının reddini talep etmektedir. Ana yönünden tartışılan ise, kendisiyle çocuk arasındaki soybağının ret hakkı değil, koca ile çocuk arasındaki soybağının ret hakkıdır. Farklı bir şekilde ifade etmek gerekirse ana, kendisinin taraf olmadığı bir soybağı ilişkisini ortadan kaldırmak isteyen kişi konumundadır. Gerçi ananın, bu soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılmasında velayetten doğan hak ve yükümlülükler ve ayrıca miras hakkına ilişkin menfaatlerinin bulunduğu doğrudur. Fakat bu menfaatlerin, bizzat soybağı ilişkisinin tarafı olan çocuk ve kocaya nazaran ikincil nitelikte olduğunu kabul etmek gerekir. Kaldı ki bugün gelinen noktada, Türk hukukunda nesebi sahih olan - nese-

⁶¹ Bu yönde bkz. Mizzi v. Malta, B. No: 26111/02, 12.11.2006, N. 111-114.

⁶² Schwenzer, *Gutachten* (n 35) 34 ff.; Schwenzer, *BSK* (n 35) Art. 256, N. 6; Schwenzer ve Cottier (n 35) Art. 256, N. 6.

bi sahil olmayan çocuk ayrımı da bulunmamaktadır. Bu doğrultuda koca ile çocuk arasında soybağının bulunup bulunmaması, çocuğun hukuki statüsünü değil, çocukla baba arasındaki ilişkiyi ve bu ilişki çerçevesinde sahip olunan hak ve borçları belirleyici rol oynamaktadır⁶³. Bu açıdan baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin görece daha “nispi” bir niteliğe büründüğünü söylemek yanlış olmaz. Tüm bu gerekçelerle, soybağının reddi talebi yönünden ananın ve babanın bire bir aynı haklara sahip kılınmaması, eşitliğe aykırı bir durum teşkil etmez.

AİHS m. 8 bağlamında da sıklıkla vurgulandığı üzere⁶⁴, özel hayat ve aile hayatı, sınırları oldukça belirsiz kavramlardır. Bu belirsizlik, özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının kapsamının alabildiğine geniş biçimde yorumlanması sonucunu beraberinde getirmiştir. En genel ifadesiyle özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı, bireyin, kişiliğini gerçekleştirme ve geliştirme özgürlüğü ile kişisel bağımsızlığını kapsamına almaktadır⁶⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da belirtildiği gibi, çocuğunun biyolojik babasının tespiti, ananın malî durumuna, velayete ilişkin hak ve yükümlülüklerine, duygusal ilişkilerine ve itibarına yönelik sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Bu durum karşısında, ananın soybağının reddi davası açmaya ilişkin hakkının özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkıyla ilişkilendirilmesi mümkündür⁶⁶.

Ancak çocuğun soybağı ilişkisine yönelik menfaatleri, ananın özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına nazaran öncelikle korunmalıdır⁶⁷. Çocuğun soybağı ilişkisine dair menfaatleri arasında öncelikle, “sosyal aile ilişkisi”nin kurulmasına ve sürdürülmesine ilişkin menfaati bulunur. Anılan menfaat, esas itibarıyla çocuğun, bir ana ve babayla birlikte, aile olarak aynı ev düzeni içinde yaşamasını ve onlar tarafından bakılarak büyütülmesini kapsamına alır. Bunun yanında ve bununla bağlantılı olarak, “sosyal babalık ilişkisi” ibaresiyle ifade edilen, çocuğun

⁶³ Benzer bir değerlendirme için bkz. Gernhuber ve Coester-Waltjen (n 46) § 52, N. 102. Ayrıca bkz. ve karşı. Gören Ataysoy (n 14) 100.

⁶⁴ *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi* (Güncelleme Tarihi: 30 Nisan 2019) N. 2 <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_8_TUR> Erişim Tarihi 18.12.2023; Şermin Birtane, ‘Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi’ (2021) 38(2) *Anayasa Yargısı* 57, 59, 60; H. Tomás Gómez-Arostegui, ‘Defining Private Life under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations’ (2005) 35(2) *California Western International Law Journal* 153, 154. Özel hayat kavramının ve özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının içeriğine ilişkin bilgi için bkz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi* (n 64) N. 60 vd.; Birtane (n 64) 60-63; Gómez-Arostegui (n 64) 160-162; Ivana Roagna, *Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Human Rights Handbooks 2012) 12 ff..

⁶⁵ Birtane (n 64) 60, 61; Michaela Wittinger, “‘Europäisches Familienrecht’: Die familienrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in jüngerer Zeit - Altbekanntes und Neues’ (2009) *FamPra.ch* 84, 85.

⁶⁶ Aynı doğrultuda bkz. Martin Nettesheim, *Nomos Handkommentar, EMRK - Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar zu EMRK Art. 8* (5. Aufl., Nomos 2023) Art. 8, N. 23; Wyttenbach ve Grohsmann (n 3) 158.

⁶⁷ Karş. Nettesheim (n 66) Art. 8, N. 23.



-biyolojik babası olsun veya olmasın- bir babayla devamlılık arz eden bir ilişki kurmaya ve onun tarafından bakılıp gözetilmeye yönelik menfaati de zikredilebilir⁶⁸. Bu bağlamda, anaya dava hakkı tanınmaması, çocuğun bu menfaatleriyle gerekçelendirilebildiği sürece AY m. 20 ve AİHS m. 8'e aykırılık oluşturmaz.

Hemen belirtmek gerekir ki TMK m. 286/I hükmünde, herhangi bir istisna öngörülmezsizin anaya dava hakkı tanımaktan kaçınılmasını çocuğun menfaatiyle gerekçelendirmek oldukça güçtür. Nitekim sosyal aile ilişkisi, esas itibarıyla ana ve babanın, soybağından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini üstlendikleri, “işleyen” bir aile ilişkisini ifade eder. Ana ile koca arasındaki evliliğin sürmesi, her durumda böyle bir aile ilişkisinin varlığına gösterge teşkil etmez. Nitekim ana ile babalık karinesi uyarınca baba olan kocanın, evlilik sürmesine rağmen, birlikte yaşamamaları ve/veya kocanın fiilen çocukla ilişki kurmayı reddetmesi mümkündür. Türk kanun koyucusu, bu tür durumlar için dahi herhangi bir istisna tanıma yoluna gitmeden anayı dava hakkından yoksun bırakmaktadır. Hatta kanun koyucu, TMK m. 291/I'de, dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyunun, anasının, babasının ve baba olduğunu iddia eden kişinin dava açabileceğini öngörmesine rağmen, anaya dava hakkı tanımaktan yine kaçınmıştır.

Doktrinde⁶⁹, kanun koyucunun anaya ilişkin bu tutumunun temelinde, işleyip işlemediğini dikkate almaksızın, bir kurum olarak ailenin korunması (*favor matrimonii*) düşüncesinin yattığı, kanaatimizce de isabetli olarak belirtilmektedir. Kanun koyucu, koca dışında bir erkekle birlikte olarak sadakat yükümünü ihlal etmek suretiyle bir yandan aile kurumunun gereklerine aykırı davranan, diğer yandan da soybağına ilişkin karışıklığın ortaya çıkmasına yol açan anayı, bu fiillerine bir tür yaptırım olarak⁷⁰, soybağının reddi davası açma olanağından bilinçli şekilde mahrum bırakmıştır. Kanun koyucunun burada sergilediği kısıtlayıcı tavrı tanımanın iptali davası açma hakkı yönünden sergilememesi ve anayı bu davayı açma hakkını haiz kılması (TMK m. 298/I) da bu düşünceyi doğrular niteliktedir⁷¹. Zira tanımanın iptali davasında babalık, koca sıfatına ve dolayısıyla mevcut evliliğe değil,

⁶⁸ Sosyal aile (sosyal ebeveynlik) ve sosyal babalık kavramlarına ilişkin bkz. ve karşı. Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 3) N. 15.09; Hegnauer, 4. Aufl. (n 5) Einl., N. 65; Wellenhofer (n 46) § 1600, N. 26; Wyttenbach ve Grohsmann (n 3) 150.

⁶⁹ Ingeborg Schwenzer, ‘Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen’ (2014) FamPra.ch 966, 973; Tuor, Schnyder, Schmid ve Rumo-Jungo (n 5) § 40, N. 8. Ayrıca bkz. ve karşı. Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 3) N. 16.36.

⁷⁰ Karş. Baygın, ‘Kan Bağı’ (n 5) 263; Demirbaş (n 5) 14; Gençcan, *Aile Hukuku* (n 22) 1075, 1076; Gören Ataysoy (n 14) 101; Hatemi (n 6) § 10, N. 19; Hegnauer, 3. Aufl. (n 5) Art. 256, N. 3; Oğuzman ve Dural (n 5) 215; Özdemir ve Ruhi (n 12) 233, 234; Tekinay, ‘Red Hakkı’ (n 15) 2.

⁷¹ Aynı doğrultuda bkz. Schwenzer, ‘Familienrecht’ (n 69) 965. Hegnauer ise kanun koyucunun, bu iki davada ananın dava hakkına ilişkin farklı tutumlar benimsemesini, tanımadan farklı olarak, babalık karinesine dayanan soybağının kurulmasında ananın etkin bir rolünün bulunmasıyla gerekçelendirmektedir. Bkz. Hegnauer, 4. Aufl. (n 5) Art. 256, N. 77. Ayrıca karşı. Hatemi ve Serozan (n 18) 301, 302.

salt erkeğin iradesine dayanmaktadır. Soybağının reddi davasından farklı olarak burada, esas itibarıyla korunmaya değer bir aile ilişkisinden söz edilememektedir.

Ailenin, aileyi oluşturan bireylerin menfaatinden bağımsız olarak, hatta bu menfaatler aksini gerektirse dahi bir kurum olarak korunması düşüncesi, son yıllarda etkisini önemli ölçüde yitirmiştir⁷². Bugün gelinen noktada ailenin korunması düşüncesinin, tek başına ananın özel hayatına saygı duyulmasını isteme hakkına esaslı bir müdahaleye haklı gerekçe teşkil edebileceğini öne sürmek oldukça güçtür. Tüm bu açıklamalardan hareketle varılan sonuç, ananın soybağının reddi davası açma hakkından kayıtsız şartsız yoksun bırakılmasının, ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkıyla bağdaşmadığı ve bu bağlamda AY m. 20'ye aykırılık teşkil ettiği yönündedir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı da bu doğrultuda yerinde bir karardır.

B. Olması Gereken Hukuk Bakımından Öneriler

Türk hukukundaki tarihsel süreç, karşılaştırmalı hukuktaki durum ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları birlikte değerlendirildiğinde, anaya soybağının reddini talep imkânının şartsız biçimde tanınması konusunda genel olarak çekingen davranıldığı sonucuna ulaşılabilir. Nitekim anaya bu hak ya hiç tanınmamış ya belli şartlara dayalı olarak tanınmış ya da tanınsa bile süre bakımından sınırlandırılmıştır. Bu konuda en olumlu tavrı sergileyen Alman hukukunda dahi ananın dava hakkı, doğumdan itibaren iki yıllık bir hak düşürücü süreye tâbi tutulmuştur⁷³. Sergilenen bu sınırlayıcı tutumun tarihsel gerekçesi olarak ailenin korunması düşüncesi öne çıkarken, bugün gelinen noktada söz konusu tutum, daha ziyade çocuğun sosyal babalık ilişkisinin ve sosyal aile ilişkisinin kurulmasına ve sürdürülmesine yönelik menfaatlerle gerekçelendirilmektedir. Buradan çıkan en açık sonuç da çocuğun belirtilen menfaatlerine, ananın, özel hayatına saygı gösterilmesine ilişkin menfaati karşısında öncelik tanınması gerekliliğidir⁷⁴.

Çocuğun sosyal babalık ilişkisinin ve sosyal aile ilişkisinin tesisine, korunmasına ve sürdürülmesine yönelik menfaatinin ananın, özel hayatına saygı gösterilmesini istemeye yönelik menfaatine nazaran öncelikli olduğu, TMK m. 286/I'in iptali sonrasında kanunî düzenleme yapılırken gözetenmesi gereken temel noktayı oluşturur. Bu doğrultuda koca fiilen çocuğun babası gibi hareket etmekte ve bundan doğan hak ve yükümlülüklerini etkili bir biçimde yerine getirmektedir ve

⁷² Aynı doğrultuda bkz. Schwenzer, 'Familienrecht' (n 69) 974. Ayrıca karşı. Süleyman ve İşleten (n 5) 107.

⁷³ Alman hukukunun yanı sıra Belçika, Danimarka, Hollanda, Norveç, Finlandiya ve Amerikan hukuklarında koca ile ananın soybağının reddi talebi hususunda aynı şartlara tâbi tutulduğu; bu bağlamda ananın soybağının reddi imkânından tamamen yoksun tutulmasının bugün istisnai bir durum teşkil ettiği yönünde bkz. Büchler ve Schmucki (n 55) 37.

⁷⁴ Çocuğun menfaatinin, AİHS m. 8/II kapsamında, anayı soybağının reddi davası açma hakkından yoksun bırakmak suretiyle onun özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahale edilmesine haklı bir gerekçe oluşturacağı şeklinde, aynı doğrultuda değerlendirme için bkz. Wytttenbach ve Grohsmann (n 3) 159. Ayrıca bkz. ve karşı. Schwenzer, 'Familienrecht' (n 69) 975.



ayrıca soybağının reddine yönelik bir iradeye de sahip değilse, ananın soybağının reddi yoluna giderek bu ilişkiyi koparmasına olanak tanınmamalıdır. Hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de isabetle belirttiği üzere, kocayla çocuk arasındaki sadece mevcut sosyal babalık ilişkisi değil, potansiyel sosyal babalık ilişkisi de korunmaya değer nitelik taşır⁷⁵. Örneğin, biyolojik babayla ana arasındaki ilişkinin kısa süreli birliktelikten ibaret bulunduğu ve biyolojik babanın çocuğa fiilen babalık yapma konusunda isteksiz olduğu; buna karşılık biyolojik baba olmayan kocanın sosyal babalık rolünü üstlenmeyi kabul ettiği ihtimalde, çocuğun menfaati yine kocayla olan soybağının korunmasını gerektirir. Tüm bu tespitler, anaya kayıtsız şartsız dava hakkı tanınmaması gerekliliğini açık biçimde ortaya koymaktadır.

Yukarıda zikredilen gerekçelerle, kanaatimizce ananın dava hakkına ilişkin yapılacak düzenlemede, bu hak iki yönden sınırlandırılmalıdır. Bunlardan ilki süre sınıridir⁷⁶. Kocaya tanınan dava hakkının dahi, TMK m. 289/I uyarınca doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıllık süreyle sınırlandırılmış olması karşısında, anaya bundan daha uzun süreli bir dava hakkının tanınması isabetli olmaz. Bu nedenle kanaatimizce ananın dava hakkı da bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanmalıdır. Ancak kocadan farklı olarak ana, çocuğun doğumu anında zaten bir başka erkekle cinsel birliktelik yaşadığını bildiğinden ve bu doğrultuda çocuğun babasının koca olmadığını da en azından bilebilecek durumda olduğundan, ananın dava hakkına ilişkin bir yıllık hak düşürücü sürenin çocuğun doğumundan itibaren işletilmesi isabetli olur.

İkinci sınır ise doğrudan çocuğun refahına (*Kindeswohl*)⁷⁷ ilişkindir. Ana, bu

⁷⁵ Karş. Ahrens v. Almanya, B. No: 45071/09, 22.03.2012, N. 58; Kautzor v. Almanya, B. No: 23338/09, 22.03.2012, N. 61.

⁷⁶ Soybağının reddinde görece kısa hak düşürücü süreler öngörülmesinin sosyal aile ilişkisinin ve sosyal babalığın korunmasına ve bu doğrultuda çocuğun refahına hizmet ettiği yönünde değerlendirmeler için bkz. Geiser (n 31) 51; Schwenzer, 'Familienrecht' (n 69) 996.

⁷⁷ Çocuğun refahının korunması düşüncesi, gerek kanun koyucu gerekse kendisine takdir yetkisi tanınması hâlinde hâkim tarafından, çocuğun bakımını, korunmasını ve kişiliğinin gelişimini en iyi şekilde sağlayan seçeneğin tercih edilmesini gerektirir. Bu düşünce, makro düzeyde toplumun geleceğine yapılan bir yatırım anlamını taşıması nedeniyle hukuk düzenlerince bir temel ilke olarak benimsenmektedir. Bkz. ve karş. Hausheer, Geiser ve Aebi-Müller (n 3) N. 15.20-15.22; Hegnauer, 4. Aufl. (n 5) Einl., N. 7; Özdemir ve Ruhi (n 12) 5; Schwenzer, 'Familienrecht' (n 69) 975; Serozan, Çocuk Hukuku (n 18) III, § 5, N. 26. Ayrıca bkz. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (RG, 27.01.1995/22184) m. 3/1: "Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir."; m. 18/1: "Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler.". Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Türkiye tarafından 14.09.1990 tarihinde imzalanmış ve 04.04.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtidsg_no=IV-11&chapter=4> Erişim Tarihi 18.12.2023.

bir yıllık süre içinde dahi, ancak çocuğun menfaatinin kocayla olan soybağının korunmasını gerektirmemesi şartıyla soybağının reddi davası açabilmelidir⁷⁸. Bu noktada ilk olarak, hâkime yol göstermek ve içtihatlar arasında tutarlılığı sağlamak amacıyla, çocuğun menfaatinin soybağının korunmasına yönelik olduğu ihtimallerin kanun koyucu tarafından sayma yoluyla belirtilmesi seçeneği akla gelebilir. Örneğin ananın dava hakkının, babalık karinesi gereğince baba sayılan kocayla ananın boşanmış veya ayrı yaşıyor olmaları hâllerleriyle sınırlı olduğuna yönelik bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Fakat kanaatimizce, hangi durumun çocuğun menfaatine daha iyi hizmet ettiğinin değerlendirilmesi, karine gereğince baba sayılan kocanın, ananın ve biyolojik babanın her birinin durum ve davranışlarının detaylı bir incelemeye tâbi tutulmasını zorunlu kılar⁷⁹. Menfaatlerin sayıca fazlalığı ve her bir somut olayda önemli ölçüde farklılık arz etme potansiyeli, sayma yoluyla varsayımsal ve kategorik belirlemeler yapılmasındansa hâkime bu konuda takdir yetkisi tanınmasını destekler. Dolayısıyla kanaatimizce ilgili düzenlemede yalnızca, ananın dava hakkının “çocuğun menfaatinin kocayla olan soybağının korunmasını gerektirmemesi” şartına bağlanması isabetli olur. Hâkim, burada takdir yetkisini kullanmak suretiyle hüküm içi boşluğu doldururken, kocayla çocuk arasındaki mevcut veya potansiyel sosyal babalık ilişkisini göz önünde bulundurmalıdır. Bu çerçevede, özellikle babalık karinesi gereğince baba sayılan erkekle ananın boşanmış olması, boşanma gerçekleşmese bile koca ve ananın ayrı yaşamaları ve bu nedenle çocukla kocanın yaşantılarını aynı ev düzeni içinde sürdürmemeleri, kocanın çocukla fiilen babalık ilişkisi kurmamış olması ve kurmaya yönelik bir irade sergilememesi, biyolojik babanın ana ve çocukla aynı ev düzeni içinde yaşamaması, biyolojik babanın fiilen babalık rolünü üstlenmiş ya da üstlenmeye istekli olması gibi ihtimallerde, ananın açacağı davada hâkim soybağının reddine karar verebilir. Buna karşılık, özellikle kocanın fiilen baba rolünü üstlendiği veya üstlenmeye istekli olduğu, baba sıfatından doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirdiği ve koca ile ananın boşanmayarak aynı ev düzeni içinde yaşamaya devam ettikleri ihtimallerde hâkim, ananın açtığı soybağının reddi davasını reddetmelidir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Alman hukukundaki duruma benzer şekilde, anaya, çocuğun refahına ilişkin bir sınırlandırma olmaksızın, yalnızca hak düşürücü süreyle sınırlandırılmış bir dava hakkının tanınmasının isabetli olmayacağı önemle vurgulanmalıdır. Her ne kadar Alman doktrininde, hak düşürücü sürenin kısa tutulmasının çocukla koca arasında korunmaya değer bir sosyal babalık ilişkisinin oluşmasını engelleyeceği öne sürülmekteyse⁸⁰ de, çocuğun mevcut sosyal

⁷⁸ 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde ananın hakkının çocuğun menfaati gözetilerek sınırlandırılması gerektiği yönünde, aynı doğrultuda görüş için bkz. Tekinay, ‘Red Hakkı’ (n 15) 4.

⁷⁹ Biyolojik babanın dava hakkı bağlamında benzer düşünceler için bkz. Aydınçık Mıdyat (n 3) 493, 494; Wellenhofer (n 46) § 1600, N. 17.

⁸⁰ Wellenhofer (n 46) § 1600, N. 7; BGH NJW 2020, 2956. Ayrıca bkz. Bundestag: BT-Drs. 13/8511,



babalık ilişkisinin sürdürülmesinin yanı sıra potansiyel sosyal babalık ilişkisinin korunmasında da menfaatinin bulunacağı unutulmamalıdır. Bilhassa biyolojik babanın, ölmüş ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş olması, çocuktan uzakta yaşaması veya anayla ilişkisinin kalıcı olarak kesilmiş olması ihtimallerinde biyolojik babayla çocuk arasında gelecekte sosyal babalık ilişkisi kurulması ciddi derecede güçlük arz eder. Bu gibi ihtimallerde anaya mevcut soybağını koparma olanağının tanınmaması, çocuğun, kocayla kurulabilecek olası bir sosyal babalık ilişkisinden de yoksun bırakılmasını engellemesi bakımından elzemdir.

SONUÇ

20.10.2023 tarihli ve 32345 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan, 26.07.2023 tarih, 2023/37 esas, 2023/140 karar sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesi, TMK m. 286/I hükmünü, Anayasa’nın 20. ve 40. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, iptal kararının gerekçesi olarak özellikle, anaya koca ile çocuk arasındaki soybağının reddini talep etme hakkı tanınmamasının, ananın, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını ihlal edebileceğine işaret etmiştir.

Ananın, soybağının reddindeki ve biyolojik babanın tespitindeki olası hukuki, sosyal, duygusal ve ekonomik menfaatleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının kapsamına dâhil edilmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin tutumu da bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yaklaşımıyla paralellik arz etmektedir. Özel hayat kavramı, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında gerekse doktrinde geniş yorumlandığından, belirtilen menfaatlerin bu hakla ilişkilendirilmesi isabetli bir tutum olarak değerlendirilebilir.

Çocuğun, baba tarafından fiilen bakılıp gözetilmesi sonucunda çocukla baba arasında meydana gelen “sosyal babalık ilişkisi”nin kurulmasında ve sürdürülmesinde korunmaya değer bir menfaati bulunmaktadır. Bu menfaatin korunması uğruna, ananın soybağının reddi bağlamında sahip olduğu, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına müdahale edilmesi kanaatimizce mümkündür. Ancak TMK m. 286/I düzenlemesinde ana, çocukla koca arasında bu tür bir sosyal ilişkinin bulunup bulunmadığı gözetilmeksizin dava hakkından yoksun bırakılmıştır. Bu tercihle, ananın, özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına yapılan müdahalenin meşru kabul edilebileceği sınır aşılmıştır. TMK m. 286/I’in Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmesi de bu doğrultuda isabetli bir karardır.

Yapılacak olan yeni düzenlemede, çocuğun mevcut ve/veya potansiyel sosyal babalık ilişkisinin kurulmasına ve sürdürülmesine ilişkin menfaatinin ananın özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına nazaran öncelikli olduğu gözetilmelidir. Bu doğrultuda anaya soybağının reddi davası açma hakkı, kayıtsız şartsız değil, belirli sınırlamalara tâbi tutularak tanınmalıdır. İlk olarak, ananın dava hak-

kı bir yıllık hak düşürücü süreyle sınırlandırılmalı ve bu süre çocuğun doğumu anından başlatılmalıdır. İkinci olarak ise ananın dava hakkı, “çocuğun menfaatinin kocayla olan soybağının korunmasını gerektirmemesi” şartına bağlanmalıdır. Bu doğrultuda özellikle, kocanın fiilen baba rolünü üstlendiği ve bundan doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirdiği veya gelecekte bu rolü üstlenmeye istekli olduğu ihtimallerde hâkim, ananın soybağının reddine ilişkin talebini reddetme yoluna gitmelidir. Benzer şekilde, biyolojik baba ile çocuk arasında sosyal babalık ilişkisinin kurulmasının mümkün olmadığı ya da oldukça güç olduğu ihtimallerde de, çocuğu kocayla kurulabilecek olası bir sosyal babalık ilişkisinden yoksun bırakmamak adına, ananın soybağının reddi yoluna gitmesine imkân tanınmamalıdır.

KAYNAKÇA

Acabey MB, *Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı* (Güncel Hukuk Yayınları 2002).

Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt, Aile Hukuku* (24. Baskı, Beta Yayıncılık 2022).

Altınar Yolcu FZ, ‘Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba’ (2020) 6(2) İA-ÜHFD 249-286.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi (Güncelleme Tarihi: 30 Nisan 2019) <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_8_TUR> Erişim Tarihi 18.12.2023.

Aydıncık Midyat Ş, ‘Genetik Babanın Türk Soybağı Hukukundaki Yeri’ (2022) 80(2) İHM 455-506.

Baygın C, ‘Kan Bağına Dayanan Soybağı’ (2002) 4(1-4) AÜEHFD 255-284 (Baygın, ‘Kan Bağı’).

Baygın C, *Soybağı Hukuku* (XII Levha Yayıncılık 2010) (Baygın, *Soybağı Hukuku*).

Baysal B, ‘Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı’ in *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I* (XII Levha Yayıncılık 2010) 493-533.

Birtane Ş, ‘Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi’ (2021) 38(2) Anayasa Yargısı 57-97.

Büchler A ve Schmucki A, ‘Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht’ (2020) 1 FamPra.ch 1-58.

Degoumois V, ‘L’*évolution de la jurisprudence en matière de filiation paternelle et la protection de l’enfant né hors mariage*’ in *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts - Festgabe der schwe-*



izerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts (Helbing & Lichtenhahn Verlag 1975) 315-336.

Demirbaş F, ‘Baba ile Çocuk Arasındaki Soybağına İlişkin Davalarda Davacı Olabilecek Kişiler’ (2018) 22(3) AHBVÜHFD 3-36.

Dural M, Öğüz T ve Gümüş MA, *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku* (18. Bası, Filiz Kitabevi 2023).

Egger A, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II/2: Die Verwandtschaft, Kommentar zu Art. 252-359* (2. Aufl., Schulthess & Co. A.-G. 1943).

Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin Yayıncılık 2022).

Erlüle F, ‘Babalık Karinesi’ in *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt* (Vedat Kitapçılık 2009) 685-698.

Feyzioğlu FN, *Aile Hukuku* (3. Baskı, Filiz Kitabevi 1986).

Geiser T, ‘Kind und Recht - von der sozialen zur genetischen Vaterschaft?’ (2009) FamPra.ch 41-58.

Gençcan ÖU, *Aile Hukuku* (Yetkin Yayınları 2011) (Gençcan, *Aile Hukuku*).

Gernhuber J ve Coester-Waltjen D, *Familienrecht* (6. Aufl., Verlag C.H. Beck 2010).

Gómez-Arostegui HT, ‘Defining Private Life under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations’ (2005) 35(2) California Western International Law Journal 153-202.

Gören Ataysoy Z, *Genel Eşitlik İlkesinin Bir Uygulama Hali Olarak Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları* (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1991).

Gümüş MA, ‘Koca, Çocuk ve Ergin Olmayan Çocuğa Atanan Kayyım Dışındaki ‘Diğer İlgililerin’ [Kocanın Ana ve Babası ile Altsoyunun, Baba Olduğunu İddia Eden Kişinin, Annenin (!)] Soybağının Reddi Davası Açma Hakkı (TMK m.291/1, III)’ in *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz Kitabevi 2013) 568-578.

Hahn D, *BeckOK BGB (Hrsg. Hau/Poseck), Kommentar zu § 1600* (67. Ed., Stand: 1.8.2023).

Hatemi H, *Aile Hukuku (Sınav Hazırlık Kitabı)* (Filiz Kitabevi 1999).

Hatemi H ve Serozan R, *Aile Hukuku* (Filiz Kitabevi 1993).

Hausheer H, Geiser T ve Aebi-Müller RE, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (3. Aufl., Stämpfli Verlag AG 2007).

Hämmerli M, 'Die Auswirkung von Art. 252 ff. ZGB in der Schweiz' (1952) 88(10) ZBJV 442-447.

Hegnauer C, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. II/2/1: Die Entstehung des Kindesverhältnisses, Kommentar zu Art. 252-269c ZGB* (4. Aufl., Verlag Stämpfli & Cie 1984) (Hegnauer, 4. Aufl.).

Hegnauer C, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. II/2/1: Das eheliche Kindesverhältnis, Kommentar zum Art. 252-301 ZGB* (3. Aufl., Verlag Stämpfli & Cie 1964) (Hegnauer, 3. Aufl.).

Hegnauer C, *Grundriss des Kindesrechts* (Verlag Stämpfli & Cie AG 1977) (Hegnauer, *Grundriss*).

Helbig W, Wunderlin D ve Stern M, *Nomos Handkommentar, Familienrecht* (Hrsg. Schulz/Hauf), *Kommentar zu § 1600 BGB* (3. Aufl., Nomos 2018).

Keskin AD, 'Bölünmüş Annelik ve Ana Yönünden Soybağının Reddi' (2020) 5(1) ÇÜHFD 1989-2016.

Kılıçoğlu AM, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2022).

Koziol H, Welser R ve Kletečka A, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht* (13. Aufl., Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2006).

Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1989).

Meier P ve Stettler M, *Droit de la filiation, Tome I: Etablissement de la filiation (art. 252 à 269c CC)* (3ème éd., Schulthess 2005).

Nettesheim M, *Nomos Handkommentar, EMRK - Europäische Menschenrechtskonvention, Kommentar zu EMRK Art. 8* (5. Aufl., Nomos 2023).

Oğuzman K ve Dural M, *Aile Hukuku* (2. Bası, Filiz Kitabevi 1998).

Öğüz T, 'Türk Medeni Kanunu'nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme' in *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. II* (XII Levha Yayıncılık 2010) 1415-1424.

Özdemir GC, *Türk Hukukunda Soybağının Reddi Davası* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018).

Özdemir H ve Ruhi AC, *Çocuk Hukuku* (Ders Kitabı) (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2021).

Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Bası, Turhan Kitabevi 2015).

Paksoy G, 'Soybağının Reddi' (2011) 97 TBBD 353-376.

Reich J, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Fami-*



lienrecht - Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB - PartG, Kommentar zu Art. 256 ZGB (3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2016).

Roagna I, *Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Human Rights Handbooks 2012).

Sandmeier E, *Die Ehehlichkeitsvermutung und ihre Anfechtung insbesondere durch das Kind* (Verlag H. R. Sauerländer & Co. 1938).

Saymen FH ve Elbir HK, *Türk Medenî Hukuku, C. III, Aile Hukuku* (İsmail Akgün Matbaası 1960).

Schumacher S, 'Das neue deutsche Kindschaftsrecht' (2000) FamPra.ch 62-79.

Schwander I, *OFK - ZGB Kommentar, Kommentar zu ZGB Art. 256* (2. Aufl., Orell Füssli Verlag AG 2011).

Schwenzer I, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Kommentar zu Art. 252-263* (4. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2010) (Schwenzer, BSK).

Schwenzer I, *Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?: Gutachten A für den 59. Deutschen Juristentag - Hannover 1992* (Verlag C. H. Beck 1992) (Schwenzer, Gutachten).

Schwenzer I, 'Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen' (2014) FamPra.ch 966-1008 (Schwenzer, 'Familienrecht').

Schwenzer I ve Cottier M, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Kommentar zu Art. 252-263* (5. Aufl., Helbing Lichtenhahn Verlag 2014).

Serozan R, *Çocuk Hukuku* (2. Bası, Vedat Kitapçılık 2005) (Serozan, Çocuk Hukuku).

Serozan R, 'Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi' in *Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II* (Beta Yayınları 2003) 499-516 (Serozan, 'Yeni Medeni Kanun').

Süleyman S ve İşleten Mİ, 'Türk Hukukunda Soybağının Kurulması' (2018) 4(1) İAÜHFD 105-120.

Stehli C, *OFK - ZGB Kommentar, Kommentar zu ZGB Art. 256* (4. Aufl., Orell Füssli Verlag AG 2021).

Stern M, *Nomos Handkommentar, Familienrecht (Hrsg. Schulz/Hauß), Vorbem. zu §§ 1591-1600d BGB* (3. Aufl., Nomos 2018).

Şıpka Ş ve Genç Arıdemir A, '4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Soybağının Kurulması ve Hükümleri' (2003) 1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 149-185.

Tekinay SS, *Türk Aile Hukuku* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 1990) (Tekinay, *Aile Hukuku*).

Tekinay SS, ‘Anaya, Kocanın Nesebini Red Hakkı Tanınmalı Mıdır?’ (1977) 11(14) MHAD 1-5 (Tekinay, ‘Red Hakkı’).

Tuor P, Schnyder B, Schmid J ve Rumo-Jungo A, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch* (13. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2009).

van der Meer J, *Familienrecht* (Orell Füssli Verlag AG 2006).

Velidedeolu HV, *Türk Medenî Hukuku, C. II, Aile Hukuku* (5. Bası, Nurgök Matbaası 1965).

Waiblinger M, *Begriff und Ausübung der Anfechtungsrechte im schweizerischen Privatrecht* (Verlag von Stämpfli & Cie. 1928).

Wellenhofer M, *Münchener Kommentar zum BGB, Kommentar zu § 1600* (9. Aufl., Verlag C.H. Beck 2024).

Wittinger M, “‘Europäisches Familienrecht’: Die familienrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in jüngerer Zeit - Altbekanntes und Neues’ (2009) FamPra.ch 84-111.

Wyttenbach J ve Grohsmann I, ‘Welche Väter für das Kind? Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Vielfalt von Elternschaft’ (2014) AJP 149-166.

Yılmaz S, *Medeni Hukuk, C. III, Aile Hukuku* (Yetkin Yayınları 2023).



BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ VE YARGITAY KARARLARI İŞIĞINDA ÖZGÜRLÜĞE AYKIRILIĞIN TESPİTİ

Assurance of Freedom of Association and Determination of Contradiction with Freedom in the Light of The Supreme Court Decisions

Seda ÖZGÜL EKİZ*

Özet

Çalışanların istediği zaman, istediği sendikaya üye olup olmaması, istediği zaman üyelikten ayrılması, istediğinde üye olduğu sendikayı değiştirebilmesi ve üyesi olduğu sendikanın faaliyetlerine dilediğinde katılması olarak tanımlanabilen bireysel sendika özgürlüğü, Anayasa’da ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda düzenlenmektedir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25’inci maddesinde bireysel sendika özgürlüğü kavramı ve sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir.

Bu çalışmada öncelikle bireysel sendika özgürlüğü ele alınmıştır; ardından bu özgürlüğe yasalarla getirilen güvenceye yer verilmiştir. Son olarak sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Sendika, Bireysel Sendika Özgürlüğü, Sendika Özgürlüğünün Güvencesi.

Abstract

Individual union freedom, which can be defined as the employees’ being a member of a union whenever they want, resigning from membership at any time, changing the union they are a member of, and participating in the activities of the union they are a member of, is regulated in the Constitution and the Law on Trade Unions and Collective Bargaining No. 6356. Article 25 of Law No. 6356 includes provisions regarding the concept of individual freedom of association and the guarantee of freedom of association.

In this study, first of all, individual freedom of union will be discussed; Then, the guarantee brought to this freedom by the laws was included. Finally, the decisions of the Court of Cassation, the Constitutional Court and the European Court of Human Rights regarding the guarantee of freedom of association were examined.

Keywords: Union, Individual Freedom of Association, Assurance of Freedom of Association.

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 19.12.2023

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Öğrencisi, ekizseda@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0002-3571-0139>.

GİRİŞ

Geçmişten günümüze toplumdaki ekonomik güç dağılımına bakıldığında, işçi kesimi ekonomik olarak görece güçsüz; işveren kesimi ise daha güçlü konumda olmuştur. Bu güç dengesizliği de İş Hukukunun temel ilkesi olan “işçinin korunması” ilkesinin doğmasına yol açmıştır.

Özellikle sanayi devrimi sonrasında dönem, işverenlerin sınırsız istekleri neticesinde, işçilere kaldırılabileceklerinin üzerinde yükler yüklenmiş, emeklerinin karşılığı olan ücretleri düşük kalırken, çalışma saatleri ise gitgide artmıştır. Bu durum sermaye sahiplerini daha da güçlendirirken, emek kesiminin daha çok sömürülmesine yol açarak gelir dağılımında adaletsizlikle birlikte işçinin korunması ihtiyacını da artırmıştır.

İşçilerin haklarını elde etmeleri bakımından toplu olarak mücadele vermeleri, bireysel olarak mücadele vermelerinden çok daha etkilidir. Bu bakımdan işçiler sendikalar kurarak örgütlenmeye ve güçlerini birleştirme yoluna gitmeye başlamışlardır.

Sendika kurmak, sendikaya üye olmak, sendikal faaliyetlere katılmak, sendika organlarına dahil olmak gibi pozitif sendikal haklar olduğu gibi, sendikadan ayrılmak, sendikaya üye olmamak gibi negatif sendikal haklar da gerek Anayasamızda gerekse de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda düzenlenmiştir. Fakat çalışanlara sendikal hakların verilmesi, uygulama bakımından yeterli olmamakta ve bu hakların hayata geçirilmesi bakımından birtakım güvencelerin de ortaya konulması gerekmektedir. Bu bakımdan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25’inci maddesinde düzenlenen bireysel sendika özgürlüğünün güvencesi çalışmamızın konusu oluşturmaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle bireysel sendika özgürlüğü kavramı ele alınacak, ardından bireysel sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin uygulamalar, yasal düzenlemeler, Yargıtay kararları ve öğretici görüşleri kapsamında incelenecektir. Son olarak bireysel sendika özgürlüğüne aykırılığın tespitine ilişkin Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar ortaya konulacaktır.

I. BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ

A. Bireysel Sendika Özgürlüğü ve Hakkı Kavramı

Anayasanın 51’inci maddesinde, çalışanlar ve işverenlerin çalışma hayatında ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendika ve üst kuruluş kurma haklarına sahip oldukları düzenlendiği gibi; aynı şekilde söz konusu sendika ve üst kurul üyeliklerinden serbestçe çekilme haklarına sahip oldukları da düzenlenmiştir. Anayasa’ya göre hiç kimse

bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.¹

Bir diğer ifadeyle bireysel sendika özgürlüğü, çalışanların istediği zaman, istediği sendikaya üye olması ya da olmaması, istediği zaman üyelikten ayrılması, istediğinde üye olduğu sendikayı değiştirebilmesi ve üyesi olduğu sendikanın faaliyetlerine dilediğinde katılması² olarak tanımlanabilir.

1. Pozitif Sendika Özgürlüğü

Pozitif sendika özgürlüğü serbestçe sendika kurabilme ve serbestçe sendikaya üye olabilme hakkını ifade eder.³ Çalışanlar ve işverenler, önceden izin almaksızın sendika ve üst kuruluş kurabilir, bunlara serbestçe üye olabilir ve üyelikte kalabilirler.⁴ Anayasanın 51'inci maddesinde: “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.”, ifadelerine yer verilmiştir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 3'üncü maddesinde de kuruluş serbestisine yer verilerek, ilgili ilke “Kuruluşlar, bu Kanundaki kuruluş usul ve esaslarına uyarak önceden izin almaksızın kurulur. Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur.” şeklinde ifade edilmiştir.

Mezkûr kanunun 17'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında da “Sendikaya üye olmak serbesttir. Hiç kimse sendikaya üye olmaya veya olmamaya zorlanamaz.” hükmüne yer verilmiştir.

Öte yandan, belirtilen maddeden başvuran herkesin sendikaya üye olabileceği anlaşılmalıdır, zira sendika üyeliği bakımından engel teşkil eden bir durumun olmaması gerekmektedir.⁵

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 17'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında sendikaya üye olma özgürlüğü düzenlenirken aynı fıkranın devamında “...İşçi veya işverenler aynı işkolunda ve aynı zamanda birden çok sendikaya üye olamaz. Ancak aynı işkolunda ve aynı zamanda farklı işverenlere ait işyerlerinde çalışan işçiler birden çok sendikaya üye olabilir. İşçi ve işverenlerin bu hükme aykırı şekilde birden çok sendikaya üye olmaları hâlinde sonraki

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, RG. 9/11/1982/17863.

² Murat Özveri, “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları” (2005) 2 (8) Legal İHSGHD 1521,1523.

³ Fevzi Demir, “Sendika Üyeliği ve Sendikal Faaliyete Katılma Güvencesinin Uygulama Kritiği”, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (Başbakanlık Basımevi 2010) 40.

⁴ Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınları 2021) 894.

⁵ Demir, (n.3) 41.



üyelikler geçersizdir.” hükmü yer almaktadır. Buna göre çalışanlar, çalıştıkları iş kolunda yalnızca tek bir sendikaya üye olabilir. Aynı zamanda ve aynı iş kolunda birden çok işte çalışanlar bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Aynı zamanda ve aynı işkolunda farklı işverenlerin yanında çalışanlar, aynı işkolunda çalıştıkları işyeri sayısı kadar sendikaya üye olabilirler. Çalışanların aynı anda, aynı işkolunda birden fazla sendikaya üye olabilmesi, toplu iş sözleşmesi yetki tespitinde sorun yaratacak bir durumdur. Bu sebeple aynı işkolunda ve aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olunamamasına ilişkin düzenleme isabetlidir.

Öğretide, sendika ve üst kuruluşların kurulmasının hiçbir surette zorunlu tutulamayacağı “ihtiyarilik ilkesi”; bir iş kolunda birden çok sendikanın kurulabilmesi de “sendika çokluğu ilkesi” ile ifade edilmektedir. Öte yandan aynı işkolunda ve aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olunamamasına da “tek üyelik kuralı” denilmektedir.⁶ Belirtmek gerekir ki sendika çokluğu ilkesi, içerisinde sendika seçme özgürlüğünü de barındırır. Nitekim tek bir sendikanın olduğu işkolunda sendika seçim hakkından bahsedilemeyecektir. Sendikaya serbestçe üye olabilmek özgürlüğü Anayasa ile güvence altına alındığından, sendikanın faaliyetlerine özgürce katılabilme, sendika içi çalışmalarda yer alabilme, sendika seçimlerine katılabilme, sendika organlarında görev alabilme ve sendikaya üye çekme çalışmalarına da özgürce katılabilme haklarının da korunması gerekir.⁷

2. Negatif Sendika Özgürlüğü

Negatif sendika özgürlüğü, sendikadan çıkma ve uzak kalma özgürlüğü olarak da adlandırılabilir.⁸ Buna göre Anayasanın 51’inci maddesinde ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 17’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında belirtildiği üzere, sendikaya üye olan çalışanlar dilediği zaman üyelikten ayrılmakta serbesttir. Negatif sendika özgürlüğü ile sendikalar tarafından toplu iş sözleşmesi ile işe alınma, işe devam edebilme ve çalışma koşullarında işçi lehine getirilen düzenlemelerden yararlanma bakımından sendika üyeliğinin zorunlu tutulmasının önüne geçmek amaçlanmıştır.⁹

B. Bireysel Sendika Özgürlüğünün Kapsamı

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 6’ncı maddesinde fiil ehliyetine sahip olan ve fiilen çalışan gerçek veya tüzel kişilerin sendika kurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 17’nci maddesinde ise sendikalara üyelik koşullarına yer verilmiştir. Buna göre on beş yaşını dolduran ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’na göre işçi sayılanların işçi sendikalarına üye olabileceği belirtilmektedir. Burada dikkat çeken husus, “işçi” ifa-

⁶ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 895; Melda Sur, İş Hukuku Toplu İlişkiler (Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi 2020) 50-51.

⁷ Turhan Esener, Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Sendika Hukuku (Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık 2017) 42.

⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 898.

⁹ Esener ve Bozkurt Gümrükçüoğlu, (n.7) 43.

desi ile yetinilmeyerek “bu kanuna göre işçi sayılanlar” ifadesinin tercih edilmesidir. Bu kapsamda 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 2’nci maddesinde “işçi” tanımının 4857 sayılı İş Kanunu’nda yapılan tanımının kabul edildiği belirtilerek, iş sözleşmesi dışında ücret karşılığı iş görmeyi taşıma, eser, vekâlet, yayın, komisyon ve adi şirket sözleşmesine göre bağımsız olarak meslekî faaliyet olarak yürüten gerçek kişilerin de bu Kanunun ikinci ila altıncı bölümleri bakımından işçi sayılacağına eklendiği görülmektedir. Böylelikle İş Kanunu, Deniz-İş Kanunu, Basın-İş Kanunu ve Borçlar Kanunu’na göre çalışanlar ile birlikte belirtilen sözleşme türlerine göre çalışanlar da 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun kapsamındadır.¹⁰

C. Bireysel Sendika Özgürlüğünün Hukuki Dayanakları

1. Anayasa’da Düzenlenen Sendika Kurma Hakkı

Anayasa’nın 51’inci maddesinde sendika kurma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre çalışanların ve işverenlerin, çalışma ilişkilerinde üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla, önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ya da serbestçe üyelikten çekilme haklarının bulunduğu; bir diğer ifadeyle pozitif ve negatif sendika özgürlüğünün mevcut olduğu ifade edilmektedir. Aynı maddenin 2’nci fıkrasına sendika kurma hakkının ancak millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabileceği de ayrıca eklenmiştir.

2. Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 118’inci maddesinde “Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi Suçu” düzenlenmektedir. Bu kapsamda maddenin ilk fıkrasında, bir kimseye karşı sendikaya üye olmasa ya da olmaması; sendikanın faaliyetlerine katılması ya da katılmaması yönünde ve sendikadan ya da sendika yönetimindeki görevinden ayrılması yönünde zorlamak amacıyla cebir veya tehdit kullanan kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Madde metni incelendiğinde, kişilerin sendika kurma haklarının engellenmesi halinin düzenlenmemiş olması, eksiklik olarak nitelendirilmektedir.¹¹

Öte yandan TCK m.118/1’de düzenlenen suç “tehlike suçu” olması itibarıyla, suçun tamamlanması bakımından çalışan kişinin sendika üyeliğinden ya da sendikal faaliyetlere katılmaktan vazgeçmesi veya sendikadan, sendika yönetimindeki görevinden ayrılması gerekmemekte; kişiye bu yönde cebir veya tehdit uygulanması, suçun tamamlanması bakımından yeterli olmaktadır.¹²

¹⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 894; Sur, (n.6) 49.

¹¹ Barış Duman, “Ceza Hukuku Boyutuyla Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi” (2012) 25, Sicil İş Hukuku Dergisi 258, 264.

¹² Demir, (n.3) 302; Sur, (n.6) 56; Duman, (n.11) 266.



3. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda Düzenlenen İdari Para Cezası

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 78'inci maddesinin birinci fıkrasının c bendinde, Kanunun 17'nci maddesine aykırı olarak üye kaydedenler ile 19'uncu maddesine aykırı olarak üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlayanlar, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde her bir üyelik için yedi yüz Türk lirası idari para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Maddenin 3'üncü fıkrasında da söz konusu idari para cezasının Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü tarafından gerekçesi belirtilerek verileceği ifade edilmektedir.

II. BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜ GÜVENCESİ

Çalışanlara sendikal hakların verilmesi, uygulama bakımından yeterli olmamakta ve söz konusu hakların hayata geçirilmesi bakımından birtakım güvencelerin de hayata geçirilmesi gerekmektedir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda "Güvenceler" bölümünde üç ayrı maddede sendikal hak ve faaliyetlere ilişkin düzenlemelerin getirildiği görülmektedir. Bunlar; 23'üncü maddede ve 24'üncü maddenin 5'inci fıkrasında düzenlenen "işçi kuruluşu yöneticiliği güvencesi"; 24'üncü maddede düzenlenen "işyeri sendika temsilciliği güvencesi" ve 25'inci maddede düzenlenen "sendika özgürlüğünün güvencesi"dir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin ilk üç fıkrasında sendika özgürlüğüne ilişkin haklar düzenlenirken; aynı maddenin 4'üncü fıkrasında ilk üç fıkraya aykırılık hallerinde uygulanacak olan sendikal tazminata; 5'inci fıkrasında sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde uygulanacak olan 4857 sayılı İş Kanunu'nda bulunan iş güvencesi hükümlerine; 6'ncı ve 7'nci fıkralarında da sendikal nedenle fesihle ispat yükümlülüğüne yer verildiği görülmektedir.

Sendika özgürlüğünün güvencesi, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu dönemi ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu dönemi olarak ayrı ayrı incelemek daha isabetli olacaktır. Bu bakımdan 2821 sayılı Kanun dönemindeki hükümler de 4773 sayılı Kanun ile getirilen İş güvencesinden önceki ve sonraki dönem olarak; 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu dönemindeki hükümler de Anayasa Mahkemesi tarafından 2014 yılında verilen iptal kararından önceki ve sonraki dönem olmak üzere incelenecektir.

A. 2821 Sayılı Sendikalar Kanunu Dönemi

2821 sayılı Sendikalar Kanunu döneminde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu döneminde de olduğu gibi; sendika özgürlüğünün güvencesi, İş Kanunlarına ve Borçlar Kanunu'na tabi olan bütün işçiler için ortak olarak düzenlenmişti.¹³

¹³ Ercüment Özkaraca, "6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler" (2013) 3 (38), Çalışma ve Toplum Dergisi 173, 198.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinden önceki halinde, çalışma koşullarının belirlenmesi ve iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde sendikal bir ayrımcılık yapılması durumunda sendikal tazminat öngörülmüş fakat işe girişte yapılan sendikal ayrımcılık durumunda herhangi bir tazminat ödemesi öngörülmemiş olduğu görülmektedir. Bir diğer ifadeyle, işe giriş aşamasında yapılan sendikal ayrımcılık yasaklanmış olmakla birlikte, buna aykırılık halinde sendikal tazminat yaptırımı düzenlenmemiştir. İş güvencesi hükümlerinin geçerli olmadığı bu dönemde, sendikal ayrımcılığa uğrayan işçiler arasında dava açma süresi ve ispat yükü bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Bu kapsamda sendikal tazminat talebine uygulanacak olan zamanaşımı süresi olarak genel zamanaşımı süresi olan on yılın geçerli olduğu ve gerek fesih gerekse de fesih dışı sendikal aykırılığın bulunması halinde, bu durumun ispat yükünün iddia sahibi işçinin üzerinde olduğu düzenlenmiştir.¹⁴

4773 sayılı Kanun ile getirilen iş güvencesi hükümlerinden sonra da sendikal tazminata hak kazandıran haller bakımından herhangi bir farklı düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda da yalnızca çalışma koşullarının belirlenmesi ve iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde sendikal tazminat öngörülmüş, işe alım aşamasında yapılan sendikal ayrımcılık bakımından yine sendikal tazminat düzenlenmemiştir.¹⁵

Diğer taraftan 4773 sayılı Kanun sonrasında sendikal nedenle yapılan fesihler bakımından işçiler arasında önemli farklılıklar yaratan, oldukça önemli değişiklikler öngörülmüştür. İş güvencesi hükümlerine tabi olan ve İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin iş sözleşmesi, sendikal nedenle feshedildiğinde, işçilerin haklarını işe iade davası açarak aramaları ve feshin sendikal nedenlerle yapıldığı sonucuna varıldığı takdirde, işe başlatmama tazminatının, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olarak belirlenemeyeceği 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesine 6'ncı fıkra olarak eklenmişti. Aynı maddeye eklenen 7'nci fıkrada ise, Deniz-İş Kanunu, Basın-İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçiler ile tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ve İş Kanunu'nun 18,19,20 ve 21'inci maddelerinin kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshedilmesi durumunda ise, işçilerin açacakları davada ispat yükü işverene yüklenilmiş ve feshin sendikal nedenle yapıldığı sonucuna ulaşıldığı durumda ödenecek olan tazminatın işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı düzenlenmişti. Her ne kadar feshin sendikal nedenle yapıldığının tespiti halinde hükmedilecek olan tazminat miktarı bakımından herhangi bir fark yaratılmamışsa da; işçiler arasında dava açma süresi ve ispat yükü bakımından gerekli olmayan bir fark yaratılmış olduğu görülmektedir. Buna göre iş güvencesi kapsamındaki işçiler fesih tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde işe iade davası açmak ve fesih nedeninin sendikal

¹⁴ Özkaraca, (n.13) 199; Ömer Ekmekçi, Toplu İş Hukuku Dersleri (3. Bası, Onikilevha Yayıncılık 2021)130.

¹⁵ Özkaraca, (n.13) 198; Ekmekçi, (n.14) 129-130.



bir nedene dayandığını ispat etmekle yükümlü tutulurken; iş güvencesi kapsamı dışında çalışanlar ispat yükü kendilerinde olmaksızın genel hükümlere göre on yıllık zamaşımı süresi içerisinde dava açabilmektedirler.¹⁶ Üstelik Yargıtay da bu dönemde vermiş olduğu kararlarında, iş güvencesi kapsamında olan işçilerin bir aylık dava açma süresi içerisinde işe iade davası açmama halinde, fesih sebebi sendikal bir neden dayanıyor olsa dahi, sendikal tazminat isteyemeyeceklerini ve hatta toplu iş sözleşmeleri ile belirlenen iş güvencesi tazminatlarının da uygulanamayacağını kabul etmiştir.¹⁷ Söz konusu dönemde iş güvencesi kriteri getirilerek işçiler arasında farklı uygulamalara gidilmiş olsa da; yapılan düzenleme, Basın İş Kanunu kapsamında çalışanlar ile elli bir ve üzeri işçinin çalıştığı tarım işyerlerinde çalışan işçilerin de iş güvencesi kapsamında olduklarının gözden kaçırılmış olması bakımından öğretilere eleştirilmiştir.¹⁸

B. 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Dönemi

Sendika özgürlüğünün güvencesi, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinde düzenlenmektedir. Kanunun 25'inci maddesinde;

“(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve para-ya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.” denilmektedir.

Söz konusu kanun maddesi incelendiğinde; birinci fıkrada işe alım aşamasında işçiler arasında sendikalı-sendikasız ayırımının yapılamayacağı düzenlenmektedir. İkinci fıkrada işverenin ücret, prim ikramiye ve parasal sosyal yardımlar dışında, çalışma şartları ve çalışmaya son verilmesi bakımından sendikalı-sendikasız ayırımı yapamayacağı düzenlenmektedir. Üçüncü fıkrada da sendikalı olmaları sebebiyle ya da iş saatleri dışında ya da işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluş-

¹⁶ Özkaraca, (n.13) 199; Ekmekçi, (n.14) 130-131.

¹⁷ Özkaraca, (n.13) 200, Yarg.9 HD, 28.04.2009, E. 2007/34507, K. 2009/12111 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024).

¹⁸ Özkaraca, (n.13) 200.

larının faaliyetlerine katılmaları ya da sendikal faaliyette bulunmaları dolayısıyla işverenin işçileri işten çıkaramayacağı ya da farklı muamelede bulunamayacağı belirtilmektedir.

Kanunun 25'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında; ilk üç fıkrada belirtilen hususlara aykırılık söz konusu olduğunda; işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak kaydıyla tazminata hükmedileceği belirtilmektedir. Söz konusu tazminata "sendikal tazminat" denilmektedir.¹⁹

İşveren, işçi alımı yaparken adaylar arasında sendikalı-sendikasız ayrımı yaparsa; işçiler arasında ücret, prim, ikramiye ve parasal sosyal yardımlar dışında, çalışma şartları ve çalışmaya son verilmesi bakımından sendikalı-sendikasız ayrımı yaparsa ya da sendikaya üye olan işçilerine iş saatleri dışında ya da işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları ya da sendikal faaliyette bulunmaları sebebiyle işten çıkarır veya farklı muamele yaparsa, sendikal tazminat ödemekle yükümlü olacaktır.

1. İşe Alım Aşamasında Sendikal Tazminat

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda sendikal ayırım yasağı düzenlenmiş fakat herhangi bir yaptırım öngörülmemişti. Bu durumda 2821 sayılı Kanun'dan farklı olarak, işe alım aşaması için düzenlenmiş olan sendikal ayırım yasağı bakımından da sendikal tazminatın öngörülmesi oldukça isabetli bir düzenleme olmuştur.²⁰ İşverenin sendika üyeliği olmayan adayları işe alıp, sendika üyeliği olan adayları salt bu sebeple işe almaması bu duruma örnek gösterilebilir. İşverenin kendi istediği sendikaya üye olmayan adayları işe almaması da aynı şekildedir. Her iki durumda da işe alım aşamasında yapılan sendikal ayrımcılık söz konusudur. Bu şekilde işe alım aşamasında sendikal ayrımcılığa uğrayan kişi, sendikal tazminat talep edebilir.²¹ Fakat bu durumda iş sözleşmesi yapılmadığından ayrımcılığa uğrayan taraf işçi değildir. Bu noktada, sendikal ayrımcılık sebebi ile işe alınmayan bir kişiye ödenecek olan sendikal tazminatın belirlenmesinde esas alınacak olan ücretin ne olduğu üzerinde tereddütler hasıl olmuştur. Bu bakımdan öğretide adayın yaşına uyan yasal asgari ücret ya da varsa işyerindeki toplu iş sözleşmesinde belirlenen sözleşmesel asgari ücret tutarının dikkate alınabileceğini savunan görüşler olduğu gibi²², kişinin başvurduğu iş için öngörülen emsal ücretin de dikkate alınabileceğini savunan görüşler mevcuttur.²³ Öte yandan henüz işe alım aşamasında sendikal ayrımcılığa uğrayan birinin bu durumu ispat etmesi de oldukça güçtür.²⁴

¹⁹ Sur, (n.6) 57-58.

²⁰ Ekmekçi, (n.14) 132.

²¹ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2014/15627, K.T.05.10.2017, RG 15.10.2017/30241.

²² Ercan Akyiğit, "Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi", (2013) 2 (37), Çalışma ve Toplum Dergisi 41, 78; Sur, (n.6) 59.

²³ Özkaraca, (n.13) 201; Devrim Ulucan ve Seçkin Nazlı, "Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi", Sarper Süzek'e Armağan Cilt II, (Beta Yayıncılık, 2011) 160-1681; Sur, (n.6) 59.

²⁴ Ekmekçi, (n.14) 132.



2. İş Güvencesinden Yararlananlar Bakımından İşe Son Verme Aşamasında Sendikal Tazminat

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu döneminde, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu döneminden farklılık yaratan bir diğer değişiklik de iş güvencesinden yararlanan işçiler bakımından sendikal tazminat talebi ile işe iade davası arasındaki zorunlu bağın koparılması olmuştur. Kanunun 25'inci maddesinin 5. fıkrası ile getirilen düzenleme ile birlikte, işçinin sendikal fesih nedeniyle işe iade davası açabileceğinin kabulü ile birlikte, işe iade davası açmaksızın salt sendikal tazminat davası açabilmesinin yolu açılmıştır. Kanun bu bakımdan işçiye seçimlik hak tanımaktadır. Bu halde sendikal tazminat bakımından işverenin işçiyi işe başlatması ya da başlatmamasının önemi yoktur. İşçinin başvurusu üzerine işe başlatılmaması, 4857 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenen boşa geçen süre alacağı bakımından önem arz etmektedir. Sendikal bir nedenle yapılan ve geçersiz olduğu kesinleşen bir fesih kararının ardından işçi işe başlamak üzere işverene başvurduğu takdirde işveren işçiyi işe başlatmaz ise, sendikal tazminat ile birlikte boşa geçen ücret alacağına hükmedilir. Öte yandan sendikal tazminata hükmedildiği takdirde ayrıca 4857 sayılı Kanun'un 21'inci maddesinin ilk fıkrasında yer alan iş güvencesi tazminatına hükmedilmeyecektir.²⁵

Görüldüğü üzere, sendikal sebeplerle işten çıkarıldığını iddia eden işçi, sendikal tazminat talepli işe iade davası açabileceği gibi; işe iade davası açmadan sadece sendikal tazminat talebinde de bulunabilir. Bu şekilde işçiye seçimlik hak tanınması, isabetli olmuştur. İşveren tarafından sendika özgürlüğüne aykırı hareketler sonucu işine son verilen işçi aynı işyerinde çalışmak istemeyebilir. Bu durumda işe iade talebi olmadan sadece sendikal tazminat talep edebilir. Bu sayede, işe iade davası bakımından arabulucuya başvurma, dava açma, işverene başvurma gibi süreleri kaçıran işçiler için de, yapılan sendikal ayrımcılık yaptırımsız kalmamış olacaktır. Öte yandan sendikal tazminat talepli işe iade davası açık haklı bulunan işçi, işveren tarafından tekrar işe başlatılsa dahi sendikal tazminata hak kazanacaktır. Çünkü işverenin işçiyi tekrar işe başlatması, sendikal özgürlüğe aykırı davranışta bulunduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Tüm bu hususlar oldukça isabetliyen; Kanunun 25'inci maddesinin 5. fıkrasında işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmeyeceğinin belirtilmesi tarafımızca isabetli bulunmamıştır. 4587 sayılı İş Kanunu'nun 21'inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminat, iş güvencesi tazminatıdır. İş güvencesi tazminatı ve sendikal tazminat farklı amaçlara hizmet eden iki farklı yaptırımdır. İş güvencesi tazminatı geçerli olmayan bir nedenle iş sözleşmesi feshedilen işçinin işe başlatılmamasının yaptırımıyken; sendikal tazminat sendikal özgürlüğe aykırılığın yaptırımıdır. İş güvencesi tazminatı işçinin en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında belirlenebileceken,

²⁵ Ekmekçi, (n.14) 132 vd; Sur, (n.6) 60-61.

sendikal tazminat işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak kaydıyla belirlenebilmektedir. Dolayısıyla gerek amaçları gerekse tutarları birbirinden farklı olan bu iki tazminat türünün birbirine alternatifmiş gibi değerlendirilmesi, tarafımızca isabetli bulunamamıştır.

Sendikal tazminata hükmedilmesi bakımından işçinin işe başlamak üzere başvurması ya da işverenin işe başlatıp başlatmaması gibi koşullar öngörülmediğinden, öğretide sendikal tazminat davasının bir eda davası olduğu ve bu bakımdan hükmedilecek olan tazminat tutarının miktar olarak belirtilmesi gerektiği ve hükmün ilamlı icraya konulabileceği belirtilmektedir.²⁶

3. İş Güvencesinden Yararlanamayanlar Bakımından İşe Son Verme Aşamasında Sendikal Tazminat

İş güvencesi kapsamı dışında olan çalışanlar bakımından iş akdinin sendikal nedenle feshi sonucunda hükmedilecek olan sendikal tazminat hükümlerini, Anayasa Mahkemesi tarafından 22.10.2014 tarihinde verilen ve 11.11.2015 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan iptal kararı öncesi ve sonrası olarak ayırmak mümkündür.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararından önce, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25’inci maddesinin 4’üncü fıkrasında: “...İşverenin fesih dışında yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi, halinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir...” ifadesi yer almaktaydı. Aynı maddenin 5’inci fıkrasında da “...Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi halinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 18, 20 ve 21’inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir...” denilmektedir. Söz konusu hükümler değerlendirildiğinde, iş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanlar bakımından iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshi halinde, sendikal tazminata hükmedilemeyeceği düzenlenmişti. Bu durumda iş güvencesi kapsamı dışında kalanlar için, işe alım aşamasında sendikal ayrımcılık yapıldığında sendikal tazminata hükmedilebilirken; işten çıkarma aşamasında sendikal tazminat verilemeyeceği durumu ortaya çıkmıştır.²⁷ Bu durumun Anayasa’ya aykırı olduğu öğretide ileri sürülürken, Yargıtay da açık kanun hükmüne rağmen, 2014 yılında iş güvencesi kapsamı dışındaki çalışanların da sendikal fesih halinde sendikal tazminat alabilecekleri yönünde kararlar vermiştir.²⁸

²⁶ Fevzi Şahlanan, “Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması)” (2013) 10 (37) Legal İHSGHD 3, 10; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 905; Ercüment Özkaraca, “Güncel Gelişmeler Işığında Sendikal Güvenceler ve Uygulama Sorunları”, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş) ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AYBÜ) İşbirliği ile Gerçekleştirilen Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu (2019), 57.

²⁷ Ekmekçi, (n14) 137; Özkaraca, (n.25) 54.

²⁸ Yarg. 9HD, 25.03.2014, E.2013/13993, K. 2014/10049 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024); Yarg.9HD, 20.10.2014, E.2014/31309, K.2014/30175 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024); Özkaraca, (n.25) 54-55.



Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında bulunan "feshin dışında" ibaresi ile aynı maddenin 4'üncü fıkrasında yer alan "18" ibaresini Anayasa aykırı olarak iptal etmiştir.²⁹

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı sonucunda, iş güvencesine tabi olmayan çalışanlar da sendikal fesih halinde sendikal tazminat isteyebileceklerdir. Bununla birlikte "18" ibaresinin iptali sonucunda da, işçi sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğini iddia ettiğinde, iş güvencesine tabi olmasa da işe iade davası açabilecektir. Söz konusu dava sonucunda mahkeme feshin sendikal nedenlerle yapıldığı sonucuna vardığı takdirde, sendikal tazminata hükmedecektir. Bununla birlikte işçinin boşa geçen süre alacağını alabilmesi için, işçinin usulüne uygun bir biçimde işverene başvurması aranmaktadır. Ayrıca 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 5'inci fıkrası gereği, usulüne uygun bir biçimde başvuran işçiyi işveren işe başlatmasa dahi, ayrıca iş güvencesi tazminatı ödemeyecektir.³⁰

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karar isabetli olmuştur. Bu sayede 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18'inci maddesinde yer alan ve işe iade davası açmak için aranan "işyerinde en az 30 işçinin çalışması" ve "işçinin en az 6 aylık kıdeminin bulunması" şartları aranmaksızın, iş sözleşmesi sendikal bir sebeple feshedilen işçiler, işe iade davası açabilecek ve bu işçiler için sendikal tazminata hükmedilmesi mümkün olacaktır. Sendikal sebeplerle iş sözleşmesinin feshi ile iş güvencesi farklı amaçlara hizmet eden kavramlardır.

4. Sendikal Tazminatın Miktarının Belirlenmesi

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında belirtildiği üzere; işe alma sürecinde, işin devamı sürecinde ve işe son verme aşamasında işçiye sendikal bir ayrımcılık yapıldığının tespiti halinde işveren, işçiye bir yıllık ücret tutarından az olmamak kaydıyla sendikal tazminat ödemekle yükümlüdür. Her ne kadar "tazminat" ifadesi kullanılsa da, işçi fesihten dolayı hiçbir zarar uğramamış olsa dahi sendikal tazminata hak kazanır.³¹ Bu bakımdan sendikal tazminat, öğretilerde bir tür medeni ceza olarak yorumlanmaktadır.³²

Kanun hükmünde, işçinin bir yıllık ücret tutarı, sendikal tazminatın alt sınırı olarak belirlenmiştir. Kanunda aksi belirtilmediğinden, söz konusu ücretin hesabında ise dikkate alınacak olan ücret, çıplak brüt ücrettir. Bu kapsamda ikramiye,

²⁹ Anayasa Mahkemesi, 22.10.2014, E.2013/1, K. 2014/161, RG. 11.11.2015/29529.

³⁰ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 904-905.

³¹ Sur, (n.6) 68.

³² Ünal Narmanlıoğlu, "İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi" (2005) 2 (5), Legal İHSGHD 239, 249; A. Can Tuncay ve Burcu Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku (7. Bastı, Beta Basım Yayın 2019) 126.

prim ve diğer ekler hesaba dahil edilmemektedir.³³ Yargıtay ayrıca sendikal tazminata dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiğini ve söz konusu tazminatın gelir vergisi indirimi yapılmasının zorunlu olduğunu kabul etmektedir.³⁴

Öte yandan asgari sınır kanunla belirtilmiş olmakla birlikte, uygulamada verilen kararların çoğunlukla alt sınırdan verilmiş olduğu görülmektedir. Bunun bir nedeni de Yargıtay'ın asgari sınırın üzerinde verilecek olan sendikal tazminatlar için mutlaka gerekçesinin belirtilmesi gerektiğini aramasıdır.³⁵ Buna göre kararı veren mahkeme, dosya içeriğine göre sendikal ayrımcılığın ya da sendikal feshin nedenini açıkça ortaya koyması, davacının çalışma süresi gibi asgari sınırın üzerinde tazminat belirlenmesinin nedenlerini açıkça belirtmesi gerekmektedir.

Alt sınır belirtilerek tazminat tutarının belirlenmesini hakim takdir yetkisine bırakan yasa hükümleri, birbirinden farklı sonuçlara ulaşılması sonucunu doğurduğundan, Yargıtay bu konuda yeknesak bir uygulama olması için sendikal tazminatın tutarının belirlenmesinde işçinin kıdemini esas almaktadır. Nitekim 6 ay ile 5 yıl arası kıdemi olan işçiye alt sınır olan bir yıllık ücret tutarında sendikal tazminatın ödenmesine hükmedilirken; 5 ile 15 yıl arasında kıdemi olan işçiye 1 yıl 1 ay; 15 yıl ve üzeri kıdemi olan işçiye ise 1 yıl 2 aylık ücret tutarında sendikal tazminatın ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Yargıtay kararında işe başlatma tazminatının belirlenmesinde de işçinin kıdemini dikkate alınmasının kıyasen sendikal tazminat miktarının belirlenmesinde de kullanılabileceğinin hakkaniyete uygun olacağını belirtmiştir.³⁶ Yargıtay tarafından kanunda yer almayan bir tavan miktarın belirlenmiş olması öğretide eleştirilse de uygulamada çok farklı sonuçlara ulaşabilecek farklı mahkeme kararları sebebiyle sarsılabilecek hukuki güvenlik ve hukuki belirliliği sağlaması bakımından da olumlu karşılanmaktadır.³⁷ Öte yandan görülen odur ki mahkemelerin alt sınır dışında verdiği kararlar oldukça azdır ve Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin kapanması ile birlikte söz konusu yaklaşımın da Yargıtay'ın diğer daireleri tarafından uygulandığı da söylenememektedir.³⁸

³³ Sur, (n.6) 68; Ekmekçi, (n.14) 142, Ercan Akyiğit, Toplu İş Hukuku (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021) 57-58.

³⁴ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 906; Yarg. 9HD, 28.03.2016, E. 2015/14168, K. 2016/7406 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024).

³⁵ Sur, (n.6) 68; Ekmekçi, (n.14) 142; Yarg.9HD, 13.11.2006, E.2006/29857, K.2006/29758; Yarg. 22 HD, 09.10.2018, E.2018/11780, K.2018/21575; Yarg. 9. HD., 10.09.2018 E. 2018/6657 K. 2018/15319; Yarg. 9. HD., 10.09.2018 E. 2018/6660 K. 2018/15322; Yarg. 9. HD., 14.05.2018 E. 2018/2273 K. 2018/10557 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024).

³⁶ Yarg. 7 HD, 25.03.2015, E. 2015/9209, K. 2015/5525 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024).

³⁷ Ekmekçi, (n.14) 143.

³⁸ Muhittin Astarlı, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sendika Hakkının Etkili Korunmasına İlişkin Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye Kararı Ve Türk Hukuku Bakımından Çıkarımlar" (2019) 2 (61), Çalışma ve Toplum Dergisi 1237, 1247.



Öğretide sendikal tazminatın miktarının belirlenmesi bakımından yaşanan bir diğer görüş ayrılığı da, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 8'inci fıkrasında, aynı maddenin ilk yedi fıkrasındaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümlerinin geçersiz olacağı hükmü dolayısıyla yaşanmaktadır. Buna göre sendikal tazminat miktarını düzenleyen kanun maddesinin mutlak emredici mi yoksa nispi emredici mi olduğu tartışma konusudur. Öğretide bir görüş, işçi lehine bile olsa tazminat miktarının değiştirilemeyeceği; söz konusu kanun maddesinin mutlak emredici olduğu yönündedir.³⁹

Öğretide bizim de katıldığımız diğer görüş ise, kanunen işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı fakat bu miktarın arttırılabileceği yönündedir. Sendikal tazminat miktarını düzenleyen maddenin nispi emredici nitelikte olduğu ve sendikal tazminat tutarının iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile daha yüksek bir tutar olarak belirlenmesinin söz konusu düzenlemeye aykırılık oluşturmadığı savunulmaktadır.⁴⁰

5. İspat Yükü

Sendikal ayrımcılığın ve sendikal feshin önemli problemlerinden bir tanesi de ispat sorunudur. İspat yükümlülüğü bakımından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 6'ncı ve 7'nci fıkralarında özel düzenleme bulunmaktadır. Kanun ispat yükümlülüğü bakımından sendikal fesih ve sendikal ayrımcılık hallerini ayrı olarak ele almıştır. Buna göre 6'ncı fıkrada, sendikal fesih iddiası ortaya atıldığında, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverenin üzerindedir. İşçi de yapılan feshin işverenin iddia ettiği nedene değil; sendikal nedene dayandığını ispat etmekle yükümlü tutulmuştur.

Maddenin 7'nci fıkrasında ise, fesih dışındaki sendikal ayrımcılık hallerindeki ispat yükümlülüğüne yer verilerek işçi, kendisine sendikal ayrımcılık yapıldığını iddia etmesi halinde, iddiasını ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Eğer işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyabilirse, bu durumda da işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olmaktadır.

Yürürlükteki hükümlerin anlaşılabilmesi için Yargıtay tarafından konu hakkına verilen kararlara yer verilmiştir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında aynen: "...davalı işverenin 15.3.2003 tarihinde yürürlüğe gireceği önceden bilinen 4773 sayılı Kanun ile 1475 sayılı İş Kanununa getirilen iş güvencesine ilişkin hükümleri bertaraf etmek amacıyla işçilere belirli süreli iş sözleşmelerini imzalatmaya çalıştığı izlenimi edinilmekte, işçilerin bu durumu kabul etmemesi üzerine davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçilerin durumu kabul etmemesi üzerine davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçilerin 17.3.2003 tarihinde sendikaya üye oldukları görülmektedir. Keza, davalı işveren temsilcisi tarafından sendika üyeli-

³⁹ Fevzi Şahlanan, Toplu İş Hukuku (1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık 2020) 207; Ekmekçi, (n.14) 144.

⁴⁰ Özkaraca, (n.13) 210; Akyiğit, (n.32) 58-59; Demir, (n.3) 294.

ğinden çekilme konusunda baskılar yapıldığı işçilerin kabul etmemesi üzerine bu kez 25.3.2003 tarihinde iş sözleşmelerinin feshi yoluna gidildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan bu fesihlerden sonra çoğunluğunu sendika üyeliğinden çekilenlerin oluşturduğu bir kısım işçiler tekrar işe alınmıştır... Açıklanan nedenlerle, mahkemece feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine ilişkin verilen hüküm yerinde olduğu... ”⁴¹ şeklinde ifade etmiştir.

Üye oldukları sendikadan topluca ayrılarak bir başka sendikaya üye olduktan hemen sonra işten çıkarılan işçilerin yerine, kısa zaman sonra yeni işçi alınması halinde de işverenin durumu makul şekilde açıklayabilmelidir. İşveren yeterince makul bir açıklama getiremiyorsa, “*olayın cereyan şekli feshin sendikal nedene dayandığını gösterir.*”⁴² Bir işçinin sendikaya üye olduğunun işverene bildirilmesi sonrasında işçinin işten çıkarılması, işçilerin baskılar sebebiyle sendikadan ayrılması, sendikadan ayrılmayan işçilerin işten çıkarılması durumunda da sendikal nedenin varlığı ortadadır.⁴³

Yargıtay tarafından verilen bir diğer karar da şu şekildedir: “*Somut olayda davacı işçi işyerinde 6 aydan daha az süreyle çalışmış olup 4857 sayılı İş Kanununun 18 – 21. maddeleri arasında düzenlenen iş güvencesinden yararlanması mümkün değildir. Yukarıda belirttiği üzere iş güvencesine tabi olmayan işçiler yönünden sendikal nedenin bulunmadığının ispat yükü davalı işveren üzerindedir. Bu itibarla mahkemece, sendikal nedenin davacı işçi tarafından kanıtlanamadığı gerekçesiyle sözü edilen isteğin reddi hatalı olmuştur. Davalı tanıkları feshi ve sendikal nedene dair bir bilgi vermemişlerdir. Dosya içeriğine göre, davacı işçinin sendika üyeliği 3.3.2007 tarihinde işverene bildirilmiş ve iş sözleşmesi 1 gün sonra hizmet alım sözleşmesinin iptali gerekçe gösterilerek feshedilmiştir. Bu arada sendika üyeliğinden çekilen işçiler çalışmaya devam etmiş, sendika üyeliğinin bildirilmesi üzerine iş sözleşmesi feshedilen işçilerin yerine daha fazla sayıda işçi alınmıştır. Mevcut delil durumuna göre davacı işçinin sendikal tazminata hak kazandığının kabulü gerekir.*”⁴⁴ Kararda dikkat çekilen husus şudur: işçinin sendikaya üyeliği işverene bildirildikten bir gün sonra işçinin iş sözleşmesine son verildiği görülmektedir. Sendikalı olup işten çıkarılan işçilerin yerine de daha fazla sayıda yeni işçi alınmıştır. Sendikadan ayrılan işçilerin işe çalıştırılmaya devam ettiği tespit edilmiştir. İşten çıkarılan işçilerle, çalıştırılmaya devam eden işçiler arasındaki tek farkın sendika üyeliği olduğu bu durumda, yapılan feshin sendikal nedene dayandığı aşikâr olduğundan, Yargıtay tarafından verilen karar isabetli olmuştur.

⁴¹ Yarg. 9HD, 08.07.2003, E. 2003/12442, K. 2003/13123 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024); Sur, (n.6) 64.

⁴² Sur, (n.6) 64.

⁴³ Sur, (n.6) 64-65.

⁴⁴ Yarg. 9HD, 01.02.2010, E. 2009/21120, K.2010/1962 (Çalışma ve Toplum Yargıtay Kararları Arşivi)



Uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir diğer durum da işyerinde toplu iş sözleşmesi yetki sürecinde sendika üyesi işçilerin işten çıkarılmasıdır. Bu konuda Yargıtay vermiş olduğu bir kararında aynen: “Somut olayda davalı işyerinde sendikal örgütlenmeye başlanması ve örgütlenme süreci, toplu iş sözleşmesi yetki süreci, sendika üyesi işçilerin işten çıkarılmaları ve sendika üyesi olmayan ya da üyelikten istifa eden işçilerin görev yerlerinin değiştirilerek çalışmaya devam etmeleri, 11 aylık süreç içinde işyerindeki Ş.-İş Sendikası üyesi işçilerin çalışan işçilere oranının %50’den %13’e kadar düşmesi birlikte değerlendirildiğinde olayların kronolojik gelişimine bakıldığında davacının iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği anlaşılmaktadır. Mahkeme kararı bu noktada isabetlidir.” ifadelerine yer vermiştir.⁴⁵

İşverenin sendikanın yetkisine itiraz ettiği bir dönemde de muvazaalı bir şekilde alt işveren ilişkisi kurarak yeni işçi alması, sendikaya üye işçileri sendikadan istifaya zorlaması ve istifa etmeyenleri işten çıkarması da feshin sendikal olduğunu gösterir.⁴⁶

Sendikal nedeni ortaya koyan unsurlar bu kadar belirgin olmadığı takdirde, mahkemeler salt tanık beyanlarına itibar etmemektedirler. Toplu iş sözleşmesi sürecindeyken işyerinin ekonomik nedenle kapatılması sonucunda işçilerin işten çıkarılması, tek başına sendikal neden olduğunu göstermez.⁴⁷

İşçi, iş sözleşmesinin sendikal nedenle sonlandırıldığını iddia ediyorsa, bunu ispat etmekle kendisi yükümlüdür. Uygulamada güvencenin işletilebilmesi için sendikal nedenin varlığının belirgin bir biçimde ortaya konulması aranmaktadır. Yargıtay salt tanık beyanlarını yetersiz görmekte ve işyerinde kaç işçinin çalıştırıldığının, kaçının sendikalı olduğunun, sendikalı işçilerin hangi tarihte sendikaya üye olduğunun, aynı dönemde yeni işçi alınıp alınmadığının, alınmışsa hangi iş için alındığının, işyerinde halen çalışan sendikalı işçi olup olmadığının araştırılması gerektiğini ve sendikal neden olgusunun kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya konulması gerektiğini belirtmektedir.⁴⁸

6. Kanun Yolu

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu’nun 8’inci maddesinde temyiz edilemeyecek kararlar düzenlenmiştir. Buna göre maddenin 1’inci fıkrasının (a) bendinde, “4857 sayılı Kanununun 20 nci maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davalarında verilen kararlar.” yer alırken; (c) bendinde de 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nda düzenlenen ve temyiz edilemeyecek olan ka-

⁴⁵ Yarg. 22HD, 11.06.2016, E. 2014/15027, K. 2014/16870 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024); Sur, (n.6) 65.

⁴⁶ Yar. 9HD, 16.04.2007, E. 2007/9474, K. 2007/10635 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası); Sur, (n.6).65.

⁴⁷ Sur, (n.6) 67.

⁴⁸ Sur, (n.6) 67.

rarlar tek tek sayılmıştır. Buna göre 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu bakımından temyiz edilemeyecek olan kararlar; 24'üncü maddesinin birinci ve beşinci fıkraları, 34'üncü maddesinin dördüncü fıkrası, 53'üncü maddesinin birinci fıkrası ve 71'inci maddesinin birinci fıkrası kapsamında açılan davalarda verilen kararlar olarak belirtilmiştir.

Öte yandan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 5'inci fıkrasında; “*Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun 20 ve 2'nci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir*” denilmektedir.

Söz konusu hükümler bir arada değerlendirildiğinde karışıklık ortaya çıkmaktadır. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğini iddia eden işçi, sendikal tazminat talepli işe iade davası açmaz sadece sendikal tazminat davası açarsa, söz konusu karar bakımından temyiz yolunun açık olduğu şüphesizdir.⁴⁹ Fakat sendikal tazminat talepli işe iade davaları, İş Kanunu'nun 20'nci maddesi uyarınca açılan fesih bildirimine itiraz davası olarak kabul edildiğinde, dava sonucunda verilen kararın istinaf aşamasında kesinleşeceği, temyiz edilemeyeceği anlamı çıkmaktadır. Diğer taraftan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda temyiz edilemeyecek olan kararların tahdidi olarak sayıldığı görülmektedir ve sendikal tazminatın düzenlendiği 25'inci maddeye yer verilmemiş olduğu dikkat çekicidir.

Bu konuda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 27. Hukuk Dairesi 24.05.2018 tarihinde vermiş olduğu kararında; sendikal sebeple iş sözleşmesinin feshi iddiasıyla açılan davada verdiği kararda temyiz yasa yolunun açık olduğunu belirtmiştir. Kararda aynen: “...*Dairemiz kararının 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun “Sendika Özgürlüğünün Güvencesi” başlıklı 25. maddesi kapsamında verilmiş bir karar olması yani “temyiz edilemeyen kararları” gösteren 7036 sayılı Kanunun 8/1-c kapsamında açılan bir davaya ilişkin olmayışı gözetildiğinde işbu karara karşı temyiz kanun yolunun açık olduğu da kararda ayrıca belirtilmiştir. Zira aksinin kabulü, anılan Kanunun 25/5. bent, son cümle kapsamında açılacak salt sendikal tazminat davasında verilecek istinaf kararı temyiz yoluna açık iken işe iade davasıyla birlikte aynı 25. madde kapsamında açılan sendikal tazminat davasındaki kararın temyiz yoluna açık olmadığı sonucunu doğuracaktır...*” ifadelerine yer verilerek, temyiz yolunun açık olması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁰

Diğer taraftan Yargıtay, bu durumda sendikal talepli işe iade davalarının da sonuç itibarıyla işe iade davası olduğunu ve dolayısıyla istinaf aşamasında kesinleşeceğini, temyiz edilemeyeceğini kabul etmektedir.⁵¹

⁴⁹ Ekmekçi, (n.14) 161.

⁵⁰ İstanbul BAM, 27HD, 24.05.2018, E. 2018/1476, K. 2018/834 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 14.02.2024); Ercüment Özkara ve Sema Deniz Özkan, “Sendikal Nedene Dayanan İş İade Davalarında Kanun Yolu” (2019) 41, Sicil İş Hukuku Dergisi 36, 49.

⁵¹ Yarg. 9HD, 04.09.2018, E. 2018/7335, K. 2018/15060 (Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası); Yar. 22HD, 15.01.2019, E.2018/16305, K.2019/945 (Kazancı Mevzuat Bilgi Bankası); Özkara ve



Öğretide bizim de katıldığımız bir görüşe göre, sendikal fesih iddiasını içeren bir işe iade davasının, İş Kanunu'nun 20'nci maddesinde düzenlenen klasik işe iade davasından daha geniş bir koruma alanı içerdiği, sendikal sebeple yapılan feshe karşı açılan işe iade davasında Anayasal bir hak olan bireysel ve kolektif sendika özgürlüğünün korunduğu belirtilerek, temyiz kanun yolunun kapalı olmaması gerektiği yönündedir. Hak arama özgürlüğü çerçevesinde kanun yoluna başvurma da, Anayasa'nın 36'ncı maddesi gereğince anayasal bir hak olup; İş Mahkemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmeyen bu durumun yorum yoluyla genişletilerek kısıtlanmaması gerekir. İş Mahkemeler Kanunu'nun 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (c) bendinde 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda düzenlenen ve temyiz edilemeyecek olan kararlar tek tek sayılmış ve 25'inci maddeye yer verilmemiş olması tesadüf değildir.⁵²

7. Zamaşımı

Sendikal tazminatın zamaşımı süresi, 2821 sayılı Kanun döneminde de, 6356 sayılı Kanun döneminde de on yıl olarak uygulanmıştır. Fakat bilindiği üzere, iş ilişkisinden kaynaklanan bazı alacaklara ilişkin zamaşımı süreleri, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na eklenen ek 3'üncü madde ile yeniden düzenlenmiştir. Mezkûr düzenlemeye göre, hangi kanuna tabi olduğuna bakılmaksızın, iş sözleşmesinden kaynaklanmak şartıyla, yıllık izin ücreti, kıdem tazminatı, iş sözleşmesinin bildirim şartına uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat, kötü niyet tazminatı ve iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat beş yıllık zamaşımı süresine tabidir.

Öğretide sendikal tazminatın tabi olduğu zamaşımı süresi bakımından farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, 7036 sayılı Kanun'un ek 3'üncü maddesinde beş yıllık zamaşımı süresi uygulanacak olan ücret ve tazminatlar tahdidi olarak sayılmış olup; burada sayılmayanlar bakımından Türk Borçlar Kanunu'nun 146'ncı maddesi uyarınca genel zamaşımı süresi olan on yıllık sürenin uygulanması gerektiği yönündedir.⁵³

Öğretide yer alan bir diğer görüş de, sendikal tazminata uygulanacak olan zamaşımı süresini İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenen "eşit davranma ilkesi"ne aykırı davranış neticesinde hükmedilecek tazminata uygulanan zamaşımı süresi ile ilişkilendirmektedir. Buna göre 7036 sayılı Kanun'un ek 3'üncü maddesinde iş sözleşmesinin eşit davranma ilkesine uyulmaksızın feshinden kaynaklanan tazminat beş yıllık zamaşımı süresine tabi tutularak, feshe özel bir düzenleme yapıldığı; iş ilişkisi sürerken yaşanan ayrımcılık hallerinde hükmedilebilecek olan tazminat bakımından genel zaman aşımı süresi olan on yılın uygulanmaya devam ettiği görülmektedir. Sendikal tazminat da esasen işverenin eşit dav-

Özkan, (n.49) 49-50; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 907;

⁵² Özkaraca ve Özkan, (n.49) 51-52.

⁵³ Ekmekçi (n.14) 146-147.

ranma borcunu ihlal eden ve sendikal ayrımcılık neticesinde ödenen bir tazminat miktarı olduğu kabul edildiğinde, iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi halinde talep edilebilecek olan sendikal tazminatın beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu; fesih dışında kalan sendikal ayrımcılık hallerinde istenebilecek olan sendikal tazminatın ise on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğu ileri sürülmektedir. Söz konusu görüşe göre, fesih ve fesih dışı haller bakımından farklı zamanaşımı sürelerinin getirilmesi bakımından, iş ilişkisinin devamı süresince işçinin dava açma konusunda çekinebileceğinden on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasının; iş ilişkisi sona eren işçinin bakımından ise işçinin bağımlılık ilişkisinden kurtulduğu ve beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanmasının tutarsızlık olmadığı savunulmaktadır.⁵⁴

Fesih dışındaki durumlarda sendikal tazminat için zamanaşımı süresinin on yıl olduğu hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Öğretideki görüş farklılığı, sendikal nedenle yapılan fesih durumunda ödenecek olan sendikal tazminata ilişkin zamanaşımı süresinin beş yıl mı, yoksa on yıl mı olacağı noktasındadır. Kanaatimce, on yıllık zamanaşımı süresinin kabulü, işçinin lehine bir yorum olacaktır. Diğer taraftan sendikal tazminat bakımından uygulanacak olan zamanaşımı süresinin fesih halinde ayrı, fesih dışındaki hallerde ayrı uygulanması uygulamada karışıklık yaratabileceği düşüncesindeyim.

III. BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNE AYKIRILIĞIN TESPİTİNE İLİŞKİN KARARLAR

A. Yargıtay Kararları

Bireysel sendika özgürlüğü ve bireysel sendika özgürlüğünün güvencesine ilişkin nispeten güncel Yargıtay Kararlarına yer verilerek, Yargıtay'ın konu hakkındaki yaklaşımı ortaya konulacaktır.

Dava konusu olan bir olayda, bir işçi işyerinde çalışmakta iken iş akdinin sendikal nedenle feshedildiğini belirterek fesih işleminin geçersizliğinin tespiti ile işe iadesine, boşa geçen süre ücreti ile sendikal tazminata karar verilmesini istemiştir. Bu kapsamda verilen kararda Yargıtay'ın belirlemiş olduğu “*işyerinde sendikal faaliyetlerin hangi tarihte başladığı, sendikaya üye olan işçi sayısı, varsa üyeliklerin hangi tarihte ve ne şekilde sonlandırıldığı, sendikadan istifa edip etmedikleri, işyerinde çalışmaya devam edip etmedikleri, iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilmiş ise fesihlerin hangi tarihlerde gerçekleştiği ve işverenin fesih gerekçesinin ne olduğu, üyelikten istifa edilmiş ise istifa edenlerin işyerinde çalışmaya devam edip etmedikleri, halen sendika üyesi olup işyerinde çalışan kişilerin bulunup bulunmadığı gibi*” ölçütlere yer verildiği görülmektedir.

“*Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu hallerde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye*

⁵⁴ Özkaraca, (n.25) 58; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 908.



oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki kurallarının işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususların araştırılmasına yönelik ölçütler belirlenmiştir.” Söz konusu kararın devamında işyerinde sendikal faaliyetlerin ne zaman başladığı, işyerindeki sendikaya üye olan işçilerin sayısı, sendika üyeliği son bulan işçilerin üyeliklerinin ne şekilde sonlandığı, işçilerin sendika üyeliğinin son bulmasının ardından işyerinde çalışmaya devam edip etmedikleri iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilmiş olanlar varsa feshin tarihi ve gerekçesi, sendika üyeliğinden istifa sonucunda ayrılanlar varsa bu işçilerin işyerinde çalışmaya devam edip etmedikleri, işyerinde halen sendikaya üye işçilerin çalışmaya devam edip etmedikleri hususlarının tespit edilerek feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığı hakkında karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.”⁵⁵

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda da aynı ölçütlere yer verildiği görülmektedir:

“Dairemizce, sendikal tazminat davalarında ispat yükünün işçide olduğu halde, işyerinde çalışan ve sendikaya üye olan işçilerin sayısı, hangi tarihlerde üye oldukları, üyelikten çekilen işçilerin olup olmadığı, işyerinde çalışmakta olan işçilerin bulunup bulunmadığı, aynı dönemde yetki prosedürünün işletilip işletilmediği, işyerinde önceki dönemlerde toplu iş sözleşmelerinin bağitlanıp bağitlanmadığı, yeni işçi alınıp alınmadığı ve alınmışsa yeni işçilerin sendikalı olup olmadığı gibi hususlarla, işverence ekonomik veya teknolojik nedenlere dayalı bir fesih yoluna gidilmesi durumunda teknik yönden bu durumun araştırılması gibi ölçütler belirlenmiştir.

Somut uyuşmazlıkta mahkemece dinlenen tanık beyanları, T.C. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma Genel Müdürlüğünün cevabı ve ekleri incelendiğinde davacının sendikal faaliyetlerde aktif olduğu iş akdinin feshi sonrası davalı işyerinde sendikaya üyeliklerinden toplu istifalar olduğu, bu durum ile davacının feshi arasında bağlantı bulunduğu ortadadır.

Kaldı ki iş akitleri aynı zamanda feshedilen diğer dört işçinin sendikal faaliyetlerde aktif olduğu anlaşılmış ve yerel mahkemece bu yönde verilen kararlar dairemizce onaylanmıştır. Bu durumda da sendikal nedenle fesih iddiası kanıtlanmaktadır. Feshin sendikal nedene dayandığı açıktır. Davanın kabulü gerekirken, davacının iş akdinin sağlık sorunları nedeniyle feshedildiği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi hatalıdır...”⁵⁶

⁵⁵ Yarg. 22 HD, 12.11.2018, E. 2018/14305, K. 2018/24227 16870 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024); Seracettin Göktaş ve Gökhan Yılmaz, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanun Şerhi (Seçkin Yayıncılık 2021) 544-546.

⁵⁶ Yarg. 9 HD, 02.11.2017, E. 2016/34608, K.2017/17263 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024); Göktaş ve Yılmaz, (n.54) 551-553.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir diğer karar da 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 24'üncü maddesinde yer alan işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi ile 25'inci madde düzenlenen sendika özgürlüğü güvencesinin bir arada uygulanamamasına ilişkindir. Söz konusu kararda aynen:

“Görüldüğü gibi “işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi”, temsilcisinin feshe karşı korunması 24. maddede, sendika özgürlüğünün güvencesi, sendika üyeliği veya sendikal faaliyet nedeni ile feshe karşı koruma ise 25. madde de ayrı ayrı ele alınmıştır.... Görüldüğü üzere 6356 Sayılı Kanun'un 24. maddesinde düzenlenen sendika temsilciliğinin güvencesine dayanılarak açılan işe iade davası ile, 6356 Sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenen sendika özgürlüğünün güvencesine dayanılarak açılan davanın uygulanma şartları ve sonuçları birbirinden farklıdır....Elbette davacı 24. madde yerine 25. madde hükümlerinin uygulanmasını isteyerek de dava açabilecektir. Ancak her iki hükmün amacı, uygulanma şartları ve sonuçları farklı olduğundan, dairemiz uygulamasına göre karma talepli açılmaz ve karma uygulanamaz. Bu bakımdan dava dilekçesinde hem 6356 Sayılı Kanun'un 24. maddesinin uygulanmasını hem de 6356 Sayılı Kanun'un 25. maddesi uyarınca tazminat talep eden davacıya öncelikle “sendika işyeri temsilciliğinin güvencesi”ni düzenleyen 24. maddenin mi uygulanmasını yoksa koşulları farklı 25. maddenin mi uygulanmasını istediği hususu açıklattırılmalı sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.”⁵⁷ denilmektedir. Bu kapsamda verilen kararda dava dilekçesinde 24'üncü maddenin uygulanması aynı zamanda da 25'inci maddede yer alan tazminatın ödenmesini talep eden davacıya öncelikle 24'üncü maddede düzenlenen sendika temsilciliğinin güvencesinin mi yoksa 25'inci maddede düzenlenen sendika özgürlüğü güvencesinin mi uygulanmasını istediğinin açıklanmasının gerektiği belirtilmektedir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda işyeri sendika temsilciliğinin güvencesi 24'üncü maddede düzenlenirken; sendika özgürlüğünün güvencesi 25'inci maddede düzenlenmektedir. 24'üncü maddede düzenlenen güvence, işyeri sendika temsilcisine özel bir düzenlemedir. Bu durumda işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesi, haklı bir neden olmadan ve nedeni yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtilmeden sonlandırıldığı takdirde, işyeri sendika temsilcisi isterse 24'üncü maddeye göre, isterse de 25'inci maddeye göre dava açabilmektedir. Bu konuda işyeri sendika temsilcisine seçimlik hak sağlanmaktadır. Dolayısıyla seçimin işyeri sendika temsilcisine bırakıldığı bir durumda her iki maddenin bir arada uygulanmaması kanaatimce isabetlidir.

⁵⁷ Yarg. 22HD, 22.10.2018, E. 2018/13823, K.2018/22787 (Lexpera Hukuk Veritabanı, Erişim Tarihi: 05.02.2024); Gökteş ve Yılmaz, (n.54) 546-549.

B. Anayasa Mahkemesi Kararı

Anayasa Mahkemesi'ne taşınan bir olay da, henüz sendika üyesi olmadan, sendikal nedenle iş akdinin feshine ilişkindir. Somut olayı kısaca özetlemek gerekir; Düzce ve Manisa'da faaliyet gösteren bir işyerinin Düzce yerleşkesinde toplu iş sözleşmesi yetkisi alan Türkiye Petrol Kimya Lastik İşçileri Sendikası'nın (Petrol-İş), Manisa'da bulunan işyerinde de örgütlenme çalışmalarına başlaması ve başvuru Anıl Pınar ve Ömer Bilgen'in de bu çalışmalarda aktif rol almasıyla başlayan süreç, "performans düşüklüğü" sebebiyle iş akdinin feshiyle sonuçlanmıştır. Başvurucular, sendikanın Düzce'de toplu iş sözleşmesi yetkisi almasının ardından oldukça fazla sayıda işçiyi işten çıkardığını ve mesai saatleri dışında katıldıkları sendika toplantılarından işverenin haberdar olması neticesinde de sendikal nedenlerle işlerine son verildiğini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi, feshin sendikal nedenle yapıldığı sonucuna ulaşsa da, söz konusu karar Yargıtay 22. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuştur. Yargıtay, mahkeme tarafından belirtilen feshin haklı nedene dayanmadığı sonucunu paylaşmış fakat başvuruların iş sözleşmelerinin sendikal faaliyet nedeniyle feshedildiğinin yeterli ve inandırıcı delillerle ispatlanmadığı görüşünü açıklamıştır. Bunun sonucunda Anıl Pınar ve Ömer Bilge'nin Anayasa Mahkemesi'ne başvurması neticesinde Anayasa Mahkemesi olayda Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Söz konusu kararda özellikle dikkat çeken husus, Anayasa Mahkemesi'nin sendikaya üyelik için yapılan ikna çalışmalarını da sendika özgürlüğü kapsamında değerlendirmesi olmuştur.⁵⁸ Bu durum mezkur kararda aynen şu şekilde ifade edilmiştir.

"Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, öncelikle çalışanların istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmalarını koruma altına almaktadır. Sendika kurma hakkı, çalışanların sendika üyeliği sebebiyle yaptırımı uğramamasını teminat altına almaktadır. Öte yandan bu teminat, sendikaya üye olma iradesinin oluşumu aşamasındaki faaliyetleri de kapsamaktadır. Bu açıdan sendikaya üye olma hakkı, üye olma sürecindeki aktivitelerin de güvence altına alınmasını gerektirmektedir. Diğer bir ifadeyle sendikaya üye olma güvencesi, henüz sendikaya üye olunmadığı hâlde sendika tarafından gerçekleştirilen "ikna" çalışmalarlarıyla ilgili faaliyetlere katılımı da içermekte ve bu faaliyetlere katılım nedeniyle yaptırım veya ayırmacılığa düşürülmemeyi dışlamaktadır. Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında «Çalışanlar[ın] ... sendikalar ve üst kuruluşlar[a]... serbestçe üye olma ... haklarına sahip" olduklarının belirtilmesinin anlamı da budur. Sendikaya üye olma hakkı bu hususta bir tercihte bulunabilme yetkisini içermektedir. Bu tercih, işçi sendikasının çalışanı bilgilendirme ve iknaya yönelik çalışmalarda bulunmasına bağlı olarak farklı yönlerde biçimlenebilmektedir. Bu itibarla sendikaya üye olma hakkı bu hususta bilgilendirilme ve ikna edilebilme serbestisini de kapsamaktadır."⁵⁹

⁵⁸ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 919; Sur, (n.6) 55.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, Başvuru No:2014/15627, K.T.05.10.2017, RG 15.10.2017/30241.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne konu olan bir olayda, bir işyerine ait üç farklı yerde bulunan fabrikalarda çalışan işçilerin Tek-Gıda İş Sendikası'na üye olması ile birlikte sendika 20.02.2004 tarihinde Bakanlığa başvurarak toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi talebinde bulunmuş ve yeterli çoğunluğa sahip olduğunun Bakanlıkça tespitinin ardından 26.05.2004 tarihinde yetki belgesini elde etmiştir. Fakat işveren sendikanın yetkisine itirazda bulunmuş ve iş mahkemesi tarafından kabul edilen dava, Yargıtay tarafından da onaylanmıştır. Öte yandan 2004 yılı başlarında, işyerinin söz konusu sendikaya üye olan işçileri işten çıkarmakla tehdit ettiği de bilinmektedir. İşten çıkarma tehdidi karşısında birtakım işçiler sendika üyeliklerinden istifa etmiş, kırk işçi ise sendika üyeliklerinden vazgeçmemiştir. Kısa süre içerisinde sendika üyeliğinden istifa etmeyen kırk işçi, ekonomik nedenler ya da mesleki yetersizlikler gibi bahanelerle işten çıkarılmıştır. İşten çıkarılan işçiler işe iade talebi ile açtıkları davalar sonucunda, mahkemeler yapılan fesihlerin sendikal fesih olduğu yönünde karar vererek, işçilerin işe iadesine ve işe iade edilmemeleri halinde ise bir yıllık ücretleri tutarında sendikal tazminatın ödenmesine hükmetmiştir. Yargıtay tarafından onanan kararlar doğrultusunda, işveren işçileri işe başlatmamayı ve bir yıllık ücretleri tutarında sendikal tazminatlarını ödemiştir. Buraya kadar her ne kadar hukuki süreç işletilmiş gibi görünse de, 2005 yılında başvuran sendikanın söz konusu işyerinde hiç üyesinin kalmadığı görülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tek Gıda İş Sendikası Türkiye kararında, işverenin işyerindeki sendikal örgütlenmeyi ortadan kaldırmayı amaçladığını belirterek, işe iade davalarının o dönemde kanunda öngörülen üç aylık süre yerine ortalama bir, bir buçuk yıllık süre içinde görülmesi ve bu süre sonucunda işçilerin işe başlatılmayarak asgari düzeyde belirlenen sendikal tazminat ödemesine karar verilmesini ihlal olarak nitelendirmiştir. Çünkü bir yıllık ücret tutarındaki sendikal tazminatın kanunda belirlenen asgari tutar olduğu ve işverenin ekonomik gücü, işçilerin ücretlerinin düşüklüğü, işverenin fesihlerle ulaşmak istediği amaç gibi hususlar dikkate alınmadan alt tutardan belirlenmesi ile işverene mahkemelerin öngördüğü düşük tazminatları ödemek ve işçiyi işe başlatmak konusunda bir seçim hakkı tanınması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁶⁰

Mahkeme süreçlerinin uzun sürmesi, işçilerin açtıkları işe iade davaları neticesinde dava lehlerine sonuçlansa dahi işe başlatılmamaları ve hükmedilen tazminat tutarlarının asgari seviyede kalması bir arada değerlendirildiğinde, sendikal tazminatın caydırıcı etkisinin kalmadığı ve işyerinde sendikasızlaşmaya neden olduğu görülmektedir.

Mevcut hukuki yaptırımların, aykırı davrananlar bakımından caydırıcı nitelikte olmaması hususunda devletin sorumluluğu mevcuttur. Nitekim yukarıda bahsedil-

⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Tek Gıda İş v. Türkiye, 04.04.2017, Başv. No: 35009/05; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, (n.4) 906; Astarlı, (n.37) 1239 vd.



len 05.10.2017 tarih ve 2014/15627 başvuru numaralı Anayasa Mahkemesi kararında, sendika hakkının devlete pozitif yükümlülükler yüklediği ve devletin bu yükümlülüğü gereği koruyucu ve düzeltici önlemler alması gerektiği belirtilmektedir. Devlet, işçilerin sendikaya üye olma, sendikal faaliyetlere katılma haklarını kullanmalarına engel olmaya çalışan, söz konusu haklarını kullanan işçilerine yaptırım uygulayan, ayrımcılık yapan üçüncü kişilere ve özellikle işverene karşı, bu tutum ve davranışları önleyici tedbir almakla yükümlüdür. Bu sebeple devletin alacağı tedbirlerin, caydırıcı nitelik taşıması gerekmektedir.⁶¹

Bu durum aynı zamanda taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11'inci madde, Avrupa Sosyal Şartı 5'inci madde, 87 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi 11'inci madde ve 98 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi 1'inci madde hükümlerinin de gereğidir. Bu doğrultuda öğretide getirilen öneri, sendikal tazminat tutarının belirlenmesinde alt sınırdan tazminat hükmedilmesi uygulamasından vazgeçilerek, işverenin hukuka aykırı davranışının ağırlığı, feshin nedeni ve fesihle ulaşmak istediği sonuç, feshin şekli, işverenin mali gücü, işçinin ücret seviyesi, kıdemi, pozisyonu, uğradığı kayıplar gibi kriterler belirlenerek tazminat tutarının buna göre belirlenmesi yönündedir.

SONUÇ

Bireysel sendika özgürlüğü, çalışanların istediği zaman, istediği sendikaya üye olup olmaması, istediği zaman üyelikten ayrılması, istediğinde üye olduğu sendikayı değiştirebilmesi ve üyesi olduğu sendikanın faaliyetlerine dilediğinde katılması olarak tanımlanabilir. Anayasanın 51'inci maddesinde, çalışanlar ve işverenlerin çalışma hayatında ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendika ve üst kuruluş kurma haklarına sahip oldukları düzenlendiği gibi; aynı şekilde söz konusu sendika ve üst kurul üyeliklerinden serbestçe çekilme haklarına sahip oldukları da düzenlenmiş olup; hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı eklenmiştir.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 6'ncı maddesinde fiil ehliyetine sahip olan ve fiilen çalışan gerçek veya tüzel kişilerin sendika kurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Aynı Kanunun 17'nci maddesinde ise sendikalara üyelik koşullarına yer verilmiştir. Buna göre on beş yaşını dolduran ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na göre işçi sayılanların işçi sendikalarına üye olabileceği belirtilmektedir. Burada dikkat çeken husus, "işçi" ifadesi ile yetinilmeyerek "bu kanuna göre işçi sayılanlar" ifadesinin tercih edilmesidir. Dolayısıyla İş Kanunu, Deniz-İş Kanunu, Basın-İş Kanunu ve Borçlar Kanunu'na göre çalışanlar ile birlikte belirtilen sözleşme türlerine göre çalışanlar da 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun kapsamındadır.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, Anıl Pınar ve Ömer Bilge Başvurusu, 05.10.2017, 2014/15627.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun iş güvencesi hükümlerinden önceki halinde, çalışma koşullarının belirlenmesi ve iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde sendikal bir ayrımcılık yapılması durumunda sendikal tazminat öngörülmüş fakat işe girişte yapılan sendikal ayrımcılık durumunda herhangi bir tazminat ödemesi öngörülmemiştir. Sendikal tazminat talebine uygulanacak olan zamanaşımı süresi olarak genel zamanaşımı süresi olan 10 yılın geçerli olduğu ve ispat yükünün iddia sahibi işçinin üzerinde olduğu düzenlenmiştir.

4773 sayılı Kanun ile getirilen iş güvencesi hükümlerinden sonra da sendikal tazminata hak kazandıran haller bakımından herhangi bir farklı düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda da yalnızca çalışma koşullarının belirlenmesi ve iş sözleşmesinin sona ermesi hallerinde sendikal tazminat öngörülmüş, işe alım aşamasında yapılan sendikal ayrımcılık bakımından yine sendikal tazminat düzenlenmemiştir.

Diğer taraftan iş güvencesi hükümlerine tabi olan ve İş Kanunu kapsamında çalışan işçilerin iş sözleşmesi, sendikal nedenle feshedildiğinde, işçilerin haklarını işe iade davası açarak aramaları ve feshin sendikal nedenlerle yapıldığı sonucuna varıldığı takdirde, işe başlatmama tazminatının, işçinin bir yıllık ücret tutarından az olarak belirlenemeyeceği düzenlenmiştir. Aynı maddede Deniz-İş Kanunu, Basın-İş Kanunu ve Borçlar Kanunu kapsamında çalışan işçiler ile tarımdan sayılan işlerde çalışanlar ve İş Kanunu'nun 18,19,20 ve 21'inci maddelerinin kapsamı dışında kalan işçilerin iş sözleşmelerinin sendikal nedenlerle feshedilmesi durumunda ise, işçilerin açacakları davada ispat yükü işverene yüklenilmiş ve feshin sendikal nedenle yapıldığı sonucuna ulaşıldığı durumda ödenecek olan tazminatın işçinin bir yıllık ücret tutarından az olamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre iş güvencesi kapsamındaki işçiler fesih tarihinden itibaren bir aylık süre içerisinde işe iade davası açmak ve fesih nedeninin sendikal bir nedene dayandığını ispat etmekle yükümlü tutulurken; iş güvencesi kapsamı dışında çalışanlar ispat yükü kendilerinde olmaksızın genel hükümlere göre on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde dava açabilmekteydiler.

Günümüzde yürürlükte olan 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında; ilk üç fıkrada belirtilen hususlara aykırılık söz konusu olduğunda; işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak kaydıyla tazminata hükmedileceği belirtilmektedir. Maddenin ilk üç fıkrasında yer alan haller ise; işe alım aşamasında sendikalı-sendikasız ayrımının yapılması (m.25/I); işverenin ücret, prim ikramiye ve parasal sosyal yardımlar dışında, çalışma şartları ve çalışmaya son verilmesi bakımından sendikalı-sendikasız ayrımı yapması (m.25/II) ve sendikalı olmaları sebebiyle ya da iş saatleri dışında ya da işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları ya da sendikal faaliyette bulunmaları dolayısıyla işverenin işçileri işten çıkarması ya da farklı muamelede bulunması (m.25/III) olarak sayılmaktadır.

Kanunun 25'inci maddesinin ilk üç fıkrasında sayılan hallerin varlığının tespiti halinde, işçiye bir yıllık ücreti tutarından az olmamak kaydıyla ödenen tazminata "sendikal tazminat" denilmektedir.



6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu döneminde, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu döneminden farklılık yaratan bir değişiklik, iş güvencesinden yararlanan işçiler bakımından sendikal tazminat talebi ile işe iade davası arasındaki zorunlu bağın koparılması olmuştur. İşçinin sendikal fesih nedeniyle işe iade davası açabileceğinin kabulü ile birlikte, işe iade davası açmaksızın salt sendikal tazminat davası açabilmesinin yolu açılmıştır. Kanun bu bakımdan işçiye seçimlik hak tanımaktadır.

Sendikal tazminat bakımından işverenin işçiyi işe başlatması ya da başlatmamasının önemi yoktur. İşçinin başvurusu üzerine işe başlatılmaması, boşa geçen süre alacağı bakımından önem arz etmektedir. Sendikal bir nedenle yapılan ve geçersiz olduğu kesinleşen bir fesih kararının ardından işçi işe başlamak üzere işverene başvurduğu takdirde işveren işçiyi işe başlatmaz ise, sendikal tazminat ile birlikte boşa geçen ücret alacağına hükmedilir. Öte yandan sendikal tazminata hükmedildiği takdirde ayrıca iş güvencesi tazminatına hükmedilmeyecektir.

İş güvencesi kapsamı dışında olan çalışanlar bakımından iş akdinin sendikal nedenle feshi sonucunda hükmedilecek olan sendikal tazminat hükümlerini, Anayasa Mahkemesi tarafından 22.10.2014 tarihinde verilen iptal kararı öncesi ve sonrası olarak ayırmak mümkündür.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararından önce, iş güvencesi kapsamı dışında kalan çalışanlar bakımından iş sözleşmelerinin sendikal nedenle feshi halinde, sendikal tazminata hükmedilemeyeceği düzenlenmişti. Bu durumda iş güvencesi kapsamı dışında kalanlar için, işe alım aşamasında sendikal ayrımcılık yapıldığında sendikal tazminata hükmedilebilirken; işten çıkarma aşamasında sendikal tazminat verilemeyeceği durumu ortaya çıkmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında bulunan "fesih dışında" ibaresi ile aynı maddenin 4'üncü fıkrasında yer alan "18" ibaresini Anayasa aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı sonucunda, iş güvencesine tabi olmayan çalışanlar da sendikal fesih halinde sendikal tazminat isteyebileceklerdir. Bununla birlikte "18" ibaresinin iptali sonucunda da, işçi sözleşmesinin sendikal nedenlerle feshedildiğini iddia ettiğinde, iş güvencesine tabi olmasa da işe iade davası açabilecektir. Söz konusu dava sonucunda mahkeme feshin sendikal nedenlerle yapıldığı sonucuna vardığı takdirde, sendikal tazminata hükmedecektir. Bununla birlikte işçinin boşa geçen süre alacağını alabilmesi için, işçinin usulüne uygun bir biçimde işveren başvurması aranmaktadır. Ayrıca sendikal tazminat ödenmesine karar verilen bir işçiye ayrıca iş güvencesi tazminatı ödenmeyecektir.

Kanun hükmünde, işçinin bir yıllık ücret tutarı, sendikal tazminatın alt sınırı olarak belirlenmiştir. Kanunda aksi belirtilmediğinden, söz konusu ücretin hesabında ise dikkate alınacak olan ücret, çıplak brüt ücrettir. Bu kapsamda ikramiye, prim ve diğer ekler hesaba dahil edilmemektedir.

Kanun ispat yükümlülüğü bakımından sendikal fesih ve sendikal ayrımcılık hallerini ayrı olarak ele almıştır. Buna göre 6'ncı fıkrada, sendikal fesih iddiası ile açılan bir davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverenin üzerindedir. İşçi de yapılan feshin işverenin iddia ettiği nedene değil; sendikal nedene dayandığını ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Maddenin 7'nci fıkrasında ise, fesih dışındaki sendikal ayrımcılık hallerindeki ispat yükümlülüğüne yer verilerek işçi, kendisine sendikal ayrımcılık yapıldığını iddia etmesi halinde, iddiasını ispat etmekle yükümlü tutulmuştur. Eğer işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyabilirse, bu durumda da işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olmaktadır.

Sendikal tazminat talepli işe iade davalarında ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar için temyiz kanun yolunun açık olup olmadığı hakkında Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte; bu konuda öğreti ve Yargıtay arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. Yargıtay sendikal tazminat talepli işe iade davalarına ilişkin kararların istinafta kesinleşeceği, temyiz kanun yolunun kapalı olduğunu savunurken; öğreti temyiz yolunun açık olması gerektiğini ileri sürmektedir. Salt sendikal tazminat talebi ile açılan dava neticesinde verilen kararlara karşı temyiz yolu açıkken, sendikal tazminat talebi de içeren işe iade davası neticesinde verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olmasının adil bir yaklaşım olmadığı düşüncesindeyim. Kaldı ki sendikal tazminat talepli olsun ya da olmasın, her türlü işe iade davaları bakımından temyiz yolunun açılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyim.

Öğretide sendikal tazminatın tabi olduğu zamanaşımı süresi bakımından farklı görüşler mevcuttur. Doktrinde yer alan bir görüşe göre bu durumda genel zaman aşımı süresi olan on yıllık sürenin uygulanması gerekirken; diğer görüş de iş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedilmesi halinde talep edilebilecek olan sendikal tazminatın beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu; fesih dışında kalan sendikal ayrımcılık hallerinde istenebilecek olan sendikal tazminatın ise on yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğunu ileri sürmektedir. Sendikal tazminat bakımından uygulanacak olan zamanaşımı süresinin fesih halinde ayrı, fesih dışındaki hallerde ayrı uygulanması uygulamada karışıklık yaratabileceği ve on yıllık zamanaşımı süresinin kabulünün, işçinin lehine olacağı düşüncesiyle, on yıllık zaman aşımı süresinin uygulanmasının isabetli olacağı kanaatindeyim.

KAYNAKLAR

- Akyiğit E, Toplu İş Hukuku, (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2021)
- Akyiğit E, Ercan Akyiğit, "Yeni Sistemde Sendika Üyeliği ve Güvencesi", (2013) 2 (37), Çalışma ve Toplum Dergisi, 41-90.
- Astarlı M, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sendika Hakkının Etkili Korunmasına İlişkin Tek Gıda İş Sendikası/Türkiye Kararı Ve Türk Hukuku Bakımından Çıkarımlar" (2019) 2 (61), Çalışma ve Toplum Dergisi, 1239-1258.



Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T, Özkaraca E, İş Hukuku Dersleri (Yenilenmiş 34. Bası, Beta Yayınları 2021).

Demir F, “Sendika Üyeliği ve Sendikal Faaliyete Katılma Güvencesinin Uygulama Kritiği”, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (Başbakanlık Basımevi 2010).

Duman, B, “Ceza Hukuku Boyutuyla Sendikal Hakların Kullanılmasının Engellenmesi” (2012) 25, Sicil İş Hukuku Dergisi, 256-273.

Ekmekçi, Ö, Toplu İş Hukuku Dersleri, (3. Bası, Onikilevha Yayıncılık 2021)

Esener, T, Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y, Sendika Hukuku, (Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık 2017)

Göktaş S, Yılmaz G, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanun Şerhi, (Seçkin Yayıncılık 2021)

Narmanlıoğlu Ü, “İş Güvencesi Hükümleri Kapsamına Giren İşçinin Sendikal Tazminat Talebi” (2005) 2 (5), Legal İHSGHD, 239-251.

Özkaraca E, “Güncel Gelişmeler Işığında Sendikal Güvenceler ve Uygulama Sorunları”, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş) ve Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi (AYBÜ) İşbirliği ile Gerçekleştirilen Türk Hukukunda Sendikal Haklar Sempozyumu, 14.01.2019, Ankara, 35-78.

Özkaraca E, “6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler” (2013) 3 (38), Çalışma ve Toplum Dergisi, 173-216.

Özkaraca E, Özkan S.D, “Sendikal Nedene Dayanan İşe İade Davalarında Kanun Yolu” (2019) 41, Sicil İş Hukuku Dergisi, 36-61.

Özveri, Murat, “Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması: Sendikal Tazminat ve Yargı Kararları” (2005) 2 (8), Legal İHSGHD, 1521-1544.

Sur M, İş Hukuku Toplu İlişkiler, (Güncelleştirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi 2020).

Şahlanan F, Toplu İş Hukuku, (1. Baskı, Onikilevha Yayıncılık 2020).

Şahlanan, Fevzi, “Sendika Üyeliğinin Güvencesi (Bireysel Sendika Özgürlüğünün Korunması)” (2013) 10 (37), Legal İHSGHD, 3-13.

Tuncay A. C, Savaş Kutsal B, Toplu İş Hukuku, (7. Bası, Beta Basım Yayım 2019).

Ulucan D, Nazlı S, “Sendikalar Kanunu Taslağının Değerlendirilmesi”, Sarper Süzek’e Armağan Cilt II, (Beta Yayıncılık 2011) 1665-1720.

YAPI DENETİM FİRMALARININ DEPREM NEDENİYLE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN UĞRADIĞI ZARARLARDAN SORUMLULUĞU

*Liability of Building Inspection Companies for Damages Incurred
by Third Parties due to Earthquake*

Özge BÖLÜKBAŞI*

Özet

Yapı denetimi, can ve mal güvenliğini temin etmek amacıyla, yapıların yürürlükteki yapı mevzuatına, mevcut standartlara ve teknik kurallara uygun olarak inşasının denetim yoluyla sağlanmasıdır. Denetimler, 29.06.2001 tarihinde kabul edilen 4708 sayılı “Yapı Denetimi Hakkında Kanun” gereği yapı denetim firmaları tarafından gerçekleştirilmektedir. 4708 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemeler sebebiyle, daha ziyade yapı denetim firmalarının yapı malikine ve idareye karşı sorumlulukları tartışılmaktadır. Zira, Kanun’un üçüncü maddesinde firmaların, yapı denetimi hizmet sözleşmesi ile borçlandıkları denetim faaliyetlerine aykırı davranışları halinde, yapı malikine ve idareye karşı verdikleri zararlardan hukuken sorumlu oldukları düzenlenmektedir. Oysa ki, yapıların sağlıklı ve güvenli inşası sadece yapı malikini değil, yapıdan zarar görme ihtimali olan herkesi ilgilendirmektedir. Özellikle firmaların özensiz ve eksik denetimi nedeniyle yapının depremde zarar görmesi, o yapı ile hukuki bağı bulunan kimseleri maddi ve manevi olarak etkilemektedir. Bu sebeple çalışmamızda, yapı denetim firmalarının, denetim faaliyetleri sebebiyle depremde hasar alan yapıların üçüncü kişilere verdiği zararlardan doğan hukuki sorumluluğunu araştırmak, bu sorumluluğa dikkat çekmek ve etki eden diğer halleri de göz önünde tutarak sorumluluğu her açıdan değerlendirmek amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Yapı Denetimi, Deprem, Zarar, Sözleşme Dışı Sorumluluk

Abstract

Building supervision is the supervision of the construction of buildings in accordance with the applicable building legislation, existing standards and technical rules in order to ensure the safety of life and property. Inspections are carried out by building inspection companies in accordance with the “Law No. 4708 on Building Inspection” adopted on 29.06.2001. Due to the provisions of Law No. 4708, the responsibilities of building inspection firms towards the building owner and the administration are discussed. This is because the third article of the Law stipulates that building inspection firms are legally liable for damages caused to the building owner and the administration due to their breach of the inspection activities they are obliged to perform under the building inspection service contract. However, the healthy and safe construction of buildings concerns not only the building owner, but also everyone who may be harmed by the building. In particular, the damage of the building in an earthquake due to sloppy and incomplete supervision of the companies affects the persons who have a legal connection with that building materially and morally. For this reason, our

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 10.12.2023

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Dr. Öğr. Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, obolukbasi@erzincan.edu.tr, Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6382-1437>.

study aims to investigate the legal liability of building inspection companies arising from the damages caused to third parties by structures damaged in earthquakes due to their inspection activities, to draw attention to this responsibility and to evaluate the responsibility in every aspect by taking into account other affecting circumstances.

Keywords: Building Inspection, Earthquake, Damage, Non-Contractual Liability

GİRİŞ

Deprem, ülkemizde ağır bedeller ödeyerek tecrübe ettiğimiz en acı gerçeklerden biridir. Nüfusumuzun yüzde doksan beşi deprem bölgelerinde yaşamakta, yüzde yetmiş üçü ise aktif faylar üzerinde yerleşim göstermektedir¹. Böyle bir tabloda, ülkede yaşayan herkesin şiddetli bir depremle karşılaşma olasılığı oldukça yüksektir. Nitekim, Erzincan, Gölcük, Düzce, Van, İzmir ve yakın zamanda gerçekleşen Maraş depremleri bunun en büyük ispatıdır. Şahit olduğumuz bu depremlere rağmen her defasında ağır kayıplar vermemiz, yapıların öngörülen kural-lara ve standartlara uygun inşa edilmediğine işaret etmektedir. Oysa ki, güvenli ve dayanıklı yapılarda barınmak her vatandaşın öncelikli haklarından birisidir. Bu bakımdan idarenin görevi, yapıların yasal düzenlemelere uygun inşa edilmesi ve objektif olarak denetlenmesini sağlamak için her türlü tedbiri almaktır. Bunun dışında toplumun eğitimi, bilinç ve ahlak seviyesi de azımsanamayacak kadar etkilidir. En az sayılanlar kadar önemli başka bir unsur ise, hukuki olarak sorumluların tespiti ve onlara gerekli yaptırımların uygulanması hususudur. Bu sayede bireyle-rin, kuruluşların ve hatta idarenin, geçmişte sebep olunan zararların sorumluluğu-nu yüklenmeleri ve bundan sonra aynı acıların yaşanmaması için ellerinden gelen gayreti göstermeleri sağlanmış olacaktır².

Depremlerde, zarara neden olanlar ve zarar gören kişiler arasındaki bağa göre sorumluluğun hukuki sebebi farklılık göstermektedir. Örneğin, deprem neticesinde zarar görenlere karşı yerel yönetimlerin, valiliklerin ve Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın (koşulları varsa) Anayasa'nın 125. maddesi sebebiyle ve İYUK gereğince tazmin sorumluluğu doğabilir. TBK'nın 69. maddesine göre yapıdaki bozukluk veya bakımındaki eksiklikten doğan zarar sebebiyle yapı ma-likinin kusursuz sorumluluğu söz konusu olabilir. Zarar görenin sorumlu kişilerle arasındaki hukuki bağa göre; kira sözleşmesine dayanarak kiraya verenin, satış sözleşmesine dayanarak satıcının, eser sözleşmesine dayanarak müteahhidin (yük-lenicinin), yapı denetimi hizmet sözleşmesine dayanarak denetim firmasının ayrı

¹ T.C: Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü'nün 2005 yılında hazırlamış olduğu "Türkiye İstatistik Yıllığı, Bina İnşaat İstatistikleri" isimli çalışmasında Türkiye'nin %92'sinin deprem tehditi altında ve nüfusun %95'inin ise deprem bölgelerinde yaşadığı belirtilmektedir. Bu çalışma için bkz. Tahir Ateş- Lale Karataş, "6 Şubat 2023 Depreminin Sonra Hasar Tespit Çalışmalarında İzlenen Sorunlar ve Çözümler", s. 144, (Researchgate, 05 Ekim 2023) <<https://www.researchgate.net/publication/369733406>>.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Günhan Gönül Koşar, "Haksız Fiil Hukukunun Amacı", (2020) 69 (3) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 1440.

ayrı sorumlulukları tartışılabilir³. Hangi durumda hangi sorumluluğun söz konusu olacağını tespiti geniş kapsamlı bir çalışmayı gerektirmektedir. Ayrıca, deprem kaynaklı yapı hasarında söz konusu olan bazı sorumluluk türleri ve özellikle yapı denetim firmalarının yapı malikine karşı sözleşme sorumluluğu birçok çalışmaya konu edilmiştir. Bu sebeple çalışmamızın odak noktası, yapı denetim firmalarının üçüncü kişilere karşı sözleşme dışı (haksız fiil) sorumluluğudur.

I. YAPI DENETİM FİRMALARININ DEPREM NETİCESİNDE ORTAYA ÇIKAN ZARARLARDAN DOLAYI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI SÖZLEŞME DIŞI (HAKSIZ FİİL) SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Yapı denetiminin temel amacı, halkın can ve mal güvenliğinin teminidir. Bunun için yapının imara, fenni usullere, sanat ve sağlık gibi alanlarda gerekli kurallara ve yapılarda öngörülen diğer standartlara uygun ve güvenli şekilde imar edilip edilmediği denetlenir. Böylece insan kaynaklı ya da doğal güçler sebebiyle meydana gelebilecek zararların hiç gerçekleşmemesi ya da asgari seviyede tutulması hedeflenmektedir. Günümüzdeki yapı denetim sisteminin temelleri 1999 Gölcük depremi sonrasında oluşturulmuştur⁴. 2001 yılında 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un kabulüyle birlikte sistem yasalaşmış ve bu tarihten sonra denetim için 19 pilot il seçilmiş ve yaklaşık dokuz yıl süren bu uygulama 2011 yılından itibaren Türkiye geneline yayılmıştır⁵. 2018 yılında ise, yapı denetiminin daha aktif çalışması hedeflenerek Kanun revize edilmiştir. Buna rağmen 2023 yılının Şubat ayında gerçekleşen iki büyük deprem neticesinde 700.000'i aşkın sayıda bina hasar almıştır. Böylesine büyük bir zararın ortaya çıkmasında akla gelen ilk sebep,

³ William D. Flatt ve Wesley R. Kliner, "When the Earth Moves and Buildings Tumble, Who Will Pay- Tort Liability and Defenses for Earthquake Damage within the New Madrid Fault Zone," (1991) 22(1) Memphis State University Law Review, 18; Veysel Başpınar ve Mehmet Altunkaya, "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi" (2008) 57(1) AÜHFD 96, 97.

⁴ Ahmet Nar, "Yapı Denetim Kuruluşlarının Depremde Meydana Gelen Zararlardan Dolayı Yapı Sahibine Karşı Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu" (2023) 27(1) EBYÜ-HFD, 78; Muzaffer Güleş, 4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunun Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri, (KTO Karatay Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, İnşaat Mühendisliği Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı, Yüksek lisans tezi, Konya 2019) 42; Elif Yavuz, "Yapı Denetim Sözleşmeleri" (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2015) 3-28.

⁵ Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı, 2023 Kahramanmaraş ve Hatay Depremleri Raporu, 22 (Sbb, 10 Ekim 2023) <<https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2023/03/2023-Kahramanmaraş-ve-Hatay-Depremleri-Raporu.pdf>>. Gökhan Özkan, Türkiye'de Yapı Denetim Sistemi ile İlgili Yaklaşımlar, (Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Mimarlık Anabilim Dalı Yapı Programı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005) 23, 24; Taner Savaş ve M. Barış Mandev, *Yapı Denetim Hukuku* (Legal Yayıncılık, 2018) 4. Pilot iller, Adana, Antalya, Aydın, Balıkesir, Bolu, Bursa, Çanakkale, Denizli, Düzce, Eskişehir, Gaziantep, Hatay, İstanbul, İzmir, Kocaeli, Sakarya, Tekirdağ ve Yalova olarak belirlenmiştir. Bkz. Güleş, (2019), s. 11,12.



yapıların depreme uygun inşa edilmediğidir. Bir yapının depreme dayanıksız olarak inşasından birçok kişi sorumludur. Bunlardan biri de yapı denetim firmalarıdır.

Hukukta sorumluluk, geniş anlamda, kişilerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerine ya da aralarında sözleşme ilişkisi bulunmaksızın hukuka aykırı olan davranışları sonucunda verdikleri zarara bizzat katlanmalarıdır (casum sentit dominus)⁶. Sorumluluk, sözleşmeden, kusurdan ya da bir kanun hükmünden kaynaklanabilir⁷. Sözleşme sorumluluğu, ancak akit tarafların aralarında kurulan sözleşme bağı ile mümkündür⁸. Yapı denetim firmalarının sözleşme sorumluluğu, yapı maliki ile aralarında akdettikleri yapı denetimi hizmet sözleşmesinden doğar⁹. Yapı denetimi hizmet sözleşmesi, 4708 sayılı Kanun'un beşinci maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre bu sözleşmede; “*taahhüt edilen hizmetin konusu, yeri, inşaat alanı, süresi, varsa yapı sahibi ile yapı müteahhidi arasında akdedilen sözleşmede yer alan yapının fiziki özellikleri, yapı denetimi hizmet bedeli, yapı denetiminde görev alacak teknik personel listesi ve diğer yükümlülükler*” yer almaktadır. Firmaların sözleşmeden doğan yükümlülükleri, aynı Kanun'un üçüncü maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmektedir. Söz konusu hükümden firmaların, yapı malikine karşı, yapının planlara, imar kurallarına ve standartlarına uygun inşasını denetlemek üzere görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu sözleşme, yapı daha proje aşamasında iken akdedilmekte ve firmanın denetimleri yapının inşası tamamlanana kadar devam etmektedir. Bu bilgiler ışığında, yapı denetimi hizmet sözleşmesinin; yapı denetim firmaları tarafından bir bedel mukabilinde yapı malikine karşı, önlem alma, denetleme ve uyarma

⁶ Andreas Furrer, Markus Muller-Chen ve Bilgehan Çetiner, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (On İki Levha Yayıncılık, 2021) 304; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (24 th, Yetkin Yayınevi 2019) 86; Mustafa Ünlütepe, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık 2021) 23; Murat Doğan, Gökhan Şahan, ve İsmail Atamulu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Seçkin Yayıncılık, 2021) 77; Oğuz Habip, “Sorumluluk Hukukunda Kusur” (2016) 28 (7) TAAD, 274; Brehm Roland, “Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen” 2021/5 Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 10; Hilal Ahmetoğlu, “Yapı Malikinin Kusursuz Sorumluluğu ve Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu” (Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2022) 3.

⁷ İhsan Erdoğan, “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru”, (1990) 3(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 110; Sinan Sami Akkurt, “Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğa Genel Bakış -II – Haksız Fiil Sorumluluğu” (2023) 1(2) SÜHFD, 399; Oğuz, (2016), s. 274; Brehm, (2021), s. 10; Eren, (2019), s. 86; Yavuz, (2015), s. 197; Ahmetoğlu, (2022), s. 7-9; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 304; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 77; Ünlütepe (2021), s. 24.

⁸ Sinan Sami Akkurt, “Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğa Genel Bakış – I - Sözleşme Sorumluluğu” (2023) 31(1) SÜHFD, 234; Eren, (2019), s. 552; Ahmetoğlu, (2022), s. 10; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 78; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 307.

⁹ Akkurt, (2023), Sözleşme Sorumluluğu (n.8), s. 232; Nar, (2023), s. 80; Başpınar-Altunkaya, (2008), s. 98.

yükümlerini içeren, karşılıklı ve sürekli edimli bir sözleşme olduğu söylenebilir¹⁰. Bundan sonra yapı denetim firması, sözleşmede yer alan yükümleri hiç ya da gereği şekilde yerine getirmedeği takdirde yapı malikinin uğrayacağı zararlardan hukuken sorumlu olmaktadır¹¹(4708 sayılı Kanun m. 3/2). Kanun'a göre sorumlular, "firma yöneticileri, ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi" görevlerinde bulunan kimselerdir¹² (4708 sayılı Kanun m. 3/4). Söz konusu sorumluluk, sözleşmeden doğan kusur sorumluluğudur. Nitekim 4708 sayılı Kanun'un 3. maddesinde "kusurları oranında sorumludurlar" ifadesi ile de kusur sorumluluğu ilkesinin benimsendiği anlaşılmaktadır¹³. Kanun'da yapı denetim firmalarının yapı malikine karşı kusurları oranında sorumlu oldukları düzenlenmiş, ancak, bu sorumluluktan doğan bir tazminat yükümlülüğünden bahsedilmemiştir. Şu halde, zarar gören yapı malikinin, TBK'nın genel hükümlerine başvurarak, 112 vd. yer alan hükümler çerçevesinde firmalardan maddi ve manevi tazminat talep etme hakkının saklı olduğu söylenebilir¹⁴.

Depremde hasar alan yapıda zarar gören kimseler; yapı malikinin aile üyeleri, binada ikamet eden kiracılar veya o esnada evde misafir olarak bulunan kişiler ise, firmalar (üçüncü kişi olarak ifade edilen) bu kimselere karşı da hukuken sorumlu olabilirler. Bu defa yapı denetim firmalarının sebep olduğu zarar, denetim faaliyetlerinin borca aykırı olarak değil, hukuka aykırı olarak gerçekleşmesinden kaynaklanacaktır. Zira denetim firmaları ile bu kimseler arasında bir sözleşme bağı bulunmamaktadır. Bu nedenle yapı denetim firmalarının üçüncü kişilerin deprem sebebiyle uğradıkları zararlardan sorumluluğu, sözleşme dışı yani haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmelidir. Denetim firmalarının haksız fiil sorumluluğu 4708 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. Bu sebeple, TBK'nın 49 vd. yer alan haksız fiile ilişkin hükümleri, yapı denetim firmalarının üçüncü kişilere verdiği zararlar bakımından da uygulanmalıdır¹⁵.

B. Yapı Denetim Firmalarının Sözleşme dışı (Haksız Fiil) Sorumluluğunun Koşulları

1. Yapı Denetim Firmalarının Önlem Alma, Denetleme ve Uyarma Yükümlerini Yerine Getirmemesi

Haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için, TBK'nın 49. maddesinde yer alan koşulların ilki, fiilin hukuka aykırı olarak gerçekleşmiş olmasıdır. Fiil sözcü-

¹⁰ İlker Zeyrek, "İdare Hukuku Açısından Yapı Denetimi" (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2019) 199; Nar, (2023), 85; Yavuz, (2015), s. 75-87. Sözleşmenin hukuki niteliği için bkz. Savaş- Mandev (2018), s. 11-14.

¹¹ Nar, (2023), s. 87; Savaş- Mandev (2018), s. 129.

¹² Akkurt, (2023), Sözleşme Sorumluluğu (n.8), s. 232; Savaş- Mandev (2018), s. 55 vd.

¹³ Nar, (2023), s. 103; Savaş- Mandev (2018), s. 130.

¹⁴ Akkurt, (2023), Sözleşme Sorumluluğu (n.8), s. 235; Nar, (2023), s. 91.

¹⁵ Zeyrek, (2019), s. 189; Ahmetoğlu, (2022), s. 10-12; Savaş- Mandev (2018), s. 89.

ğü, Türk Dil Kurumu'na göre "eylem" olarak ifade edilmektedir. Doktrinde fiil, insan davranışı biçiminde tanımlanır¹⁶. Sorumluluk hukuku bakımından ise, üç farklı davranış şekli ile açıklanmaktadır: kusurlu ve kusursuz fiil, menfi ve müspet fiil, hukuka aykırı ve hukuka uygun fiil¹⁷.

Hukuka aykırı fiil, TBK'da tanımlanan bir kavram değildir. Genel olarak, başka bir kimsenin hukuk tarafından korunan şahıs ve mal varlığı değerlerine zarar veren her türlü eylem, hukuka aykırı olarak kabul edilebilir¹⁸. Hukuka aykırılık, BGB'de de tanımlanmamakla birlikte, Kanun'un 823. ve 826. maddelerinde hukuka aykırılığı oluşturan üç hal düzenlenmektedir: "bir başkasının canını, bedenini, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya diğer haklarının (yani mutlak bir hakkın) hukuka aykırı olarak ihlali"; "Koruyucu bir kanun hükmünün ihlali" ve son olarak "ahlaka aykırı bir şekilde kasten başkasına zarar verme" hali. TBK'nın 49. maddesinde "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar verme" halinden bahsedilmekte ancak BGB'de yer aldığı şekilde hangi hallerin hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmemektedir. Yalnızca 49. maddenin 2. fıkrasında "bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verme" halinin de haksız fiil teşkil edeceği açıkça belirtilmektedir.

Hukuka aykırı fiil ilk bakışta ika edilen bir hareketle gerçekleşmekte gibi gelse de hareketsiz kalma neticesinde yani menfi bir davranışla da gerçekleşmesi mümkündür¹⁹. Menfi bir davranışla işlenen haksız fiil, insan davranışının olumsuz bir şekilde gerçekleşmesidir²⁰. Hukuken bu fiil, gerçekleştirilseydi zararlı sonucun

¹⁶ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (22th, Turhan Kitabevi 2018) 370; Gökçe Kurtulan, "Haksız Fiille Hukuka Aykırılık Unsuru" (2017) 23(1) MUHF-HAD, 488; Eren, (2019), s. 582; Oğuz, (2016), s. 275; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 178; Ünlütepe (2021), s. 139.

¹⁷ Eren, (2019), s. 582, 583.

¹⁸ Hukuka aykırılığın tanımı ve tespiti bakımından iki farklı kuram kabul edilmektedir: Subjektif ve Objektif Norm Kuramları (teorileri). Subjektif norm kuramına göre hukuka aykırılık tespit edilirken, hukuken tanınmayan bir yetkinin fail tarafından kullanılıp kullanılmadığı ya da hukuken sınırlanan bir yetkinin fail tarafından aşılmış aşılmadığı dikkate alınmaktadır. Hukuken tanınmayan bir davranış ya da hukukun verdiği yetkiyi aşan bir davranış sonucu bir zarar oluşmuşsa fiil, hukuka aykırı kabul edilmektedir. Burada önemli olan, failin başka kimselere verdiği zararın bir hakka dayanmamasıdır. Objektif norm kuramına göre ise, zarar verme olgusundan ziyade, kişilerin şahıs ve mal varlığı haklarını koruyan emredici hukuk kurallarına aykırı davranış esas alınmaktadır. Başka bir ifadeyle hukuka aykırı fiil, zararlı sonucun doğumuna engel olan kuralın ihlali neticesinde oluşmaktadır. İki kuram arasında çok fark olmadığı ileri sürülmekle beraber, Türk hukuku bakımından, hukuka aykırılık tanımlanırken, objektif norm kuramının esas alındığı söylenebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, (2019), s. 584, 585; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 342, 343; Kılıçoğlu (2018), s. 373; Erdoğan, (1990), s. 110, 111; Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 402; Kurtulan, (2017), s. 468 vd.; Ünlütepe (2021), s. 140.

¹⁹ Kılıçoğlu (2018), s. 371; Erdoğan, (1990), s. 110, 111; Eren, (2019), s. 584, 585; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 322, 323; Kurtulan, (2017), s. 488; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 178, 179; Ünlütepe (2021), s. 139.

²⁰ Erdoğan, (1990), s. 111; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 323; Eren, (2019), s. 584; Kılıçoğlu (2018), s. 371; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 179; Ünlütepe (2021), s. 139.

meydana gelmesini önleyecek olan davranışın “yapılmaması” ya da “gerçekleştirilmemesi” anlamına gelmektedir. Müspet bir davranışla haksız fiilin işlenebilmesi ise, zararlı sonucun dış dünyada, örneğin tokat atma gibi aktif bir hareketle, yani bir “yapma” eylemi ile ika edilmesidir.

Yapı denetim firmalarının, sorumlu oldukları fiiller; 4708 sayılı Kanun m. 2/4 ve YDUY m. 5’te düzenlenen “*Önlem Alma, Denetleme ve Uyarma*” yükümlülüklerinin yerine getirilmesidir. Esasen bu yükümler, firmaların yapı malikine karşı sözleşmeden doğan asli yükümlülükleridir²¹. Ancak, firmalar söz konusu yükümler bakımından yalnızca yapı malikine karşı değil, Kanun gereği idareye (4708 sayılı Kanun m. 2/4) ve hatta üçüncü kişilere karşı da sorumludur. Zira Kanun’un daha birinci maddesinde denetimlerin, kişilerin can ve mal güvenliğini teminen gerçekleştirildiği vurgulanmaktadır. Nitekim meydana gelen depremlerde güvenli şekilde inşa edilmemeleri sebebiyle hasar alan yapılardan, her ne sıfatla olursa olsun, o esnada yapıda bulunan herkesin etkilendiği görülmektedir. O halde yapı denetim firmalarının can ve mal güvenliğini temin maksadıyla zarar gören üçüncü kişilere karşı da “*Önlem Alma, Denetleme ve Uyarma Yükümleri*”nin bulunduğu söylenebilir. Bu yükümlerin tamamı firmaların denetim faaliyetleri kapsamında gerçekleşmektedir. Yapı denetim firmalarının hukuka aykırı fiilleri, zararlı sonucu engelleyecek denetim faaliyetlerini gereği şekilde yerine getirmemeleri, başka bir deyişle, denetim firmalarının kasten ya da ihmalen gerçekleştirdikleri hukuka aykırı ve menfi fiilleri ile zarara sebebiyet vermeleri halinde gerçekleşmektedir²².

Hukuka aykırılık unsurunun oluşabilmesi bakımından ihlâl edilen kuralın yazılı olmasının ya da olmamasının bir önemi yoktur. Fiil, yürürlükteki mevzuat hükümlerine, hukukun genel ilkelerine, örf ve adet hukukuna, hatta genel davranış kurallarına aykırı olabilir. Önemli olan fiilin bir başkasının hak ve menfaatlerini ihlal edecek nitelikte gerçekleşmesidir²³. O halde yapı denetim firmaları, denetim faaliyetlerini gerçekleştirirken başta 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’a, bu Kanun’un uygulanmasına yönelik Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği’ne, 3194 sayılı İmar Kanunu’na²⁴ ve Planlı İmar Alanları Yönetmeliği’ne²⁵ uygun davranmalıdır²⁶. Ayrıca denetim faaliyetleri, yazılı olsun ya da olmasın, bir yapının inşasında uyulması gereken fen, sanat ve sağlığa ilişkin tüm kurallar, ilgili bakanlıklarca düzenlenen ya da TSE tarafından yayımlanan ulusal ve mesleki olarak benimsenen uluslararası tüm standartlar göz önünde bulundurularak gerçekleş-

²¹ Nar, (2023), s. 89.

²² Thomas Siegenthaler, “Die Haftung für mangelnde Erdbebensicherheit: Der Bauunternehmer und der Eigentümer” (2008) D 0227 (55) SIA-Dokumentation, 2; Zeyrek, (2019), s. 191; Yavuz, (2015), s. 200; Savaş- Mandev (2018), s. 89.

²³ Kurtulan, (2017), s. 471; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 181.

²⁴ RG 03.05.1985/18749.

²⁵ RG 03.07.2017/30113.

²⁶ Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 403; Savaş- Mandev (2018), s. 89.

tırilmelidir. Özellikle teknik ve sektöre özgü standartlar, yapıların güvenli inşası bakımından önemli bir ölçüttür. Sadece inşası değil, binaya sonradan eklenen yapıların, bakım ve tadilatların da belirlenen inşaat standartlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir²⁷. Sorumluluk hukuku bakımından da hakim karar verirken, hukuka uygun davranış ve özen yükümlülüğünün ihlali halinde oluşan hasarların tespiti için teknik standartlar belirleyicidir²⁸.

Yapı denetim firmalarının, denetim faaliyetlerinin ne şekilde gerçekleşeceği 4708 sayılı Kanun'un ikinci maddesinin dördüncü fıkrasında ve üçüncü maddesinin ikinci fıkrasında ayrıntılı bir şekilde belirtilmektedir. Söz konusu hükümlere göre firmaların görevi henüz yapı inşa edilmeden önce başlamakta, inşaatın her aşamasında devam etmektedir. Şöyle ki firmalar; *“yapının üzerinde bulunacağı arsa veya arazinin zemin raporları ile tüm projelerini kanuna göre incelemek, yapının ruhsat ve ekleri ile bu belgelere uygun olarak inşa edilip edilmediğini denetlemek, imalatta kullanılacak malzemelerin teknik şartname ve ulusal/ uluslararası tüm standartlara uygunluğunu test etmek, yapının fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun, eksiksiz, hatasız ve kusursuz yapılmasını temin etmek ve yapı malikini bu hususta uyarmakla”* yükümlüdürler. Kanundan doğan ve mesleğinin gerektirdiği tüm yükümlülüklerle aykırı gerçekleşen davranışlar, yapı denetim firmalarının haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi bakımından *“hukuka aykırılık”* unsurunu oluşturmaktadır.

2. Yapı Denetim Firmalarının Önlem Alma, Denetleme ve Uyarma Yükümlerini Kusurlu (Kasten ya da İhmalî) Olarak İhlal Etmesi

Kusur, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından birisidir. Zarar vereenin kusuru bulunmadığı hallerde, kural olarak hukuken sorumlu tutulması da söz konusu değildir. O halde, haksız fiil sorumluluğu için zararlı sonucun kusurlu bir davranış neticesinde meydana gelmesi şarttır²⁹. TBK'nın 49. maddesinin 1. fıkrasından *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”* hükmü ile kusurun zorunlu şart olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kusur ifadesinin ne anlama geldiği hükümde tanımlanmamıştır. Kusur, genellikle hukuk düzeninin reddettiği, mazur görmediği davranış şekli olarak tanımlanabilir³⁰. Zararlı sonucun doğması için fiilin hukuka aykırılığa yönelmesi ya da sonu-

²⁷ Barbara Klett, “Unsichere Bauten – wann müssen sie saniert werden?” (2023) Schweizerische Baurechtstagung, 211; Siegenthaler, (2008), s. 4; Savaş- Mandev (2018), s. 91.

²⁸ Klett, (2023), s. 210.

²⁹ Alper Uyumaz, “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri”(2023) XIII(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 507; Furrer-Muller-Chen-Çetiner (2021), s. 364; Eren, (2019), s. 641; Kılıçoğlu (2018), s. 413; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 195; Ünlütepe (2021), s. 153.

³⁰ Furrer-Muller-Chen-Çetiner (2021), s. 364; Kılıçoğlu (2018), s. 413; Eren, (2019), s. 641; Uyumaz, (2023), s. 507; Erdoğan, (1990), s. 117; Oğuz, (2016), s. 276; Savaş- Mandev (2018), s. 98; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 196; Ünlütepe (2021), s. 153.

çun doğmasını engellemek amacıyla yapılması gereken davranışların tamamen veya olması gerektiği şekilde yerine getirilmemesi, pasif kalma gibi hallerde irade kusurlu sayılmaktadır³¹. Başka bir ifadeyle kusur, failin kendi iradesiyle hukuka aykırı olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği bir fiili zararlı sonucun doğması ihtimaline rağmen gerçekleştirilmesi ya da zararlı sonucun doğmasını engelleyebileceği halde pasif kalması halidir. Kusurun varlığı bakımından, zarar verenin hukuka aykırı fiilindeki iradesi esas alınmaktadır. Zira her hukuka aykırı fiilin kusurlu olarak gerçekleşmesi söz konusu değildir. Örneğin, ayırt etme gücü bulunmayan kimselerin verdikleri zararlarda, söz konusu fiillerinin hukuka aykırı kabul edilmesine rağmen, iradelerinde kusur bulunmamaktadır³². Yine de TBK'nın 65. maddesine göre tazminat sorumlulukları kabul edilmektedir; ancak bu defa sorumluluk, hakkaniyet gereği bir kusursuz sorumluluk hali biçiminde düzenlenmiştir.

Sorumluluğun doğmasında, sınırlanmasında ve tazminatın belirlenmesinde kusurun rolü önemlidir. Nitekim sorumluluk, kusurlu ve hukuka aykırı eylem sebebiyle oluşan zararlarda söz konusudur. Ayrıca TBK'nın 51. maddesine göre tazminatın kapsamı ve ödeme biçimi de kusurun ağırlığına göre değerlendirilmektedir.

Yapı denetim firmalarının kusuru; önlem alma, denetleme ve uyarma yükümlerinden birinin hiç ya da gereği şekilde yerine getirilmemesi, yani denetimlerin özensiz, kötü ya da hatalı ve eksik bir şekilde yerine getirilmesi gibi fiillerle gerçekleşebilir³³. Örneğin; kolonların olması gereken kalınlıktan daha ince yapılması, kullanılan beton karışımının teknik şartnamede gösterildiği gibi ya da daha da önemlisi mevzuata uygun olacak kalitede depreme dayanıklı olmaması, binanın kolon ve kirişlerinin statığe uygun yerlerde bulunmaması gibi durumlar derhal müdahale edilmediği takdirde, meydana gelebilecek ilk depremde (belki de daha da öncesinde), yapının ve yapıda bulunanların zarara uğramasına sebebiyet verebilir. Böyle bir durumda yapı denetim firmasının kusuru söz konusudur. Bütün denetimler gerektiği şekilde yapılsaydı dahi yapının söz konusu depreme yine de dayanamayacağını ileri sürmek yapı denetim firmalarının kusurunu ortadan kaldırmayacaktır. Zira, fay hattının geçtiği güzergahta bulunan yapılarda birbirinden farklı derecelerde hasarın oluşması, tek neden bu olmamakla birlikte, çoğunlukla yapının hukuka aykırı olarak inşa edildiğine işaret etmektedir. Denetim firmalarının temel görevi, yapıların hukuka aykırı olarak inşa edilmesini engellemektir. O halde denetimleri yerinde ve zamanında gerçekleştirmeyen, bu konuda özensiz davranan ya da denetimleri ihmal eden, hatta yapı malikiyle anlaşarak denetimleri kağıt üzerinde yapılmış gibi gösteren, durumu ihbar etmeyerek örtbas eden, görevini savsaklayan firmaların davranışları kusurlu kabul edilmelidir. Zira yapıdaki

³¹ Furrer-Muller-Chen-Çetiner (2021), s. 365; Eren, (2019), s. 645; Kılıçoğlu (2018), s. 413; Uyumaz, (2023), s. 525; Erdoğan, (1990), s. 117.

³² Furrer-Muller-Chen-Çetiner (2021), s. 365; Eren, (2019), s. 645; Erdoğan, (1990), s. 118; Kılıçoğlu (2018), s. 414; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 197; Ünlütepe (2021), s. 154.

³³ Nar, (2023), s. 93; Zeyrek, (2019), s. 191; Yavuz, (2015), s. 204.



denetimlerde mevzuata aykırılığı fark eden bir firmanın bu durumu idareye bildirmesi, bu konuda gerekli önlemleri alması beklenmektedir³⁴. Böyle davranan bir denetim firmasının kusurundan da bahsedilemez. Nitekim Yargıtay bir kararında, denetim firmasının imara aykırı bulduğu hususları yetkili belediyeye bildirerek işlem yapılmasını sağladığı için sorumluluğunun bulunmadığını ifade etmiştir³⁵. İsviçre’de bir görüş, uyarma ya da bilgilendirme yükümlülüğünün sadece sözleşme sorumluluğunu ortadan kaldıracığını; bildirimle rağmen kiracı ya da sonraki malikler gibi üçüncü kişilere karşı sözleşme dışı sorumluluğun ve cezai sorumluluğun devam edeceğini ileri sürmektedir³⁶. Bizce de yapı denetim firmalarının salt bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeleri sorumluluktan kurtulmaları için yeterli olmamalıdır. Sorumluluktan kurtulmak için firma yetkililerinin, bildirimle rağmen inşası durdurulmayan ya da eksiklikleri ve hataları giderilmeyen söz konusu yapının denetim faaliyetlerinden tamamen el çekmesi de gerekir. Böyle bir yapının inşasına iştirak etmeye devam eden yapı denetim firmasının kastının ya da ihmalinin varlığından söz etmek mümkündür.

Hemen belirtmek gerekir ki, yapı denetim firmalarının sorumlu olabilmesi için özen gösterme, denetleme ve uyarma yükümlerini “*kasten ya da ihmalen*” yerine getirmemiş olmaları gerekir. Kasıt, hukuka aykırı fiilin zarar veren tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi, zararlı sonucun kabul edilmesi ya da iradenin hukuka aykırı sonuca yönelmesi gibi anlamlara gelmektedir³⁷. İhmal ise, zarar verenin öngörebildiği sonucu istememesine rağmen gerekli özeni göstermemesi ve önlem almayarak sonucu engellemek için yeterince çaba sarfetmemesi; tedbirsizlik, ihtiyatsızlık anlamlarına gelir³⁸. İhmalin varlığı değerlendirilirken, objektif kriterler ilke alınır. Somut olayda gösterilmesi gereken özen, ortalama zekada, makul bir kimse dikkate alınarak değerlendirilir³⁹. Bu bağlamda, zarar verenin mesleki ve teknik bilgi ve becerileri özellikle göz önünde tutulmalıdır. O halde yapı denetim firmalarının özen borcunun daha yüksek olduğu söylenebilir. Zira denetçilerin, mesleki mevzuatları bilen; fen, sanat, sağlık kuralları ve yapı standartlarına hakim kimseler olmaları gerekir. Bunları bilmeden yapılan denetim, deprem sebebiyle yapıda büyük hasarlara neden olabilir. Denetçilerin alanlarıyla ilgili teknik ve mesleki kuralları yeterince bilmemesi ve bu nedenle uygulayamaması

³⁴ Siegenthaler, (2008), s. 2; Nar, (2023), s. 94; Yavuz, (2015), s. 200.

³⁵ Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 10. CD, 1435/1705, 2.7.2020 (Lexpera).

³⁶ Siegenthaler, (2008), s. 2.

³⁷ William-Wesley, (1991), s. 18, 19; Eren, (2019), s. 647; Erdoğan, (1990), s. 125; Kılıçoğlu (2018), s. 415; Uyumaz, (2023), s. 508; Oğuz, (2016), s. 282; Yavuz, (2015), s. 205; Savaş- Mandev (2018), s. 99; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 198; Ünlütepe (2021), s. 154.

³⁸ William-Wesley, (1991), s. 18; Kılıçoğlu (2018), s. 415; Erdoğan, (1990), s. 126; Eren, (2019), s. 649; Uyumaz, (2023), s. 528; Oğuz, (2016), s. 282; Savaş- Mandev (2018), s. 99; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 198, 199; Ünlütepe (2021), s. 154.

³⁹ Uyumaz, (2023), s. 529; Oğuz, (2016), s. 282; Kılıçoğlu (2018), s. 416; Eren, (2019), s. 651; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 199; Ünlütepe (2021), s. 155.

ağır ihmallerini oluşturur. Aynı şekilde denetçinin bürodan ayrılmadan, müteahhede güvenerek uygunluk raporları hazırlaması, görevini savsaklaması ve yeterince özen göstermemesi halleri de ağır ihmaldir. Ağır ihmal, aynı şartlarda kabul edilen kimselerin alması gereken tedbirlerin alınmamasıdır. Denetçinin, diğer denetçiler gibi yalnızca inşaat alanına giderek yapacağı basit bir denetimle anlaşılabilir eksikliği, oraya gitmediği için fark etmemesi onun ağır ihmaline sebep olmalıdır. Üstün dikkat ve özene sahip kimselerin gösteremediği dikkat ya da alamadığı tedbirde ise, hafif ihmal söz konusudur⁴⁰. Örneğin, gereken tüm denetimler yapılmış ancak hiçbir eksiklik tespit edilememişse, dikkatli ve özenli başka bir denetçi dahi geldiğinde bu eksikliğin farkına varamayacaksa, bu durumda kusur hafif ihmalden kaynaklı olacaktır⁴¹. Ancak kusurun hafifliği, sorumluluğu ortadan kaldıran bir hal değildir. İhmalin ya da kusurun ağırlığı, yapının depremde aldığı zarara göre tespit edilebilir⁴². Son olarak, denetimlerin bilerek ve istenerek, hatta yapı malikiyle anlaşılıp, eksiklerin örtbas edilmesi maksadıyla, gereği şekilde yerine getirilmemesi ise kusurlu fiilin kasten meydana geldiğini göstermektedir.

Yapı denetim firmalarının üçüncü kişilere karşı tazminat sorumluluğu, haksız fiillerinde kusurlarıyla orantılı olarak belirlenmelidir. 4708 sayılı Kanun'un üçüncü maddesinde de firmaların kusurları oranında sorumlu oldukları açıkça zikredilmektedir (m. 3/2). Kusurun ağırlığı ve fiilin kasıtlı mı yoksa ihmalen mi gerçekleştirildiği, özellikle tazminatın belirlenebilmesi bakımından önem arz etmektedir. Şüphesiz kusur oranının tespiti çok kolay değildir. Ancak, tanıklar ve alanında hazırlanan bilirkişi raporları ile kusurun %25, %50 gibi oranlarla belirlenmesi mümkündür.

3. Deprem Sebebiyle Yıkılan ya da Hasar Alan Binadan Dolayı Üçüncü Kişilerin Zarara Uğraması

Zarar, hukuka aykırı fiilin tazminat borcu doğurabilmesi için gerçekleşmesi gereken en önemli unsurdur. Eylem, neticede zararlı bir sonuç doğurmazsa hukuken sorumluluk da doğmaz. Zarar kavramı TBK'nın 49. maddesinde zikredilmiş, ancak haksız fiilin diğer unsurlarında olduğu gibi onun da tanımı yapılmamıştır. Zarar, kişinin kendi arzusu olmaksızın, maddi olarak malvarlığında eksilmeye ya da manevi olarak haksızlığa, üzüntü verici bir olaya maruz bırakılması şeklinde tanımlanabilir⁴³. Kişinin maddi ya da manevi varlığına yapılan saldırı neticesinde

⁴⁰ Erdoğan, (1990), s. 128; Uyumaz, (2023), s. 532; Kılıçoğlu (2018), s. 416, 417; Eren, (2019), s. 653; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 199; Ünlütepe (2021), s. 155.

⁴¹ Halil Yılmaz, *Yapı Denetim Şirketlerinin Hukuki ya da Cezai Sorumluluğu* (Adalet Yayınevi, 2022) 86.

⁴² Bkz. Savaş- Mandev (2018), s. 99. Yazarlara göre, uygulamada yapı denetim firmalarının kusuru daha çok ihmali olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴³ Benzer tanımlar için bkz. Furrer-Muller-Chen-Çetiner (2021), s. 311; Kılıçoğlu (2018), s. 396; Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 405; Nar, (2023), s. 90; Zeyrek, (2019), s. 192; Eren, (2019), s. 588; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 201; Ünlütepe (2021), s. 156.

uğradığı zarar, her somut olaya göre değişkenlik göstermektedir. Örneğin, çalışmamıza konu olan deprem kaynaklı zararlar; daha çok yapının yıkılması, çatlaması, kolonların kırılması, sıvanın dökülmesi gibi nedenlerle değerinin tamamen yok olması ya da azalması veyahut hasar alan bina sebebiyle ölüm, yaralanma, konutta bulunan eşyaların zarara uğraması, ruh sağlığının bozulması gibi nedenlerle gerçekleşmektedir⁴⁴.

4708 sayılı Kanun'da zarar kavramı yerine “yapı hasarı” ifadesi tercih edilmiştir. Kanun'da tanımlanan hasar kavramının, zarar kavramına kıyasen daha dar ifade edildiği görülmektedir. Yapı hasarı kavramını tanımlayabilmek için, öncelikle “yapı” kavramının, özellikle de “denetime tabi yapı” kavramından farkı ortaya koyulmak suretiyle, açıklanması gerekir. Zira, yapı denetim firmalarının haksız fiillerinden sorumlu olabilmeleri için zararın, başka bir deyişle hasarın denetime tabi yapılarda meydana gelmesi şarttır. 4708 sayılı Kanun kapsamına alınmayan yapılarda ya da yapı dışında meydana gelecek zararlarda, firmanın sorumluluğu bulunmamaktadır.

4708 sayılı Kanun'da açıkça “Bu Kanun kapsamına giren her türlü yapı”nın denetiminden yapı denetim firmalarının sorumlu oldukları zikredilmektedir (m.2). Kanun kapsamına girmeyen yapılar, Kanun'un 1. maddesinde sıralanmış⁴⁵; ancak yapı kavramı tanımlanmamıştır. Esasen, yapı kavramına yer verilmesine rağmen TMK ve TBK hükümlerinde de bir tanıma rastlanılmamaktadır. Yapı kavramının tanımına nihayet Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nin (YDUY) 3. maddesinde yer verildiği görülmektedir. Yönetmeliğin ilgi hükmüne göre yapı, “karada ve suda, daimi veya geçici, yeraltı ve yerüstü inşaatları ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve hareketli tesisleri” ifade etmektedir (m.3/1). Yönetmelikte yapı kavramı, ilave, değişiklik ve tamirleri de dahil olmak üzere sabit, hareketli, daimi, geçici olarak karada, suda veya yeraltında-üstünde tüm tesisleri kapsayacak şekilde geniş tanımlanmasına rağmen; 4708 sayılı Kanun'un 1. maddesinde yapı denetim firmalarınca birçok yapının denetim dışında tutulması doktrinde eleştirilmektedir⁴⁶. Çünkü, Kanun'un birinci maddesinde denetime tabi tutulan yapılarda, belediye mücavir alanı içinde ya da dışında ve belli bir metre-

⁴⁴ Yılmaz, (2022), s. 37; Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 405; Savaş- Mandev (2018), s. 95.

⁴⁵ 4708 sayılı Kanun m. 1/2: “a) 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununun 26 ncı maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler ile 27 nci maddesinde belirtilen ruhsata tabi olmayan yapılar; b) Bodrum katı dışında en çok iki katlı ve yapı inşaat alanı toplam 200 metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar; c) Entegre tesis niteliğinde olmayan tarım ve hayvancılık amaçlı yapı ve tesisler; d) Köy yerleşik alanlarında, belediye ve mücavir alan sınırları içinde olmayan iskân dışı alanlarda ve nüfusu 5000'in altında olan belediyelerin belediye ve mücavir alan sınırları içinde bodrum katı ve çatı arası dışında en çok iki katlı ve yalnızca bir bodrum katın inşaat alanı hesaba katılmaksızın toplam inşaat alanı 500 metrekareyi geçmeyen konut yapıları ile bunların kömürlük, otopark, depo gibi müştemilatı, hariç olmak üzere, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak yapıların denetimini kapsar”.

⁴⁶ Nar, (2023), s. 84; Yavuz, (2015), s. 52.

karenin üstünde olması, köy yerleşkesi dışında bulunması gibi koşullar aranmaktadır. Hatta bazı kamu binaları ile tarım ve hayvancılık faaliyetleri sebebiyle inşa edilen bazı yapı ve tesislerin de denetim dışında bırakıldığı görülmektedir. Ancak, şiddetli depremlerin herhangi bir yapı hatasını affetmediği; hasar oluşurken kamu ya da özel, metrekare olarak küçük ya da büyük, yerleşke olarak köyde ya da şehirde yapılan binaları ayırt etmediği ortadadır. Nitekim 2023 yılının Şubat ayında yaşadığımız ve on ilimizi kapsayan depremler, başta Hatay ilimizde olmak üzere, çeşitli kamu binalarında, özellikle hastanelerde, belediye binalarında ya da fay hattının doğrudan geçtiği köylerdeki konutlarda büyük hasarların oluşmasına sebebiyet vermiştir. “*Deprem ülkesi*” olarak anılan ülkemizde, 4708 sayılı Kanun’un birinci maddesinin, YDUY’nin üçüncü maddesinde yapı olarak tanımlanan tüm sabit ve hareketli tesislerin denetimi hususunda revize edilmesi yerinde olacaktır. Kanaatimizce, denetim dışında bırakılan istisnai yapıların bu kapsamda daraltılması veyahut tamamen kaldırılması, hasarın en aza indirilmesi noktasında atılacak önemli bir adımdır.

Yukarıda yapı denetim firmalarının sorumlu olabilmesi için yapının depremde zarara uğraması gerektiğini söylemiştik⁴⁷. Yapıda oluşacak zarar, yapı hasarı kavramı ile 4708 sayılı Kanun’un 1. maddesinde, “*Kullanımdan doğan hasarlar hariç, yapının fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılması nedeniyle yapıda meydana gelen ve yapının kullanımını engelleyen veya yapıda değer kaybı oluşturan her türlü hasar*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁸. Söz konusu tanım ile zarar kavramı karşılaştırıldığında, hasarın yalnızca zarar tanımının maddi unsurunu kapsadığı görülmektedir. Ayrıca, Kanun’da tanımlanan yapı hasarından sorumluluk, yapı denetim firmalarının sözleşme sorumluluğundan yani borca aykırı davranışlarından kaynaklı sorumlulukları ile alakalı olduğu unutulmamalıdır. Şu halde, hükümde sadece yapıda meydana gelen maddi hasardan bahsedilmiş olup yapı malikinin bedensel bütünlüğüne gelecek maddi ve manevi zararlar ya da malvarlığına gelecek maddi zararlar hükümde yer almamaktadır. Bu durum doktrinde, Kanunun amacına ve özellikle de can ve mal güvenliğini temin amacıyla kurulan denetim firmalarının kuruluş amacına uygun olmadığı gerekçesiyle, haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁹. Ancak bu eksiklik, yapı malikinin 4708 sayılı Ka-

⁴⁷ Akkurt, (2023), Sözleşme Sorumluluğu (n.8), s. 232; Yavuz, (2015), s. 198; Güleş, (2019), s. 50; Zeyrek, (2019), s. 185 vd.

⁴⁸ Bu noktada depremlerin meydana getirdiği hasarın, yapı hasarı olup olmadığı hususunu açıklamak gerekir. Tanımda, kullanımdan doğan hasarlar (ki bunlara sorumluluğu kaldıran ya da azaltan haller başlığı altında değinilecektir) müstesna tutulmuş, bunun dışında yapının kusurlu, eksik, hatalı ya da kurallara aykırı inşasından kaynaklı her türlü hasar, yapı hasarı olarak kabul edilmiştir. O halde, depremin mücbir sebep niteliği ve illiyet bağımlı kesip kesmediği ile ilgili tespitlerimiz daha sonra yer vermek üzere, şimdilik, söz konusu eksik ya da kusurlu inşa sebebiyle depremin hasara uğrattığı yapıda oluşan zararlardan yapı denetim firmalarının sorumlu tutulabileceğini söylemek yeterlidir.

⁴⁹ Nar, (2023), s. 93.



nun kapsamı dışında kalan, örneğin hasarlı yapı içinde eşyalarına gelen zararları bakımından TBK'nın 49 vd. yer alan haksız fiil hükümlerine başvurmasına engel teşkil etmemektedir. Bununla beraber, denetim firmalarının hukuka aykırı davranışı aynı zamanda yapı maliki ile aralarındaki sözleşmeye/borca aykırı bir davranış da teşkil ediyorsa, bu durumda yapı denetim firmalarının sorumluluğu bakımından sebeplerin yarışması ilkesi söz konusu olabilir. Bu takdirde yapı maliki, hukuki sebeplerden herhangi birine dayanarak talepte bulunabilir⁵⁰. Sebebin belirlenmediği hallerde sorumluluğun hangi sebebe göre değerlendirilmesi gerektiği hakim tarafından zararı en iyi gideren sorumluluk sebebine göre belirlenir⁵¹ (TBK m. 60). O halde, sözleşmeden doğan zararlarda kusurun ispatı zarar görene ait olmadığından, talebin borca aykırı davranıştan doğan sorumluluğa dayalı kabul edilmesinin, yapı maliki bakımından daha avantajlı olduğu söylenebilir.

Depremde hasar alan binalar, çoğunlukla can ve mal kaybına ya da hafif veya uzuv kaybına sebep olacak kadar ciddi yaralanmalara neden olabilmektedir. Sayılan bu zararlar, kişilerin uğradığı maddi kayıplardır. Bunlar arasından en istenmeyeni pek tabii ölüm ile sonuçlanan zararlardır. Ölüm halinde uğranılan zararlar, TBK'nın 53. maddesinde sınırlama olmaksızın sayılmaktadır. Buna göre, *“ölüm derhal gerçekleşmemişse, tedavi giderleri ve çalışma gücünün azalmasından ya da tamamen kaybedilmesinden kaynaklı giderler, ölüm derhal gerçekleşmişse kişinin cenaze giderleri ve ölenin yakınlarına destekten yoksun kalmaları sebebiyle yaşadıkları kayıplar”* maddi tazminatın konusunu oluşturmaktadır⁵². Yaralanmalara, sakatlıklara neden olan zararlar ise, TBK'nın 54. maddesinde *“bedensel zarar”* başlığı altında incelenmelidir. Söz konusu hükümde de bir sınır olmaksızın giderilmesi gereken zararlar sayılmıştır. Bunlar, *“tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün kaybından ya da azalmasından kaynaklı giderler ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar”* dır⁵³. Maddi kayıpların dışında, ağır ya da hafif fark etmeksizin bedensel zararların tamamında ve ölüm halinde de zarar görene karşı tazmin borcu doğmaktadır (TBK m. 56/1-2). Hatta, ağır bedensel zarar ya da ölüm halinde ölenin yakınlarına manevi tazminat ödenmesi dahi söz konudur (TBK m. 56/2)⁵⁴.

⁵⁰ Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 400; Nar, (2023), s. 108 vd.; Ahmetoğlu, (2022), s. 131, 132.

⁵¹ Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 401; Kılıçoğlu (2018), s. 585; Nar, (2023), s. 108 vd.; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 243.

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Furrer-Muller-Chen-Çetiner (2021), s. 485 vd.; Kılıçoğlu (2018), s. 537 vd.; Eren, (2019), s. 843 vd.; Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu, s. 406; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 202, 203; Ünlütepe (2021), s. 158, 159.

⁵³ Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 474; Eren, (2019), s. 843 vd.; Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 406; Kılıçoğlu (2018), s. 537, 538; Savaş- Mandev (2018), s. 108; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 202, 203; Ünlütepe (2021), s. 157.

⁵⁴ Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 473; Kılıçoğlu (2018), s. 541; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 240, 241. Salt malvarlığında gerçekleşecek eksiklikler ya da oluşan yapı hasarı

Denetim firmaları, deprem sonrası oluşan yapı hasarında kişinin bedensel bütünlüğüne gelen maddi ve manevi zararlar gibi malvarlığında gerçekleşen azalmaları da tazminle mesuldür. Örneğin, yıkılan bir konutta kiracı olarak yaşayan bir kişinin, kendisi sağ ve herhangi bir bedensel zarar olmaksızın kurtulmasına rağmen, ev eşyaları ya da değerli mücevherleri enkaz altında kalmış olabilir. Bu yönüyle de kişilerin zararlarının giderilmesi gerekmektedir. Tüm bu zararlardan bahsederken, yapı denetim firmalarının sorumlu tutulabilmesi için kanunen düzenlenen yükümleri kasten ya da ihmal suretiyle, kusurlu olarak yerine getirmemeleri gereği de göz ardı edilmemelidir. Ayrıca, zarar görenin, uğradığı zararı ve denetim firmalarının kusurunu ispatlamakla yükümlü olduğu da unutulmamalıdır⁵⁵. TBK'nın "zararın ve kusurun ispatı" başlıklı 50. maddesinde göre, "zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır". Bu takdirde zarar görenin; yapının imar kurallarına, mevzuata ve genel standartlara uygun olarak yapılmadığı, yapının bu şekilde inşasına denetim firması tarafından kasten müsamaha gösterildiği ya da denetim firmasının bu hususta gerekli dikkat ve özeni göstermediği, denetimleri inşaatı yerinde incelemeyen kağıt üzerinde gerçekleştirdiği, malzemelerin kalitesini test etmeden onayladığı, gerekli önlemleri almadığı, yapı malikini ya da müteahhidi bu konuda uyarmadığı ve idareye eksiklikleri bildirmede gibi hususları ispat etmesi gerekmektedir. Uğranılan zararın ispatında, özellikle enkaz kaldırma çalışmaları başlamadan ulaşılabildiği ölçüde, yıkılan kolon ve kirişlerden alınacak beton ve diğer numunelerin toplanması, denetim firmalarına kusur isnadında oldukça önemlidir⁵⁶.

Kusurun ispatı sonrasında zarar görenin uğradığı zararı da ispat etmesi gerekir ancak bu her zaman kolay olmayabilir. Nitekim enkaz altında yok olan bir eşyanın varlığını ispat etmek güçtür. Zarar gören kimse, ne kadar mücevheri olduğunu, onların değerini ya da ev eşyalarının ve diğer zararlarının tam miktarını ispatlayamıyorsa, bunların değeri hakkaniyete göre, olayların doğal seyri ve zarar görenin aldığı önlemler de göz önüne alınarak hesaplanır (TBK m. 50/2).

4. Deprem Sebebiyle Oluşan Zarar ile Kusurlu Denetim Arasında İliyet Bağıının Bulunması

Haksız fiil sorumluluğunda, zararlı sonucun, kusurlu kimsenin fiili neticesinde meydana gelmesi, başka bir ifadeyle zarar ile fiil arasında bir bağ bulunması

sebebiyle denetim firmalarının manevi tazminattan sorumlu olmayacağı söylenebilir. Manevi tazminat talepleri için ölüm ya da yaralanmaların gerçekleşmesi gerekir. Savaş- Mandev (2018), s. 115.

⁵⁵ Brehm, (2021), s. 10; Kılıçoğlu (2018), s. 532; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 479; Uyumaz, (2023), s. 522; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 202; Ünlütepe (2021), s. 156.

⁵⁶ Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 406.



gerekir⁵⁷. Sorumluluk hukukunda buna uygun illiyet bağı denilmektedir. Uygun illiyet bağı; Türk, Alman ve İsviçre hukukunda benimsenen bir illiyet teorisidir⁵⁸. Hayatın olağan akışında gerçekleşen birinci olay ikinci olayı meydana getirmeye elverişli ise iki olay birbirinin neden ve sonucu, aralarındaki bağ ise uygun illiyet bağı kabul edilmektedir⁵⁹. Şu halde tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için zararı doğurmaya elverişli uygun neden, olayda gerçekleşmesi muhtemel uygun sonuç ve iki olay arasındaki uygun illiyet bağı aranmaktadır.

Yapı denetim firmalarının haksız fiil sorumluluğu bakımından da uygun illiyet bağı temel unsurumuzdur. Zira illiyet bağının yokluğu, zarar ile sonuç arasındaki nedensellik ilişkisini kesmekte ve sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır. Bu sebeple, depremde meydana gelen zararın, denetim firmalarının kusurlu denetimleri neticesinde gerçekleşmesi gerekmektedir⁶⁰. Yani yapının inşası sürecindeki tüm aşamalarda firma sorumluları, gerekli denetimleri yapmamış ya da yapmaktan kaçınmış, gerekli özeni göstermemiş olmalıdır. Örneğin, binanın yapımında kullanılan demirler, en az 6 adet 14'lük veya 4 adet 16'luk ve tırtıklı şekilde olmalı ve ilk kez söz konusu inşaat için kullanılmalıdır⁶¹. Aksi halde gerçekleşecek depremlerde kolonların zarar görmesi ve dolayısıyla binada yaşayan kimselerin can ve mal güvenliğini riske etmesi muhtemeldir. Böyle inşa edilen bir binanın denetimlerinin gereği şekilde yapılmadığı açıktır. Zira firma basit bir denetimle dahi kullanılan demirlerin mevzuata aykırı türde olduğunu ve deprem bakımından tehlike arz ettiğini görebilir. Bu noktada firma, yapı malikini ve müteahhidi uyarıp, durumun düzeltilmesi için derhal idareyi bilgilendirmelidir. Gerekli önlemleri almaz, uyarılarda bulunmaz ve idareye bilgilendirmez ise firmanın kusurlu olduğu sonucuna varılmalıdır⁶². Bu binanın, kolonlarında kullanılan demirler sebebiyle depremde yıkıldığı tespit edilirse, yapı denetim firmalarının kusurlu denetimi ile oluşan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu söylenebilir⁶³.

⁵⁷ Erdoğan, (1990), s. 116; Kılıçoğlu (2018), s. 407; Eren, (2019), s. 605; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 321; Savaş- Mandev (2018), s. 96; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 205; Ünlütepe (2021), s. 167.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, (2019), s. 607; Kılıçoğlu (2018), s. 407; Erdoğan, (1990), s. 116, 117. Ayrıca bkz. Nar, (2023), s. 94; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 205, 206; Ünlütepe (2021), s. 167.

⁵⁹ Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 321; Kılıçoğlu (2018), s. 407; Savaş- Mandev (2018), s. 97; Eren, (2019), s. 605; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 205; Ünlütepe (2021), s. 167, 168.

⁶⁰ Zeyrek, (2019), s. 191, 192; Nar, (2023), s. 94.

⁶¹ Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği (TBDY), Ek: Deprem Etkisi Altında Binaların Tasarımı İçin Esaslar, Bölüm 7.3.2. RG 18.03.2018/30364.

⁶² Siegenthaler, (2008), s. 2; Nar, (2023), s. 94; Yavuz, (2015), s. 201.

⁶³ Savaş- Mandev'e göre yapı denetim firmalarının sorumlu tutulabilmesi için, uygun illiyet bağı ilkesi gereğince, yapının yıkılmasına sebebiyet verecek ağırlıkta bir proje hatasından söz edilmesi gerekir. Aksi halde denetim firmasının sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Savaş- Mandev (2018), s. 98.

II. YAPI DENETİM FİRMALARININ SÖZLEŞME DIŞI (HAKSIZ FİİL) SORUMLULUĞUNU KALDIRAN YA DA AZALTAN HÂLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Meydana gelen depremlerde, birçok yapı tamamen yok olmakta, bazıları ağır hasar bazıları ise orta ya da hafif hasar almaktadır. Her hasarlı yapıda, yapı denetim firmasının kusuru olduğu gerekçesiyle, firmaları sorumlu tutmak hakkaniyete uygun olmayacaktır. Nitekim yapı denetim firmasının ihmali, zararın oluşması bakımından tek başına yeterli olmayabilir. Hatta gerekli bütün özeni göstermiş olmasına rağmen, depremde yapı zarar görmüş olabilir. Yapının depremde hasar almasına, zarar görenin kusuru ya da üçüncü kişinin kusuru da neden olabilir. Bu noktada depremin mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı hususu ve depremin şiddeti ile zarar görenin ya da üçüncü kişilerin kusurunun bulunup bulunmadığı hususları göz ardı edilmeksizin bir inceleme yapılmalıdır.

B. Mücbir Sebep Olarak Depremin ve Şiddetinin Değerlendirilmesi

Mücbir sebep, zarar ile kusurlu fiil arasındaki illiyet bağıını kesen önemli bir neden olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Mücbir sebep sayılan olay, kaçınılmaz, öngörülemez ve zarar verenin hukuka aykırı fiili dışında, doğrudan zararlı sonucun gerçekleşmesine sebebiyet veren bir olay olmalıdır⁶⁵. Böylece zarar verenin fiili ile zarar arasındaki bağ kesilmekte ve tazminat sorumluluğu ortadan kalkmaktadır. Mücbir sebebe; yıldırım düşmesi, seller, orman yangınları gibi doğa olayları ya da savaşlar, terör eylemleri veya grev, lokavt gibi hukuki olaylar örnek olarak gösterilebilir⁶⁶.

Depremler çoğu olayda, kaçınılmaz, öngörülmez ve harici bir olay kabul edilerek mücbir sebep sayılmaktadır. Örneğin borca aykırı bir davranış, borçlunun kusuru olmaksızın deprem nedeniyle gerçekleşmişse, alacaklının bu nedenle uğradığı zararı tazmin etmesi beklenemez. Fiil ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağı, deprem sebebiyle kesilmektedir. Ancak yapı denetim firmaları bakımından durum biraz karmaşıktır. Zira denetimin idareden alınarak, yapı denetim firmaları eliyle gerçekleştirilmesinin asıl nedeni, 1999 depreminde yaşanan büyük kayıplardır.

⁶⁴ Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), 416; Eren, (2019), s. 629; Kılıçoğlu (2018), s. 413; Zeyrek, (2019), s. 201; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 326; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 209; Ünlütepe (2021), s. 170.

⁶⁵ Klett, (2023), s. 207; Kılıçoğlu (2018), s. 413; Nar, (2023), s. 100; Turan Yıldırım, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı” (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 1522; Zeyrek, (2019), s. 201; Eren, (2019), s. 629 vd.; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 326; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 209; Ünlütepe (2021), s. 170.

⁶⁶ Kılıçoğlu (2018), s. 413; Eren, (2019), s. 629 vd.; Nar, s. 101; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 209, 210; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 326; Ünlütepe (2021), s. 170.

Öte yandan 4708 sayılı Kanun'un 1. maddesinde denetimlerin can ve mal güvenliğini sağlamak maksadıyla yapıldığı açıkça zikredilmektedir. Türkiye'nin şiddetli depremler üreten aktif faylar ve onların kolları üzerinde bulunduğu gerçeği de düşünülürken, depremlerin imar ve şehircilik bakımından çok da kaçınılmaz ya da öngörülemez olduğunu iddia etmek için başkaca verilere ihtiyaç vardır. Örneğin, Federal Mahkeme doğal afetlerin (deprem, sel, çığ düşmesi gibi) mücbir sebep sayılabilmesi için istatistiksel olarak gerçekleşme sıklığına bakılması gerektiğini ifade etmektedir⁶⁷. Doktrinde ise binaların, yaklaşık bir insan ömrü içerisinde gerçekleşebilecek büyük bir depreme dayanıklı olacak şekilde inşa edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁸. Ayrıca bu süre geçene kadar yaşanabilecek ufak tefek depremlerde de bina güvenli yaşam alanı olmaya devam etmelidir. Bu süre İsviçre'de istatistiksel olarak yaklaşık 75 yıllık bir süreye isabet eder⁶⁹. Bu döngü içerisinde yapıların hasara uğraması halinde sorumlu ya da sorumluların kusurlu sayılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁰.

Depremi, yapı denetimi bakımından her somut olayda mücbir sebep olarak kabul etmek, kanaatimizce, ne 4708 sayılı Kanun'un amacına, ne denetim firmalarının kuruluş sebebine, ne de yaşadığımız coğrafyanın gerçeklerine uygun değildir. Burada göz önünde bulundurulması gereken unsur, esasen depremin şiddetidir. Bilimsel yöntemlerle günümüzde depremlerin tam olarak ne zaman gerçekleşeceği bilinemese de bir yapının bulunduğu zemine en yakın fay hattının yaklaşık olarak kaç şiddetinde bir deprem üretebileceği öngörülebilmektedir⁷¹. Örneğin, ağır hasar alan bir bina civarında bulunan fayların 6 ila 7 şiddetleri arasında bir depreme sebebiyet vereceği tespit edilebilir⁷². Bu büyüklükteki bir depremde tüm yapılar,

⁶⁷ BGE 122 III 229 E. 5b. Karar için bkz. Klett, (2023), s. 207, dpn 22.

⁶⁸ Klett, (2023), s. 214; Siegenthaler, (2008), s. 3.

⁶⁹ TBDY, Bölüm 2.2.'ye göre ise depremin tekrarlanma periyodu, deprem yer hareketi düzeylerine ilişkin tanımlarda şu şekilde ifade edilmektedir; "2.2. Deprem Yer Hareketi Düzeyleri: Bu Yönetmelik kapsamında aşağıda belirtilen dört farklı deprem yer hareketi düzeyi tanımlanmıştır. 2.2.1. Deprem Yer Hareketi Düzeyi-1 (DD-1): DD-1 Deprem Yer Hareketi, spektral büyüklüklerin 50 yılda aşılma olasılığının %2 ve buna karşı gelen tekrarlanma periyodunun 2475 yıl olduğu çok seyrek deprem yer hareketini nitelendirir. Bu deprem yer hareketi, gözönüne alınan en büyük deprem yer hareketi olarak da adlandırılmaktadır. 2.2.2. Deprem Yer Hareketi Düzeyi-2 (DD-2): DD-2 Deprem Yer Hareketi, spektral büyüklüklerin 50 yılda aşılma olasılığının %10 ve buna karşı gelen tekrarlanma periyodunun 475 yıl olduğu seyrek deprem yer hareketini nitelendirir. Bu deprem yer hareketi, standart tasarım deprem yer hareketi olarak da adlandırılmaktadır. 2.2.3. Deprem Yer Hareketi Düzeyi-3 (DD-3): DD-3 Deprem Yer Hareketi, spektral büyüklüklerin 50 yılda aşılma olasılığının %50 ve buna karşı gelen tekrarlanma periyodunun 72 yıl olduğu sık deprem yer hareketini nitelendirir. 2.2.4. Deprem Yer Hareketi Düzeyi-4 (DD-4): DD-4 Deprem Yer Hareketi, spektral büyüklüklerin 50 yılda aşılma olasılığının %68 (30 yılda aşılma olasılığı %50) ve buna karşı gelen tekrarlanma periyodunun 43 yıl olduğu çok sık deprem yer hareketini nitelendirir. Bu deprem yer hareketi, servis deprem yer hareketi olarak da adlandırılmaktadır".

⁷⁰ Klett, (2023), s. 214; Siegenthaler, (2008), s. 3.

⁷¹ William-Wesley, (1991), s. 21; Nar, (2023), s. 101.

⁷² İsviçre'de, örneğin Bern Kantonu İnşaat Kanunu m. 21/a kapsamında sismik güvenlik gereklerinin

benzer ve yaklaşık oranlarda zarar gördüğü takdirde depremin mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkündür⁷³. Ancak birinin az, diğerinin ağır hasar alması binanın inşaat için gereken standartlara, özellikle de TBDY ve eklerinde depremin büyüklüğü ve gerçekleşme olasılığına göre kabul edilen hesaplama yöntemlerine uygun şekilde inşa edilemediğine işaret edebilir. Diğer taraftan, gerçekleşen depremin şiddeti öngörülen şiddetten, yani 7’den fazla ise, kanaatimizce bu deprem mücbir sebep olarak kabul edilmelidir. Zira yapı, en çok 7 şiddetinde bir depreme dayanmak üzere denetime tabidir. Binanın daha şiddetli bir depremde hasar alması, firmanın denetleme kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağının araştırılmasını gerektirir.

Yargıtay’ın verdiği kararlarda depremin şiddetini illiyet bağıni kesen bir mücbir sebep olarak değil, tazminattan indirim nedeni olarak kabul ettiği görülmektedir⁷⁴. 1999 depremi sonrasında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “*bina mevzuata uygun yapılmış olsa bile gerçekleşen depremin 7,4 şiddetinde olduğu göz önüne alındığında binanın deprem nedeniyle hasara uğraması kaçınılmaz olduğundan tazminat tutarından indirime gidileceği*”ne karar vermiştir. Yine 2014 yılında Yargıtay’ın 3. Hukuk Dairesi tarafından verilen başka bir kararda⁷⁵; “*davacının, oluşan zararı, deprem sebebiyle ikamet ettiği binanın yıkılarak kendisinin enkaz altında kalması sonucu doğmuştur. Depremin mücbir sebep olarak kabul edilip, zararlar illiyet bağıni kestiği kabul edilemez ise de; ne zaman ve hangi büyüklükte olacağı öngörülemeyen ve sonucu gerçekleştiğinde büyük bir yıkıma sebebiyet veren, bölgede herkesi etkileyen en büyük doğal afet olduğu da kabul edilmek zorundadır. Ayrıca, bölgenin 1. derecede deprem kuşağında yer aldığı ve oluşan depremin şiddet büyüklüğü de gözden kaçırılmamalıdır. O halde, mahkemece, maddi ve manevi tazminat miktarından adalete uygun bir hakkaniyet indirimi yapılması da gereklidir*” ifadeleriyle, deprem bölgesinin kaçınıcı derecede yer aldığı ve depremin şiddetinin indirim sebebi sayılarak, göz ardı edilmemesi gerektiğine vurgu yapmıştır⁷⁶. Yargıtay’ın 4. Hukuk Dairesi’nin 2012 yılındaki bir kararında ise, deprem bölgesi derecesi inşaat tamamlandıktan sonra değiştirilse ve bölge birinci derece deprem bölgesi olarak kabul edilse dahi bu durumun kusuru etkilemeyeceği, ancak şiddetin bir indirim nedeni olabileceği ifade edilmiştir⁷⁷.

dikkate alınarak yapıların inşa ya da tadilat edilmesi gerektiği vurgulanmaktadır. (Belex, 27 Ekim 2023) <https://www.belex.sites.be.ch/app /de/texts_of_law/721.0/versions/1495>

⁷³ Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 416; Nar, (2023), s. 102; Zeyrek, (2019), s. 202.

⁷⁴ Danıştay’ın idari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından alınan kararlarda da depremin tek başına mücbir sebep olarak kabul edilmediği görülmektedir. Kararlarda müşterek olarak, depremin yeri, zamanı ve büyüklüğü öngörülemese de depremin neden olacağı zararın öngörülebiliir olduğu ve bu zararın en aza indirilmesi için önlem alınabileceği belirtilmektedir. İlgili kararlar için bkz. Yıldırım, (2019), s. 1523- 1526.

⁷⁵ Yargıtay 3. HD, 12359/16124, 9.12.2014 (Kazancı İçtihat Programı).

⁷⁶ Yargıtay HGK, 4-786/318, 6.3.2013 (Kazancı İçtihat Programı).

⁷⁷ Yargıtay 4. HD, 6193/11187, 26.6.2012, (Lexpera).

Sonuç olarak, depremin mutlak bir mücbir sebep kabul edilmesi yerine, mücbir sebebin nisbi bir kavram olduğu göz önünde bulundurularak, denetim firmalarının deprem neticesinde meydana gelen zararlardan tazminat sorumluluğunun, her somut olayda ayrıca değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

C. Zarar Görenin ya da Üçüncü Kişinin Ağır Kusuru

Zarar gören ya da onun dışında üçüncü bir kişi, haksız fiil sorumluluğunda bazen zararın doğmasına katkıda bulunmakta, bazen de tek başına kendi kusurlu davranışları neticesinde zararın meydana gelmesine sebep olmaktadır. Birinci halde zarar görenin ya da üçüncü kişinin kusurlu davranışı illiyet bağına kesilmekte, ancak diğer hukuka aykırı fiillerle birlikte zararın doğmasına neden olduğundan, zarar verenin sorumluluğunu azaltmaktadır⁷⁸. Böyle durumlarda gerçekleşen olaylardan her biri tek başına zararlı sonucun doğumuna elverişli olmayıp, ancak hep birlikte sonucun doğmasına sebebiyet vermişlerse, tüm sebeplere ortak sebep, aralarındaki bağı ise ortak illiyet denilmektedir⁷⁹. Ortak illiyet halinde, zarar veren sorumluluktan kurtulmamaktadır⁸⁰. Zarar verenin, zarar gören ile birlikte ortak illiyeti söz konusu ise, TBK m. 52 gereği tazminattan indirim uygulanmakta; üçüncü kişi ile birlikte ortak illiyeti söz konusu ise, TBK m. 61 gereği zarar görene karşı teselsül hükümleri uygulanmaktadır. Zarar görenin ya da üçüncü kişinin kusurlu davranışı, zararlı sonucun doğumuna tek başına sebep verecek ağırlıkta ise, zarar veren haksız fiil sorumluluğundan kurtulmaktadır⁸¹. Ancak, illiyet bağının kesilmesi için, ikinci olayın ilk olayı bertaraf etmesi, başka bir ifadeyle, ilk olayın etkisini ortadan kaldırmış olması gerekir.

Yapı denetim firmasının hukuka aykırı bir fiili olmasına rağmen, zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin kusurlu davranışı ile illiyet bağı kesilmişse, denetim firması tazminat sorumluluğundan kurtulur. Kusurlu davranışıyla depremde yapının zarara uğramasına neden olabilecek kimseler; yapı maliki veya onun aile üyeleri, kiracılar ya da her bir bağımsız bölümün sahipleri olabilir. Bu kimselerin kusurlu davranışı, firmanın denetim görevini geride bırakacak yoğunlukta ise, zararın firmanın hukuka aykırı fiili neticesinde meydana geldiği söylenemez. Örneğin, yapının zemin katını market olarak kullanmak üzere kiralayan zarar görenin, kiralanan-

⁷⁸ Uyumaz, (2023), s. 521; Oğuz, (2016), s. 282; Kılıçoğlu (2018), s. 413; Eren, (2019), s. 634-637; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 327; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 210; Ünlütepe (2021), s. 171.

⁷⁹ Eren, (2019), s. 616; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 332; Kılıçoğlu (2018), s. 411; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 207; Ünlütepe (2021), s. 169.

⁸⁰ Alfred Koller, "Solidarität im Schadensatzrecht"(2022) Aktuelle Juristische Praxis, 831, 832; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (On İki Levha Yayıncılık 2012) 160; Furrer-Muller-Chen- Çetiner (2021), s. 332; Nar, (2023), s. 97; Kılıçoğlu (2018), s. 411; Eren, (2019), s. 616; Ünlütepe (2021), s. 169.

⁸¹ Koller, (2022), s. 844; Eren, (2019), s. 634- 641; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s. 327; Kılıçoğlu (2018), s. 413; Oğuz, (2016), s. 282; Nar, (2023), s. 96; Zeyrek, (2019), s. 203; Doğan-Şahan-Atamulu (2021), s. 210, 211; Ünlütepe (2021), s. 171; Baysal (2012), s. 173.

da, yapının statüğünü ciddi şekilde bozacak esaslı bir tadilat yapmış olması, yapının bazı kolonlarını kesmesi, en çok rastlanılan olaylardan birisidir. Benzer tadilatlar, firmanın görevi sona erdikten itibaren yapı maliki ya da bağımsız konutların sahipleri tarafından da gerçekleştirilmektedir. Bu noktada tadilatın esas neden mi, yoksa eşlik eden neden mi olduğunun tespiti önemlidir. Yapılan tadilat, depremde hasar oluşması için tek başına yeterli ise, zarar görenin ya da üçüncü kişinin kusuru aradaki illiyet bağıını kesmektedir. Tek başına yeterli olmayıp, aynı zamanda yapının mevzuata aykırı olarak inşa edilmesi ile birlikte zarara sebep olduğu hallerde ise ortak illiyet oluşmaktadır. Ortak illiyet halinde borcun mühtevası aynı olmasa da sorumlular zarardan birlikte sorumlu olmaktadır⁸². Örneğin depremde hasar alan bir binada oluşan zararın sadece yapı denetim firmasının eksik denetimleri sebebiyle değil, yapı malikinin gerekli bakım ve onarımları yapmaması sebebiyle de zarar gördüğünün anlaşılması halinde, tazmin yükümlülükleri birbirinden farklı hukuki sebeplere dayanan yapı maliki ve yapı denetim firmasının, zarara birlikte sebebiyet verdikleri söylenebilir. Şu halde tazminat yükümlüsü kişiler, TBK'nın 61 ve 62. maddeleri kapsamında müştereken ve müteselsilen sorumlu kabul edilmelidir. Kusurlarının ağırlığı, yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutularak, tazminat borcu aralarında paylaşılmaktadır⁸³. Müteselsil borçlulardan birinin kendi payına düşenden fazlasını ödemesi halinde diğer borçluya karşı rücu hakkı saklıdır (TBK m. 62/2). Söz konusu örnekte, yapı maliki aynı zamanda zarar gören ise, yapı malikinin tazminat talebi, gerekli bakım ve onarımları yapmadığı göz önünde tutularak değerlendirilmeli ve tazminat TBK'nın 52. maddesi gereği, yapı malikinin kusuru oranında indirime gidilecek şekilde hesaplanmalıdır.

Kolon kesme ya da taşıyıcı duvarları yıkma gibi esaslı tadilatların denetim firmalarının sorumluluğunu kaldıracağı belirtilmelidir⁸⁴. Nitekim 4708 sayılı Kanun'un 3. maddesinin 2. fıkrasında, “*Yapıda, yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılacak esaslı tadilattan doğacak yapı hasarından*” tadilatı yapan kimselerin sorumlu olduğu düzenlenmektedir. Kıyasen ilgili hükmün haksız fiil sorumluluğuna da uygulanarak; idareden izin almadan yapılacak esaslı tadilat sebebiyle oluşacak yapı hasarından, tadilatı yapan zarar gören ya da üçüncü kişilerin sorumlu olduğu söylenebilir⁸⁵. Ancak sorumlu olduğu düşünülen kimsenin, örneğin bağımsız konutun yeni sahibi ya da kiracının, tadilatı bilmemesi ya da bilebilecek durumda olmaması, kusurunu ortadan kaldıracaktır. Hal böyle iken, Yargıtay'ın bir kararında, zarar görenin tacir sıfatı olduğu hallerde, tacirin esaslı tadilattan haberi olmasa dahi, bunun mazeret olarak kabul edilmedi-

⁸² Koller, (2022), s. 836; Eren, (2019), s. 616; Kılıçoğlu (2018), s. 411; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s.333.

⁸³ Baysal (2012), s. 160; Furrer-Muller-Chen, Çetiner (2021), s.333; Eren, (2019), s. 616; Kılıçoğlu (2018), s. 411.

⁸⁴ Ayrıca bkz. Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 415; Ahmetoğlu, (2022), s. 142.

⁸⁵ Nar, (2023), s. 97; Zeyrek, (2019), s. 193.

ği ve somut olayda ortak illiyete karar verilerek tazminattan indirim yapılmasına hükmedildiği görülmektedir. Kararda özetle, “*tacir olan davacının projesiz, ruhsatsız, taşıyıcı kolonu kesilmiş olan dava konusu marketi kiralayarak basiretsiz davrandığı ve zararın oluşumunda müterafik (bölüşük) kusurunun bulunduğu açık olup, hükmedilecek tazminat miktarından BK. 43 ve 44. maddeleri gereğince uygun miktarda indirim yapılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir*” ifadeleriyle, ortak illiyetin var olduğu sonucuna varılmıştır⁸⁶.

Haksız fiil sorumluluğunu kaldıran kusurlu davranışlar arasına, kanaatimizce, zarar görenin basit tedbirlerle zararı engelleyebileceken, ihmali davranışlarıyla zararın oluşmasına sebep olduğu halleri de dahil etmek gerekir⁸⁷. Örneğin, ağır hasar alan ancak yıkılmayan bir binada, kitaplığın üzerine devrilmesi sebebiyle yaralanan kimsenin zarar görmesinin sebebi bu kitaplığın duvara montelenmemiş olması ise, zarar ile yapı denetim firmalarının denetleme faaliyetleri arasındaki illiyet bağının kesildiği söylenebilir. Böyle bir durumda somut olayın etraflıca incelenerek değerlendirilmesi gerekmektedir.

D. DASK Tarafından Yapılan Ödemeler

Sorumluluğu tamamen kaldırmasa da azaltan bir neden de zorunlu deprem sigortasıdır. Kısa adı DASK olarak bilinen doğal afet sigortaları, 2012 yılında 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu ile birlikte zorunlu hale getirilmiştir⁸⁸. Kanun’un 10. maddesine göre, “*Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki bağımsız bölümler, tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binalar; bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler ile doğal afetler nedeniyle Devlet tarafından yaptırılan veya sağlanan kredi ile yapılan meskenler*”de deprem sigortası yapılması zorunludur. Hükümde sayılan yapıların tamamı, metrekare koşulunu da sağlıyorsa, yapı denetimine tabi iken; 4708 sayılı Kanun’da sayılan denetime tabi her yapının, zorunlu deprem sigortasına tabi olmadığı görülmektedir. Başka bir ifadeyle, denetime tabi yapı ve zorunlu deprem sigortasına tabi yapı kavramları tam manasıyla örtüşmemektedir.

Zorunlu deprem sigortasına ilişkin azami teminat tutarı her yıl SEDDK tarafından belirlenmekte ve Resmî Gazetede yayımlanmaktadır⁸⁹. En son 2023 yılının

⁸⁶ Yargıtay 4. HD, 15983/1031, 27.2.2019 (Lexpera).

⁸⁷ William-Wesley, (1991), s. 24; Baysal (2012), s. 160,161.

⁸⁸ Şaban Kayıhan, “Zorunlu Deprem Sigortası” (2004) VIII(1-2) AÜEHFD, 500; Gülşah Yılmaz, “Zorunlu Deprem Sigortasında Doğal Afet Sigortaları Kurumu’nun Sözleşme Öncesi Hasar Tespiti Yapma Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi” (2021) Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı, 200; Azimli Çilingiroğlu, “Türkiye’de Uygulanan Afet Yönetimi Politikalarının İncelenmesi: Yasal Düzenlemeler ve DASK”, (2018) Resilience G, 17; Özkan, (2005), s. 16.

⁸⁹ Kayıhan, (2004), s. 506; Yılmaz, (2021), s. 203; Çilingiroğlu, 18.

Aralık ayında ilan edilen tebliğ⁹⁰ göre sigorta bedeline esas metrekare bedeli, betonarme yapılarda 6.000 TL, diğer yapılarda ise 4.000 TL olarak; azami teminat tutarı ise, yapı tarzı ayrımı yapılmaksızın, 1.272.000 TL olarak belirlenmiştir. Azami tutar bu olmakla birlikte, DASK'ın ödeme yükümlülüğü sigorta sözleşmesinde belirlenen bedelden daha yüksek olamaz. Şu halde zarar sigorta bedelinden düşüğe zararın tamamı, yüksekse sigorta bedeli kadarı karşılanır. Söz konusu tazminat, gereken tüm bilgi ve belgelerin toplanması ile hasar tespiti çalışmalarının tamamlanmasını izleyen otuz gün içinde ödenir (6305 sayılı Kanun m.13/2).

Günümüz koşulları değerlendirildiğinde, ağır hasarlı sayılan ya da tamamen yıkılan bir yapıda, zarar görenin zorunlu deprem sigortasından alacağı maddi tazminat miktarının, zararın tamamını karşılamayacağı söylenebilir. Bu takdirde zarar görenin sorumlulara başvurma imkanı saklıdır. Böylece yapı denetim firmalarının zarar görene karşı sorumluluğu azalsa da kalan miktar bakımından devam etmektedir. Koşulların varlığı halinde, DASK'ın da yapı denetim kuruluşuna rücu imkanı bulunduğunu belirtmek gerekir⁹¹.

Hasarın esaslı tadilat nedeniyle ortaya çıkması halinde ise, hak sahibi sigortadan tazminat alma hakkını kaybedecektir (6305 sayılı Kanun m.12/2). Yukarıda izah edildiği üzere, esaslı tadilat hallerinde, somut olayın özelliklerine göre, yapı denetim firmalarının da sorumluluğu ortadan kalkabilmektedir.

III. YAPI DENETİM FİRMALARININ SÖZLEŞME DIŞI (HAKSIZ FİİL) SORUMLULUĞUNDA ZAMANAŞIMI SÜRESİ

Haksız fiil talepleri zamanaşımına tâbidir. TBK'nın 72. maddesinde haksız fiillerde zamanaşımı üç farklı şekilde belirlenmektedir: asgari (nısbî), azami (mutlak) ve cezai (olağanüstü) zamanaşımı⁹². Tazminat talebi, deprem neticesinde hasar alan yapıda zarar gören üçüncü kişilerin zararı ve sorumlu denetim firmasını öğrendikten sonra asgari iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır (TBK m. 72/1-c.1). Her halükarda, tazminat talebinin zamanaşımına uğraması için gereken azami süre, fiilin ikasından itibaren on yılın geçmesiyle sona ermektedir (TBK m. 72/1 c.1). Yani, sorumlular on yıl geçtikten sonra öğrenilse dahi artık tazminat talep edilemeyecektir. Ancak azami süre hesaplanırken, fiilin işlendiği zaman mı, yoksa fiilin yanında zararlı neticenin de meydana geldiği zaman mı esas alınmalı sorusu tartışılmaktadır⁹³. Zira, fiil işlendikten uzun bir süre sonra zararın meydana gelmiş olması halinde, tazminat talebi için gerekli azami sürenin

⁹⁰ RG 28.12.2023/32413.

⁹¹ Brehm, (2021), s. 27; Kayıhan, (2004), s. 514.

⁹² Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 418; Eren, (2019), s. 937; Kılıçoğlu (2018), s. 621; Furrer-Müller-Chen-Çetiner (2021), s. 456 vd.

⁹³ Özcan Günergök, "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi" (2021) VI(11) İMHFD, 132.



aşılması söz konusu olduğunda, talebin zamanaşımı sebebiyle reddedilmesi, her olayda hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmayabilir. Deprem kaynaklı zararlarda da durum aynıdır. Denetim firmasının hukuka aykırı fiili, yapının inşası sırasında gerçekleşmişken; zarar, bu hukuka aykırı denetimler sebebiyle ancak denetimlerden on yıl sonra bir deprem neticesinde gerçekleşmiş olabilir. Bu takdirde, talebin zamanaşımına uğradığını ileri sürmek, zarar görenin aleyhine olabilir.

Azami zamanaşımı süresi, 1999 depreminde oluşan zararlar neticesinde de tartışılmıştı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003 yılında oldukça açık ve tatmin edici bir gerekçeyle sorunu aşağıdaki şekilde değerlendirmişti: “*hukuka aykırı eylemin varlığına karşın, zarar gerçekleşmemişse, zamanaşımı süresinin başlaması söz konusu olmayacaktır. Somut olayda, hukuka aykırı eylem daha önce, zarar ise depremin meydana gelmesi ile gerçekleşmiştir. Maddenin bu düzenleniş biçimi, somut olaya uygulandığında, şöyle bir sonuca varmak gerekir. Bir kimsenin, öden-ce isteminde bulunabilmesi için öncelikle bir zararın doğması ilk koşuldur. Çünkü davanın hukuki nedeni öden-ce olunca, öncelikle bunun var ve miktarının da belli veya belirlenebilir olması gerekir. Öte yandan ve en önemli koşul, bu zararın tazminat olarak istenebilir bir duruma gelmiş olmasıdır. Davaya konu edilen olayda olduğu gibi, davalının hukuka aykırı eylemi, yapının yapıldığı tarihte gerçekleşmiştir. Ancak o tarihte davacının eldeki davaya konu ettiği tür ve kapsamda bir zararı doğmamıştır. Bu tür bir zarar olmayınca, davacının eldeki gibi böyle bir dava açma olanağı da bulunamayacağı doğaldır. Zamanaşımı, harekete geçememek, istemde bulunamamak durumunda bulunan kimsenin aleyhine işlemez*”⁹⁴. Özetle Yargıtay HGK, deprem kaynaklı zararlarda haksız fiile ilişkin tazminat talepleri bakımından zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak, zararın gerçekleştiği ve bu zararın tazminat olarak istenebildiği tarihi esas almaktadır⁹⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararı doktrinde görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bir görüşe göre, deprem kaynaklı zararlarda sorumluluk, yapının teslim tarihi itibarıyla doğmaktadır. Bu nedenle, HGK’nın vermiş olduğu karar hukuk güvenliğini zedeleyici nitelikte kabul edilmelidir. Burada zamanaşımının başlangıç tarihi, zararın meydana geldiği tarih değil, zararlı sonucu ortaya çıkaran hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği tarihtir. Dolayısıyla on yıllık süre, azami süre olarak binanın teslim tarihinden itibaren başlamalıdır⁹⁶. Diğer bir görüşe göre, TBK’nın haksız fiillere ilişkin zamanaşımını düzenleyen hükümlerinde, gerçek olmayan bir kanun boşluğu bulunmaktadır⁹⁷. Zira, azami sürenin sona ermesinden sonra ger-

⁹⁴ Yargıtay HGK, 4-603/594 K., 22.10.2003 (Kazancı İchtihat Programı)

⁹⁵ Başpınar-Altunkaya, (2008), s. 117.

⁹⁶ Başpınar-Altunkaya, (2008), s. 118; M. Murat İnceoğlu, Ece Baş Süzel ve Asuman Aytekin İnceoğlu, “Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlgisi”(2016) 11 BAÜHFD, 145-146; Savaş- Mandev (2018), s. 126.

⁹⁷ Ahmet Çelik, *Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı* (Yetkin Yayınevi 2004) 160, 161 (Başpınar-Altunkaya, (2008), s. 118, dpn. 111,112).

çıkabilecek zararlarda sorumluları zamanaşımı sebebiyle tazminat yükümlülüğünden kurtarmak hukukun temel ilkelerine, hakkaniyete ve adalete uygun değildir. Bu durumda kanunda uygulanabilir bir hüküm olmasına rağmen sonuçlarının tatmin edici olmadığı söylenebilir. TMK'nın birinci maddesi kapsamında boşluğun hâkim tarafından doldurularak, somut olaya göre karar verilmesi doğru olacaktır. Üçüncü bir görüş ise, deprem zararları özelinde değerlendirme yaparak, yapının gerekli teknik standartlara aykırı inşa edenlerin bu eksiklik ya da aykırılığı gidermediği müddetçe haksız fiilin tamamlanmadığı gerekçesiyle tazminat yükümlüsü kimsenin sorumluluğunun hayati boyunca devam ettiğini ileri sürmektedir⁹⁸.

Deprem kaynaklı zararlarda, hukuka aykırı davranışın yapının teslim edildiği tarihte sona erdiği görüşünü benimsemek, kanaatimizce hukuka ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Yan yana bulunan ve yakın tarihlerde inşa edilen iki binadan birinin sağlam diğerinin ise yapıdaki imar kurallarına aykırılıktan dolayı hasar alması durumunda, zamanaşımı gerekçesiyle tazminat talebinin reddi, bu aykırılığa göz yummak ve zarar görenin menfaatlerini hiçe saymak anlamına gelir. Diğer taraftan da tazminat yükümlüsü olan kimselerin, ne zaman gerçekleşeceğini bilmediğimiz bir depremde oluşacak zararlardan, yaşamları boyunca sorumlu tutulmaları ve bu durumun mirasçıları üzerinde dahi devam etmesi riski, hukuki güvenliğin zedelenmesine sebebiyet verebilir. O halde Hukuk Genel Kurulu'nun kararına katıldığımızı söylemekle beraber kanaatimizce bu süre sınırsız olmamalıdır. Nitekim denetimin üzerinden elli yıl geçtikten sonra, yapının yıpranma payı ve depremin şiddeti gibi diğer etkenler dikkate alınmaksızın, salt denetim firmalarının kusurlu eylemleri olmasaydı yapının depremde zarar görmeyeceği olgusundan hareket ederek karar verilmesi, adalete ve hakkaniyete uygun değildir⁹⁹. Talebin zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile reddedilebilmesi için, somut olayın özelliği ve oluş biçimi tüm unsurlarıyla birlikte değerlendirilerek bir karara varılması gerekmektedir.

Zamanaşımı süresi bakımından tazmin borcu doğuran fiil, aynı zamanda ceza-yı da gerektiriyorsa, bu takdirde haksız fiilde zamanaşımı süresi, ceza zamanaşımı süresinden daha kısa ise, haksız fiil Ceza Kanunlarında yer alan zamanaşımı süresine tabi olmaktadır. Burada kastedilen zamanaşımı süresi, ceza veya infaz zamanaşımı süresi değil, dava zamanaşımı süresidir. Yapı denetim firmalarının kusurlu denetimleri neticesinde sorumlu oldukları fiil, görevi kötüye kullanma, imar kirliliğine neden olma, gerçeğe aykırı belge düzenleme, yaralama hatta taksirle ölüme sebebiyet verme gibi suçları da teşkil edebilir. Bu takdirde firmalar, yaklaşık altı aydan sekiz yıla kadar cezalandırılabilir. Şu halde, söz konusu fiilin ceza üst sınırı beş yıldan fazla, yirmi yıldan az olduğu takdirde dava açabilmek için gereken

⁹⁸ Günergörk, s. 135, dph. 33. Görüşler için ayrıca bkz. Başpınar-Altunkaya, (2008), s. 118.

⁹⁹ Benzer görüşler için bkz. Akkurt, (2023), Haksız Fiil Sorumluluğu (n.7), s. 419-421. Özellikle yapının yıpranma payının indirim nedeni olarak kabul edilmesi görüşü hakkında bkz. Savaş-Mandev (2018), s. 107.



zamaşımı süresi on beş yıl kadar olup (TCK m. 66/1-d), TBK'nın 72. maddesinde öngörülen azami süreden daha uzun olması sebebiyle, denetim firmaları bakımından bu süre uygulama alanı bulacaktır. Üst sınırı beş yıldan daha az cezayı gerektiren suçlar bakımından ise TBK'nın 72. maddesinin uygulanması gerekir.

SONUÇ

Yapı denetim firmalarının haksız fiillerinden dolayı depremde zarar gören üçüncü kişilere karşı sorumlu olabilmeleri için TBK'da yer alan koşulların oluşması gerekir. Çalışmamızda bu koşullar yapı denetim firmaları özelinde değerlendirilmiş ve yapı denetim firmalarının sorumluluğu bakımından aşağıdaki sonuçlara varılmıştır.

Yapı denetim firmalarının, sorumlu oldukları fiiller; 4708 sayılı Kanun m. 2/4 ve YDUY m. 5'te düzenlenen “*Önlem Alma, Denetleme ve Uyarma*” yükümlülüklerinin yerine getirilmesidir. Bu kapsamda firmalar; yapının imar kurallarına uygun, eksiksiz ve hatasız yapılmasını temin etmek ve yapı malikini bu hususta uyarmakla yükümlüdürler. Yapı denetim firmalarının hukuka aykırı fiilleri, zararlı sonucu engelleyecek bu denetim faaliyetlerini gereği şekilde yerine getirmemeleri, başka bir deyişle denetim firmalarının hukuka aykırı ve menfi fiilleri neticesinde zarara sebebiyet vermeleri halinde gerçekleşmektedir. Bu fiil, kasten ya da ihmalen gerçekleşebilir. Bu noktada firmaların hafif ihmallerinden de sorumlu olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, denetim firmasının tecrübesiz olması, yeni kurulması ya da mali durumunun yetersiz olması gibi durumlar nedeniyle denetim borcunun yeterince yerine getirememesi somut olayın durumuna göre hafif ihmal olarak değerlendirilebilir. Ancak bu gibi gerekçelerin ileri sürülmesinin, denetim firmasının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı bilinmelidir. Zira kusurun hafifliği, sorumluluğu ortadan kaldıran bir hal değildir.

Yapı denetim firmalarının denetleme faaliyetleri dışında, bu faaliyeti yerine getirirken yapıda tespit ettikleri mevzuata aykırılıkları idareye bildirme yükümlülükleri de bulunmaktadır. Ancak, yapı denetim firmalarının bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeleri, kusurlarını ortadan kaldırmak, onları tazmin sorumluluğundan kurtarmak için yeterli olmamalıdır. Bunun yanında, bizce firma yetkililerinin bildirimine rağmen inşası durdurulmayan ya da eksiklileri ve hataları giderilmeyen bu yapının denetim faaliyetlerinden de çekilmesi gerekir. Böyle bir yapının inşasına iştirak etmeye devam eden yapı denetim firmasının kastının ya da ihmalinin varlığından söz etmek mümkündür.

Yapı denetim firmalarının haksız fiillerinden sorumlu olabilmeleri için zararın, başka bir deyişle hasarın denetime tabi yapılarda meydana gelmesi şarttır. 4708 sayılı Kanun'da açıkça “*Bu Kanun kapsamına giren her türlü yapı*”nın denetiminden yapı denetim firmalarının sorumlu oldukları zikredilmektedir (m.2). Kanun kapsamında sayılmayan yapılarda ya da yapı dışında meydana gelecek zararlarda, firmanın sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak, şiddetli depremlerin herhangi bir

yapı hatasını affetmediği; hasar oluşurken kamu ya da özel, metrekare olarak küçük ya da büyük, yerleşke olarak köyde ya da şehirde gibi bir ayırım olmaksızın gerçekleştiği ortadadır. Bu sebeple, denetime tabi yapıların sınırlandırıldığı 4708 sayılı Kanun'un birinci maddesinin, YDUY'nin üçüncü maddesinde tanımlanan yapı kavramına paralel ve tüm sabit ve hareketli tesisleri kapsayacak şekilde genişletilerek revize edilmesi uygun olacaktır. Denetim dışında bırakılan istisnai yapıların bu kapsamda daraltılması veyahut tamamen kaldırılması, hasarın en aza indirilmesi noktasında atılacak önemli bir adımdır.

Yapı denetim firmalarının haksız fiil sorumluluğu bakımından gereken koşullardan biri de uygun illiyet bağıdır. Zira illiyet bağının yokluğu, zarar ile sonuç arasındaki nedensellik ilişkisini kesmekte ve sorumluluğu ortadan kaldırmaktadır. İlliyet bağı kesen sebepler arasında, doktrinde çoğunlukla, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurunun bulunması halleri kabul edilmektedir. Mücbir sebep sayılan hallerin başında depremler gelir. Ancak, depremin her somut olayda yapı denetimi bakımından mücbir sebep olarak kabul edilmesi ne 4708 sayılı Kanun'un amacına, ne denetim firmalarının kuruluş sebebine, ne de yaşadığımız coğrafyanın gerçeklerine uygun değildir. Burada göz önünde bulundurulması gereken unsur, esasen depremin şiddetidir. Bilimsel yöntemlerle günümüzde depremlerin tam olarak ne zaman gerçekleşeceği bilinemese de bir yapının bulunduğu zemine en yakın fay hattının yaklaşık olarak kaç şiddetinde bir deprem üretebileceği öngörülebilmektedir. Öngörülen şiddette gerçekleşen bir deprem neticesinde benzer özelliklere sahip iki binadan biri hasar almış, diğeri almamış ise, hasar alan binanın teknik standartlara uygun olarak inşa edilmediği akla gelebilir. Ancak gerçekleşen depremin öngörülenden daha şiddetli olması halinde, hasar alan yapı bakımından firmanın denetleme kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağının bizce araştırılmasını gerekmektedir.

Yapı denetim firmasının hukuka aykırı bir fiili olmasına rağmen, zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin kusurlu davranışı ile illiyet bağı kesilmişse, denetim firması tazminat sorumluluğundan kurtulur. Kusurlu davranışıyla depremde yapının zarara uğramasına neden olabilecek kimseler; yapı maliki veya onun aile üyeleri, kiracılar ya da her bir bağımsız bölümün sahipleri olabilir. Bu kimselerin kusurlu davranışı, firmanın denetim görevini geride bırakacak yoğunlukta ise, zararın firmanın hukuka aykırı fiili neticesinde meydana geldiği söylenemez.

Sorumluluğu tamamen kaldırırsa da azaltan bir neden de zorunlu deprem sigortasıdır. Ancak deprem sigortalarında da iki problemle karşılaşılmaktadır. Birincisi, denetime tabi yapı ve zorunlu deprem sigortasına tabi yapı kavramlarının örtüşmemesidir. İkincisi ise, ağır hasarlı sayılan ya da tamamen yıkılan bir yapıda, zarar görenin zorunlu deprem sigortasından alacağı maddi tazminat miktarının, zararın tamamını karşılamamasıdır. Bu sebeplerle zorunlu deprem sigortasına ilişkin düzenlemelerin de yeniden gözden geçirilmesinde fayda bulunmaktadır.



Son olarak 1999 depreminden bu yana tartışılmakta olan haksız fiillerde zamanaşımı problemine değinmemiz gerekmektedir. Zira o dönem, depremde oluşan zararlarda zamanaşımı süresinin başlangıcı hakkında Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlara istinaden doktrinde üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden, deprem kaynaklı zararlarda hukuka aykırı davranışın yapının teslim edildiği tarihte sona erdiği ve zamanaşımı süresinin bu andan itibaren işlemeye başladığını ileri süren görüşü benimsemek, kanaatimizce hukuka ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır. Bu gerekçeyle tazminat talebinin reddi, bizce bu aykırılığa göz yummak ve zarar görenin menfaatlerini hiçe saymak anlamına gelmektedir. Diğer taraftan da tazminat yükümlüsü olan kimselerin, ne zaman gerçekleşeceğini bilmediğimiz bir depremde oluşacak zararlardan, yaşamları boyunca sorumlu tutulmaları ve bu durumun mirasçıları üzerinde dahi devam etmesi riski, hukuki güvenliğin zedelenmesine sebebiyet verebilir. O halde Yargıtay kararlarına katıldığımızı söylemekle beraber kanaatimizce bu süre sınırsız değildir. Örneğin, denetimin üzerinden elli yıl geçtikten sonra, yapının yıpranma payı ve depremin şiddeti gibi diğer etkenler dikkate alınmaksızın, salt denetim firmalarının kusurlu eylemleri olmasaydı yapının depremde zarar görmeyeceği olgusundan hareket ederek, zamanaşımı defini reddetmek hakkaniyete uygun değildir. Talebin zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile reddedilebilmesi için, somut olayın özelliği ve oluş biçimi birlikte değerlendirilerek bir karara varılması gerekir.

KISALTMALAR

B.	: Bası
BGB	: Das Bürgerliche Gesetzbuch
Dan.	: Danışmanı
DASK	: Doğal Afet Sigortalar Kurumu
Doç.	: Doçent
Dr.	: Doktor
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBDY	: Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TSE	: Türk Standartları Enstitüsü
Vd.	: ve devamı
YDUY	: Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği

KAYNAKÇA

Ahmetoğlu H, “Yapı Malikinin Kusursuz Sorumluluğu ve Yapı Denetim Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluğu” (Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Yüksek Lisans Tezi, Dan: Doç. Dr. Zeynep İpek Yücer Aktürk, Ankara 2022)

Akkurt Sinan S, “Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğa Genel Bakış -II – Haksız Fiil Sorumluluğu” (2023) 1(2) SÜHFD 395-429

__ “Depremden Hasar Gören Binaların Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluğa Genel Bakış – I - Sözleşme Sorumluluğu” (2023) 31(1) SÜHFD 229-260

Ateş T ve Karataş L, “6 Şubat 2023 Depreminden Sonra Hasar Tespit Çalışmalarında İzlenen Sorunlar ve Çözümler” 143-151, (Researchgate, 05 Ekim 2023) <https://www.researchgate.net/publication/369733406_6_Subat_2023_Depreminden_Sonra_Hasar_Tespit_Calismalarinda_Izlenen_Sorunlar_ve_Cozum_Onerileri>

Azimli Çilingiroğlu G, “Türkiye’de Uygulanan Afet Yönetimi Politikalarının İncelenmesi: Yasal Düzenlemeler ve DASK” (2018) Resilience G, 13-21

Başpınar V ve Altunkaya M, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi” (2008) 57(1) AÜHFD 96, 95-131

Baysal B, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur) (On İki Levha Yayıncılık 2012)

Brehm R, “Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Stämpfli Verlag” 2021 (5) AG 1-31

Doğan M, Şahan G ve Atamulu İ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2th, Seçkin Yayıncılık 2021)

Erdoğan İ, “Haksız Fiilde Kusurlu Sorumluluk ve Özellikle Kusur Unsuru” (1990) 3(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 109-124

Eren F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (24th, Yetkin Yayınevi 2019)

Furrer A, Muller-Chen M ve Çetiner B, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (On İki Levha Yayıncılık 2021)

Güleş M, “4708 Sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunun Uygulanmasında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri” (KTO Karatay Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü İnşaat Mühendisliği Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı, Dan.: Prof. Dr. Hüsnü Can, Konya 2019)

Günergök Ö, “İsviçre Borçlar Kanunu’nun Haksız Fiilde Zamanaşımına İlişkin Yeni Düzenlemelerinin Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Değerlendirilmesi” (2021) IV(11) İMHFD 125-154

İnceoğlu M, Baş Süzel E ve AYTEKİN İnceoğlu A, “Haksız Fiil Zamanaşımı ve Suçsuzluk Karinesiyle İlgisi” (2016) 11(145-146) BAÜHFD 149-209

Kayıhan Ş, “Zorunlu Deprem Sigortası” (2004) VIII(1-2) AÜEHFD 497-516

Klett B, “Unsichere Bauten – wann müssen sie saniert werden?” (2023) Schweizerische Baurechtstagung 199-217

Kılıçoğlu A. M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (22 th, Ankara: Turhan Kitabevi 2018)

Koller A, “Solidarität im Schadenersatzrecht” (2022) Aktuelle Juristische Praxis 831-847

Koşar Günhan G, “Haksız Fiil Hukukunun Amacı” (2020) 69 (3) Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi 1437-1473

Kurtulan G, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru” (2017) 23(1) MUHF – HAD 465-504

Nar A, “Yapı Denetim Kuruluşlarının Depremde Meydana Gelen Zararlardan Dolayı Yapı Sahibine Karşı Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu” (2023) 27(1) EB-YÜ-HFD 77-115

Oğuz H, “Sorumluluk Hukukunda Kusur” (2016) 7(28) TAAD 273- 286

Özkan G, “Türkiye’de Yapı Denetim Sistemi ile İlgili Yaklaşımlar” (Yıldız Teknik Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Mimarlık Anabilim Dalı Yapı Programı Yüksek Lisans Tezi, Dan.: Prof. Hakkı Önel, İstanbul 2005)

Savaş T ve Mendev B, Yapı Denetim Hukuku (Legal Yayıncılık 2018)

Siegenthaler T, “Die Haftung für mangelnde Erdbebensicherheit: Der Bauunternehmer und der Eigentümer” (2008) D 0227 SIA-Dokumentation 1-4

Uyumaz A, “Sorumluluk Hukukunda Kusur Kavramı ve Kusurun Tespitine İlişkin Bir Öneri” (2023) XIII(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 503-546

William D. F ve Wesley R. K, “When the Earth Moves and Buildings Tumble, Who Will Pay - Tort Liability and Defenses for Earthquake Damage within the New Madrid Fault Zone” (1991) 22(1) Memphis State University Law Review 1-42 (Heinonline, 22 Temmuz 2023)

Yavuz E, “Yapı Denetim Sözleşmeleri” (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, Dan.: Prof. Dr. Hüseyin Hate-

mi, İstanbul 2015)

Yıldırım T, “Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı” (2019) 25(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı 1520-1538

Yılmaz H, Yapı Denetim Şirketlerinin Hukuki ya da Cezai Sorumluluğu (Adalet Yayınevi 2022)

Yılmaz G, “Zorunlu Deprem Sigortasında Doğal Afet Sigortaları Kurumu’nun Sözleşme Öncesi Hasar Tespiti Yapma Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi” (2021) Ulusal ve Uluslararası Yargı Kararları Işığında Deprem Hukuku Uluslararası Sempozyumu Bildiriler Kitabı 197-224

Ünlütepe M, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Seçkin Yayıncılık 2021).

Zeyrek İ, “İdare Hukuku Açısından Yapı Denetimi” (Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Programı Yüksek Lisans Tezi, Dan: Prof. Dr. Meltem Kutlu Gürsel, İzmir 2019)



DENİZ İŞ HUKUKUNDA GENÇ GEMİ ÇALIŞANLARININ KORUNMASI

"Protection of Young Seafarers In Maritime Labour Law

Ş. Esra BASKAN*

Öz

Zihinsel ve fiziksel olarak olgunluğa erişmemiş, aynı zamanda eğitimleri devam eden çocuk ve genç işçilerin bedensel, fiziksel ve ahlaki gelişimlerine engel olunmaması, aynı zamanda eğitimlerine zarar gelmemesi için çalışma hayatında özel olarak korunması gerekir. Bu itibarla çocuk ve genç işçilerin korunması iş hukukunun en önemli alanlarından biri olup, bir yandan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerinde diğer taraftan ulusal mevzuatımızda konuya ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler genel olarak asgari bir çalışma yaşının öngörülmesi, çocuk ve genç işçilerin çalışabilecekleri işlerin ve çalışma sürelerinin sınırlanması, dinlenme sürelerinin artırılması ile iş sağlığı ve güvenliğinde özel koruyucu önlemlere yer verilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Genç gemi çalışanları ise, denizciliğin beraberinde getirdiği güç çalışma koşulları dolayısıyla ayrıca korumaya muhtaçtır. Buna rağmen 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nda genç gemi çalışanlarına ilişkin olarak hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir. Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği ile 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve bu Kanun kapsamında çıkarılan yönetmelikler kapsamında yer alan bazı düzenlemeler genç gemi çalışanları için kimi hükümler içermekle birlikte yetersizdir. Zira gerek onaylanmış olduğumuz Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerinde gerekse hukukumuz açısından henüz yürürlükte olmasa da Denizcilik Çalışma Sözleşmesinde (Maritime Labour Convention – 2006) (MLC 2006) genç gemi çalışanlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle Denizcilik Çalışma Sözleşmesiyle gemilerde asgari çalışma yaşı kural olarak 16 olarak belirlenmiş, genç gemi çalışanlarının çalışma süreleri günde 8 saati ve haftada 40 saat ile sınırlandırılmış, yıllık ücretli izne ilişkin özel düzenlemeler yapılması öngörülmüş, genç gemi çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği konusunda da ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Çalışmamızda, deniz iş hukukunda genç gemi çalışanlarının korunması kapsamındaki düzenlemeler incelenmiş, özellikle Denizcilik Çalışma Sözleşmesi düzenlemeleri karşısında ulusal mevzuatımız değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Gemi çalışanları, genç gemi çalışanları, deniz iş hukuku, Denizcilik Çalışma Sözleşmesi, asgari çalışma yaşı, genç gemi çalışanlarının korunması

Abstract

Labour protection of child and young workers constitutes one of the most important fields of labour law. For this reason, regulations have been included in the United Nations Convention on the Rights of the Child, the European Social Charter (Revised), various Conventions of the International Labour Organization and our national legislation for the protection of the

* Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

* Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 09.01.2024

* Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Dr. Öğr. Üyesi (ÜAK Doçent), Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, esrabskn@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0003-2386-5771>.

workers in question. These regulations generally appear in the form of stipulating a minimum working age, limiting the job that child and young workers can work in, limiting working hours, increasing rest periods and including special protective measures in occupational health and safety. On the other hand, seafarers are in need of additional protection due to the difficult working conditions brought about by working at sea. In the Maritime Labour Law No 854, there is no regulation regarding young seafarers. Although there are some regulations within the Regulation on Seafarers and Pilots, the Occupational Health and Safety Law No 6331 and the regulations enacted under this Law, they are insufficient. Because, although it is not yet in force in terms of our law, detailed regulations regarding young seafarers are included in the Maritime Labour Convention 2006, the minimum working age on ships is determined as sixteen as a rule, the working hours of young seafarers are limited to 8 hours a day and 40 hours a week and envisaged to make special regulations regarding annual paid leave, special regulations were envisaged, and detailed regulations were made on the occupational health and safety of young ship workers. The aim of this paper is to examine the regulations within the scope of the protection of young seafarers in maritime labour law and in this context, to evaluate the national legislation against the regulations of the Maritime Labour Convention 2006.

Keywords: Seafarers, young seafarers, maritime labour law, Maritime Labour Convention, minimum working age, protection of young seafarers.

GİRİŞ

İş Hukukunun en önemli düzenleme alanlarından biri çocuk ve genç işçilerin korunmasıdır. Zihinsel ve fiziksel olarak olgunluğa erişmemiş, aynı zamanda eğitimleri devam eden çocuk ve genç işçilerin bedensel, fiziksel ve ahlaki gelişimlerine engel olunmaması, aynı zamanda eğitimlerine zarar gelmemesi için özel olarak korunması gerekir. Söz konusu koruma ihtiyacı gemi çalışanları için özel bir öneme sahiptir. Zira gemide çalışma pek çok açıdan ağır çalışma koşullarını beraberinde getirir. Ancak Türk Hukukunda genç gemi çalışanlarının korunması için yeterli düzenlemelere yer verilmemiş, özellikle Deniz İş Kanunu'nda konuya ilişkin hiçbir düzenleme yapılmamış, bu kapsamda mevzuatın uluslararası sözleşmelere uygunluğu sağlanamamıştır. Pek çok yönden eksikliği aşikar olan ve çağın koşullarına uygun olmayan 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun yeniden düzenlenmesi, söz konusu düzenlemeler yapılırken uluslararası normların dikkate alınması zorunlu olup, amacımız mevcut düzenlemelerdeki genç gemi çalışanlarının korunmasına ilişkin eksikliklere dikkat çekmek ve olması gereken hukuk bakımından değerlendirme yapmaktır.

Bu bağlamda çalışmamızın amacı, genç gemi adamlarının korunmasına ilişkin kuralların incelenmesi, özellikle uluslararası sözleşmelerin öngördüğü standartların belirlenmesi, başka hukuk sistemlerindeki düzenlemelere yer verilerek, Türk Hukukundaki düzenlemelerin açıklanması ve uluslararası sözleşmelere uygunluğunun değerlendirilmesidir. Bu amaçla çalışmamızda öncelikle genel olarak çocuk ve genç işçilerin korunmasına değinilecek, daha sonra genç gemi çalışanlarının korunmasına ilişkin uluslararası ve ulusal düzenlemelerdeki özel koruyucu hükümlere yer verilecektir. Belirtmek gerekir ki, çalışmamızın kapsamı bir iş sözleşmesine dayalı olarak çalışan çocuk ve genç işçilerle sınırlı olup, çırak veya stajyer olarak çalışanlar ile bağımsız çalışanların çalışma ilişkileri incelenmeyecektir.

I. GENEL OLARAK ÇOCUK VE GENÇ İŞÇİLERİN KORUNMASI

Hukuk sistemlerinde genel olarak bireylerin fiziksel ve zihinsel olgunluğa 18 yaşını doldurmakla eriştiği kabul edilmiş ve hukuki işlem ehliyeti bu yaş için tanınmıştır¹. İş hukukunda da 18 yaşını doldurmuş olan bu işçiler yetişkin olarak kabul edilir². Buna rağmen 18 yaşını doldurmamış olanların, hukuki terimiyle küçüklerin, yasal temsilcilerinin rızasıyla belirli hukuki işlemleri yapmaları kabul edilmekte, bu kişiler aynı zamanda kimi zaman işçi sıfatıyla çalışma hayatına dâhil olmaktadır. 18 yaşını doldurmamış işçiler iş hukukunda küçük işçi olarak kabul edilir³. Küçük işçilerden 14 yaşını doldurmuş ancak henüz 15 yaşını tamamlamamış olanlar çocuk, 15 yaşını doldurmuş ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış olanlar ise genç işçi olarak adlandırılır⁴.

Bir yandan ailelerin içinde bulunduğu yoksulluk ve eğitim sistemindeki aksaklıklar, bir yandan ülkenin veya yörenin gelenekleri, diğer yandan ucuz iş gücü olarak değerlendirilen çocuk ve genç işçilerin çalıştırılması konusundaki işveren yönelimleri sanayi devriminden bu yana hukuken küçüklerin çalıştırılmasını oldukça sık rastlanan bir olgu haline getirmiştir⁵. Ancak küçüklerin çalışması pek

¹ Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesinde fiil ehliyetine sahip olmanın koşullarından biri olarak ergin olmak öngörülmüş, erginlik ise aynı Kanunun 11. maddesinde kural olarak 18 yaşının doldurulması şeklinde düzenlenmiştir.

² Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, 'Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış' (2013) 15 (Özel Sayı) Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 481, 484

³ Adnan Tuğ ve Ulaş Baysal, 'İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması' (2011) II Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan 1869,1871; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n2) 484

⁴ Nitekim 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 3. maddesi genç çalışanı 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını doldurmamış çalışan olarak tanımlamış; Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde genç işçinin 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış kişiyi, çocuk işçinin 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimi tamamlamış kişiyi ifade ettiği düzenlenmiştir. Yine 94/33/EC sayılı AB Konsey Direktifinin 3. maddesinde genç kişi (young person) 18 yaşının altındaki herhangi bir kişi; çocuk (child), 15 yaşından küçük veya ulusal yasalara göre hâlâ zorunlu tam zamanlı eğitime tabi olan herhangi bir genç kişi; ergen (adolescent) ise ulusal yasalara göre artık zorunlu tam zamanlı okula tabi olmayan, en az 15 yaşında ancak 18 yaşından küçük herhangi bir genç kişi olarak tanımlanmıştır. Öğretideki çocuk ve genç işçi tanımlarına ilişkin ayrıca bkz Tankut Centel, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği (1. Bası, Fakülteler Matbaası 1982) 33 vd; Ünal Narmanlıoğlu 'İş Hukukunda Çocukların Korunması' (2000) Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan 669, 673; Fevzi Demir, 'Çalışma Hayatında Çocukların Korunması' (2012) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 547, 563; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n2) 485; Nick Turner, Connie Deng, Steve Granger, Timothy G. Wingate, Rabeel Shafqat ve Paul M. Dueck, 'Young Workers and Safety: A Critical Review and Future Research Agenda' (2022) (83) Journal of Safety Research 80 <[⁵ Barış Şahin, Çocuk İşçilerin Korunması \(1. Bası, Yetkin Yayınları 2010\) 47 vd; Emine Akyüz, Çocuk Hukuku \(6. Bası, Pegem Akademi Yayınevi 2018\) 472 vd; Bozkurt Gümrükçüoğlu \(n2\) 489 vd; İlke Gürsel, 'Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması' \(2016\) LXXIV \(Özel Sayı\) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 415, 416; Narmanlıoğlu \(n4\) 670 vd Çocuk ve genç işçilerin çalışma nedenleri ile ilgili ayrıntılı değerlendirmeler için ayrıca bkz Kadriye Bakırcı, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması \(1. Bası, Beta Yayınevi 2004\) 21 vd](https://pdf.sciencedirectassets.com/271707/1-s2.> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023</p></div><div data-bbox=)



çok açıdan sorun yaratacak niteliktedir. Nitekim henüz fiziksel ve zihinsel gelişimlerini tamamlanmamış olan bu kişilerin çalışma hayatı içinde yer alması bir yandan sağlıkları ve gelişimleri diğer yandan eğitimleri ile ilgili ciddi sorunların doğmasına neden olur⁶. Gerçekten çalışan çocuk ve genç işçiler özellikler ağır fiziksel güç kullanımı, gürültü, kirlilik, toz gibi etkenler dolayısıyla biyolojik gelişimlerinde sorun yaşamakta, ayrıca ruh sağlıkları da bozulabilmektedir⁷. Dahası özellikle tehlikeli işlerde, uygun olmayan koşullarda, uzun çalışma süreleri ve yetersiz dinlenme sürelerine maruziyette bu sorunlar daha da artmaktadır. Böyle bir çalışma ortamı genç ölümlerine⁸ ve sakatlıklara yol açmaktadır⁹. Öte yandan sağlıklı nesiller yetiştirilememiş bir ülkede toplumsal sorunlar da doğru orantılı olarak artar. Bu nedenle küçüklerin çalışması konusunda benimsenecek kuralların mümkün olduğunca işçiyi koruyucu nitelikte düzenlenmesi, çocuk ve gençlerin biyolojik güçsüzlüğünün dikkate alınarak, çocukluk döneminin çalışma yaşamının dışında geçirmesi ve gençlik döneminde sınırlı çalışmasını sağlayacak şekilde öngörülmesi¹⁰, çocuk ve genç işçiler için özel koruma sağlanması zorunludur¹¹. Bu zorunluluk pek çok uluslararası sözleşmede de açıkça ortaya koyulmuştur. Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin¹² 1. maddesine göre çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşına kadar her insan çocuk sayılır ve aynı sözleşmenin 32. maddesine göre, taraf devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitime

⁶ Akyüz (n5) 474 vd; Narmanlıoğlu (n4) 674; Orhan Ersun Civan, 'İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar' (2017) 4 Ankara Barosu Dergisi 205, 225; Gürsel (n5) 415; Tuğ ve Baysal (n4) 1869; Bakırçı, Çocuk ve Genç İşçiler (n5) 41 vd; Şahin (n5) 38 vd

⁷ Akyüz (n5) 474, 475

⁸ Nitekim 1993-1997 ile 1998-2002 arasındaki genç işçi ölümleri araştırmalarının karşılaştırılmasında, tüm koruyucu mevzuat hükümlerine rağmen çocuk ve genç işçilerin yetişkin işçilerle aynı şekilde mesleki risklere maruz kaldığı, 14-17 yaş arasındaki işçilerdeki ölümlerin özellikle inşaat sektörü gibi bazı sektörlerde arttığı belirtilmiştir. Bkz Janice Windau ve Samuel Meyer, 'Occupational Injuries Among Young Workers' (2005) 128 (10) Monthly Labor Review 11 vd <<https://www.jstor.org/stable/23803788>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023; Yine bir başka incelemede Amerika kaynaklarına göre, 1992-1997 yılları arasında 17 yaşının altındaki 403 işçinin hayatını kaybettiği belirtilmiş, ölümle sonuçlanan bu kazaların çoğunluğunun tarım, inşaat ve hizmet sektöründe olduğu ifade edilmiştir. Bkz Janice Windau, Eric Sygnatur ve Guy Toscano, 'Profile of Work Injuries Incurred by Young Workers' (1999) 122 (6) Monthly Labor Review 3 vd <<https://www.jstor.org/stable/41845063>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023

⁹ Bozkurt Gümrükçüoğlu (n2) 497

¹⁰ Murat Engin, 'Gençlerin İş Güvenliği' (1994) 8 (5) Çimento İşveren Dergisi 11, 11; Centel (n4) 1 vd.

¹¹ Madeleine Gray Bullard, 'Child Labor Prohibitions Are Universal, Binding, And Obligatory Law: The Evolving State Of Customary International Law Concerning The Unempowered Child Laborer' (2001) 24 (1) Houston Journal of International Law 139 <<https://international.vlex.com/vid/binding-evolving-customary-concerning-56467393>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023

¹² Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye Sözleşmeyi 1994 yılında onaylamıştır. (Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4058, Kabul Tarihi: 09.12.1994, RG 11.12.1994/22138)

zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul edip, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, taraf devletler özellikle işe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit etmek, çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yapmak ve bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörmek önlemlerini alır.

Benzer şekilde Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın¹³ 7. maddesinde akit tarafların, çocukların ve gençlerin korunma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; çocukların sağlık, ahlak ve eğitimleri için zararlı olmayacağı belirlenen hafif işlerde çalıştırılmaları durumu dışında asgari çalışma yaşının 15; tehlikeli veya sağlığa zararlı olduğu öngörülen işlerde, asgari çalışma yaşının 18 olmasını; henüz zorunlu eğitim çağında olanların, eğitimlerinden tam anlamıyla yararlanmalarını engelleyecek işlerde çalıştırılmamalarını; 18 yaşından küçüklerin çalışma sürelerinin, gelişmeleri ve öncelikle de mesleki eğitim gereksinimleri uyarınca sınırlandırılmasını sağlamayı; çalışan gençlerin ve çırakların adil bir ücret ve diğer uygun ödemelerden yararlanma hakkını tanımayı; gençlerin, işverenlerin izniyle normal çalışma saatlerinde mesleki eğitimde geçirdikleri sürenin, günlük çalışma süresinden sayılmasını sağlamayı; 18 yaşın altındaki çalışanlara yılda en az dört haftalık ücretli izin hakkını tanımayı; 18 yaşın altındaki kişilerin, ulusal yasalar ve yönetmeliklerle belirlenen işler dışında gece işinde çalıştırılmamalarını; ulusal yasalar veya yönetmeliklerle belirlenen işlerde çalışan 18 yaşın altındaki kişilere düzenli sağlık kontrolü yapılmasını ve çocukların ve gençlerin özellikle doğrudan veya dolaylı olarak işlerinden doğan tehlikeler başta olmak üzere, uğradıkları bedensel ve manevi tehlikelere karşı özel olarak korunmalarını sağlamayı taahhüt edecekleri hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün küçüklerin istihdamına ilişkin pek çok sözleşmesi bulunmaktadır. Hatta Örgütün sekiz temel sözleşmesinden ikisi¹⁴ çocuk ve genç işçilerin korunmasıyla ilgilidir. Söz konusu sözleşmelerden ülkemizin de onaylamış oldukları 15 No'lu Asgari Yaş (Trimciler ve Ateşçiler) Sözleşmesi, 58 No'lu Asgari Yaş (Deniz) Sözleşmesi (Revize), 77 No'lu Gençlerin Tıbbi Muayenesi (Sanayi) Sözleşmesi, 123 No'lu Asgari Yaş (Yeraltı İşleri) Sözleşmesi, 138 No'lu Asgari Yaş Sözleşmesi, 182 No'lu En Kötü Biçimlerde-

¹³ Bkz Avrupa Sosyal Şartı'nın Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 3581, Kabul Tarihi: 16.06.1989, RG 04.07.1989/20215 ve Avrupa Sosyal Şartına Değişiklik Getiren Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 5546, Kabul Tarihi: 27.09.2006, RG 03.10.2006/26308

¹⁴ Bu sözleşmeler 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi ve 182 sayılı En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesidir.

ki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi'dir.

Bu kapsamda özellikle 182 sayılı Sözleşme hükümlerine yer vermek gerekir. Sözleşmenin 1. maddesine göre sözleşmeyi onaylayan her üye ülke acil bir sorun olarak en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin yasaklanmasını ve ortadan kaldırılmasını temin edecek ivedi ve etkin önlemleri almayı taahhüt etmektedir. 18 yaşının altındaki herkese uygulanacak olan Sözleşme (md 2) "en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliği" ni,

- Çocukların alım-satımı ve ticareti;
- Borç karşılığı veya bağımlı olarak çalıştırılması, askeri çatışmalarda çocukların zorla ya da zorunlu tutularak kullanılmasını da içerecek şekilde zorla ya da mecburî çalıştırmaları gibi kölelik ve kölelik benzeri uygulamaların tüm biçimleri;
- Çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılması, bunlar için tedarikini ya da sunumu;
- Çocuğun özellikle ilgili uluslararası anlaşmalarda belirtilen uyuşturucu maddelerin üretimi ve ticareti gibi yasal olmayan faaliyetlerde kullanılması, bunlar için tedarikini ya da sunumu;
- Doğası veya gerçekleştirildiği koşullar itibarıyla çocukların sağlık, güvenlik veya ahlaki gelişimleri açısından zararlı olan işler şeklinde tanımlamıştır (md 3).

Sözleşmeye göre her üye, işçi ve işveren kuruluşlarına danıştıktan sonra bu Sözleşme hükümlerinin uygulanmasını izleyecek uygun mekanizmalar kurmak ya da belirlemek (md 5); en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinin öncelikli olarak ortadan kaldırılması için eylem programlarını belirlemek ve uygulamak; bu eylem programlarını, uygun olduğu takdirde diğer ilgili grupların görüşleri de göz önüne alınarak ilgili hükümet kurumları ve işçi ve işveren kuruluşlarına danışılarak belirlemek ve yürütmek (md 6); cezaî yaptırımların ya da uygun olduğu takdirde diğer yaptırımların kararlaştırılması ve uygulanması da dâhil olmak üzere, bu Sözleşme hükümlerinin etkin şekilde uygulanmasını ve yürütülmesini sağlayacak gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Taraf devletler ayrıca, çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılmasında eğitimin önemini dikkate alarak etkin ve belli bir zamanla sınırlı olarak çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğine dâhil olmalarının önlenmesi; çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinden uzaklaştırılmaları, sosyal uyumları ve rehabilitasyonları için gerekli ve uygun doğrudan yardım sağlanması; çocukların en kötü biçimlerdeki çocuk işçiliğinden uzaklaştırılmaları için ücretsiz temel eğitim ve mümkün ve uygun olduğu takdirde mesleki eğitim sağlanması; özel olarak riskli durumda bulunan çocukların belirlenmesi ve onlara ulaşılması ve kız çocuklarının özel durumunun dikkate alınması önlemlerini almak; yürürlüğe konan bu Sözleşme hükümlerini uygulamak için sorumlu olan yetkili makamı belirlemek (md 7) yükümlülüğü altındadır.

Tüm bu düzenlemelere rağmen günümüzde halen küçük yaşta çalışmanın önüne geçilmediği görülmektedir¹⁵. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü'nün verilerine göre¹⁶, dünyada 63 milyonu kız, 97 milyonu erkek çocuğu olmak üzere toplam 160 milyon çocuk, diğer bir deyişle her 10 çocuktan biri, halihazırda çocuk işçi olarak çalışmakta, sayıları 79 milyonu bulan bu çocukların yaklaşık yarısı sağlıklarını ve gelişimlerini etkileyen tehlikeli işlerde istihdam edilmektedir. Ülkemiz açısından bakıldığında ise TÜİK verileri, 15-17 yaş grubundaki çocukların işgücüne katılma oranının %16,2 olduğuna işaret etmektedir. Buna göre işgücüne katılma oranı cinsiyete göre incelendiğinde; bu oranın erkek çocuklar için %23,4 kız çocuklar için %8,6'dır¹⁷.

Oysa yukarıda da değinildiği üzere, ortaya çıktığı ilk dönemlerden bu yana işveren karşısında ekonomik açıdan güçsüz durumda olan işçi sınıfının¹⁸ iş ilişkileri bakımından korunmasını asli amaç edinen ve bu amaçla özel hukukta geçerli sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlayarak adil ücret, uygun çalışma ve dinlenme süreleri, sağlıklı ve güvenli çalışma koşullarının sağlanmasına hizmet eden iş hukukunda çocuk ve genç işçiler bakımından özel ve kapsamlı düzenlemelere yer verilmesi ve bu kuralların eksiksiz bir şekilde uygulamaya geçirilmesi zorunludur. Bu kapsamda iş sözleşmesi yapma ve içeriğini belirleme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar çocuk ve genç işçiler açısından daha belirgin bir görünüm kazanmakta, 18 yaşından küçük işçiler bakımından getirilen hukuk kuralları daha sınırlayıcı ve koruyucu¹⁹ bir niteliğe bürünmektedir.

Çalışma yaşamında 18 yaşından küçüklerin korunması kapsamında öncelikli olarak belirli bir yaşın altındakiler çalışma yaşamının tamamen dışında bırakılması ve özellik gösteren bazı işlerde belirli yaşın altındakilerin çalıştırılması yasaklanmalıdır. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü 138 sayılı Sözleşmesi ile asgari çalışma yaşının zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında olamayacağı düzenlenmiştir. Söz konusu yaşın her halükârda 15 yaşın üzerinde olması zorunludur. Sözleşmeye göre ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan, her üye bu maddenin 3. fıkrası hükümlerini dikkate almaksızın varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra, asgari yaşı başlangıçta 14 olarak belirleyebilir (md 2). Doğası veya yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü istihdam veya çalışmaya kabul için asgari yaş 18'in altında olmayacaktır (md 3).

¹⁵ Çocuk işçiliğinin tarihsel süreci ile ilgili ayrıntılı olarak bkz Demir (n4) 547 vd

¹⁶ <<https://www.ilo.org/ankara/projects/child-labour/lang--tr/index.htm>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023

¹⁷ TÜİK Hane halkı İşgücü Araştırması 2020 yılı sonuçları için bkz <<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Cocuk-2020-37228>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023

¹⁸ Zayıf tarafın korunmasıyla ilgili olarak bkz Kübra Doğan Yenisey, İş Hukukunun Emredici Yapısı (1. Bası, Beta Yayınevi 2014) 11 vd

¹⁹ Öner Eyrenci, Savaş Taşkent, Devrim Ulucan ve Ş Esra Baskan, İş Hukuku (10. Bası, Beta Yayınevi 2020) 107



Avrupa Birliğinin konuya ilişkin 94/33/EC sayılı Konsey Direktifinde²⁰ de asgari çalışma yaşı kural olarak iç hukukta belirlenen zorunlu eğitimi bitirme yaşı ve her durumda en az 15 yaş olarak belirlenmiştir (md 1). Ancak yetkili makam tarafından belirlenen koşullara uygun olarak yapılması koşuluyla, birleşik iş/eğitim programı veya fabrika içi iş deneyimi programı kapsamında en az 14 yaşındaki çocuklar çalışabilir (md 4/1-b). Yine kültür, sanat, spor veya reklam dışındaki hafif işler yapan en az 14 yaşındaki çocuklar; ulusal mevzuatla belirlenen iş kategorileri söz konusu olduğunda, 13 yaşındaki çocuklar tarafından haftada sınırlı sayıda saat için yapılabilir (md 4/1-c). Ayrıca Direktifin 5. maddesine göre çocukların kültür, sanat, spor veya reklam faaliyetlerinde icra amacıyla çalıştırılmaları yetkili makam tarafından önceden verilecek izne tabi olup, söz konusu faaliyetler çocukların güvenliği, sağlığı veya gelişimi için zararlı olmamalı ve okula devamlarına, yetkili mercilerce onaylanan mesleki rehberlik veya eğitim programlarına katılmalarına veya aldıkları eğitimden yararlanmalarına engel teşkil etmemelidir.

Konuya ilişkin ulusal mevzuatımızdaki en temel düzenleme Anayasa'nın 50. maddesidir. Düzenlemeye göre "*Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar*". Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 71 vd maddelerinde düzenlemeye yer verilmiştir²¹. Buna göre 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasak olup, 14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. 14 yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler. Çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez²². İş Kanunu'nun 71. maddesinde ayrıca 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçiler bakımından yasak olan işler ile 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını tamamlamamış genç işçilerin çalışmasına izin verilecek işler, 14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış çocukların çalıştırılabilecekleri

²⁰ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31994L0033>> Erişim Tarihi 3 Mayıs 2023

²¹ İş Kanunu ve diğer iş kanunları kapsamında ayrıntılı incelemeler için bkz Ercüment Özkara ve Canan Ünal, 'Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu' (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan 355, 372 vd

²² Konuya ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz Hande Bahar Aykaç, 'Hukuksal Açıdan Çocuk ve Genç İşçiliği' (2015) 116 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 335, 357 vd

hafif işler ile 16 yaşını doldurmuş fakat 18 yaşını bitirmemiş genç işçilerin çalışabileceği işlerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirleneceği ifade edilmiş, söz konusu yönetmelik Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik adı altında yürürlüğe girmiştir²³. Öte yandan İş Kanunu'nun 73. maddesi ile sanayie ait işlerde 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaklanmış; Postalar Hâlinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin²⁴ 5. maddesine göre gece dönemine denk düşen 20.00-06.00 saatleri arasındaki işçi postalarında, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin çalıştırılmayacağı hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca İş Kanunu'nun 72. maddesine göre, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde 18 yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır.

Asgari çalışma yaşının üzerinde olan çocuk ve genç işçilerin ise çalışma ve dinlenme süresi ile iş sağlığı ve güvenliği konularında özel olarak korunması gerekir. Türk Hukukunda bu konuya ilişkin de düzenlemelere yer verilerek, zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatlerinin günde yedi ve haftada otuz beş saatten; sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanlar bakımından ise günde beş ve haftada otuz saatten fazla olamayacağı; bu sürenin, 15 yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilirliği; okul öncesi çocuklar ile okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma sürelerinin, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabileceği hükme bağlanmıştır (İş Kanunu md 71).

Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda çocuk ve genç işçilere ilişkin özel düzenlemeye sadece İş Kanunu ve bu kanuna dayalı çıkarılan yönetmeliklerde yer verilmemiş, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanununda²⁵ konuya ilişkin çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 173. maddesine göre on iki yaşından aşağı bütün çocukların fabrika ve imalathane gibi her türlü sanat müesseseleriyle maden işlerinde amele ve çirak olarak istihdamı yasak olup, on iki yaş ile 16 arasında bulunan kız ve erkek çocuklar günde azami sekiz saatten fazla çalıştırılmaz Kanuna göre ayrıca on iki yaş ile 16 yaş arasında bulunan çocukların saat yirmiden sonra gece çalışmaları yasaktır (md 174). Yine aynı kanuna göre bütün amele için gece hiz-

²³ RG 06.04.2004/25425

²⁴ RG 07.04.2004/25426

²⁵ 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun 12. maddesine göre "*Kanunî istisnalar saklı kalmak üzere, eğlence, oyun, içki ve benzeri amaçlı umuma açık ve açılması izne bağlı yerlerde 18 yaşından küçükler çalıştırılmaz. Polis bar, pavyon, gazino, meyhane gibi içkili yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlere yanlarında veli ve vasileri olsa bile 18 yaşını doldurmamış küçüklerin girmesini meneder. Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında 17. işyerleri hakkında da 6. madde hükümlerine göre işlem yapılır*".



metleriyle yer altında icrazı lazımgelen işler 24 saatte sekiz saatten fazla devam edemez (md 175); mahalli belediyelerince bar, kabare, dans salonları, kahve, gazino ve hamamlarda 18 yaşından aşağı çocukların istihdamı menolunur (md 176). Belirtmek gerekir ki, söz konusu kanun genel kanun niteliği taşıdığından, çocuk ve genç işçilere ilişkin özel hüküm içermeyen Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçiler bakımından uygulanacak niteliktedir. Buna rağmen kanunla getirilmiş olan on iki yaş sınırının yukarıda açıklanan uluslararası sözleşmelere uygun olmadığı ifade edilmelidir²⁶. Bu bağlamda özel hüküm bulunmayan kanunlara tabi işçiler bakımından Anayasa'nın 90. maddesi gereği uluslararası sözleşmeler uygulanması gerekir. Nitekim öğretide de sözleşmenin doğrudan uygulanabilir olduğunun kabulü ile birlikte yapılacak yasal değişikliklerle tüm bağımlı çalışanları kapsayacak asgari bir çalışma yaşının tespitinin daha isabetli olacağı ifade edilmiştir²⁷.

II. GENÇ GEMİ ÇALIŞANLARININ ÖZEL OLARAK KORUNMASI İHTİYACI VE GENÇ GEMİ ÇALIŞANLARININ KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Çalışmamızın asıl konusu genç gemi çalışanlarının korunmasıdır. 18 yaşının altındaki işçilerin diğer çalışma alanlarında olduğu gibi, denizcilikte de özel olarak korunması gerekir. Hatta çocuk ve genç işçilerin korunması gemide çalışma söz konusu olduğunda ayrı bir önem arz eder. Bunun nedeni gemi çalışanlarının²⁸ çalışma ilişkilerinin kendine özgü bazı özellikleri bulunmasıdır. Nitekim gemi çalışanları çalışmalarını gemide sürdürmekte, hatta uzak mesafe sefer yapan gemilerde çalışanlar tüm zamanlarını, fiilen çalışmadığı süreleri dahi, gemide ve işverenin kurallarına bağımlı olarak geçirmekte²⁹, deniz yolculuğunun zorluklarıyla mücadele etmekte, deniz ve gemiyle ilgili mesleki risklerle karşı karşıya kalmaktadırlar³⁰. Özellikle iş yükünün ağırlığı, uzun çalışma saatleri, gemideki hareket, gürültü ve titreşim gibi çevresel stres etkenleri, rahatsız uyku, gece vardiyası, değişken

²⁶ Tuğ ve Baysal (n4) 1871; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n2) 513

²⁷ Kadriye Bakırcı, 'Türk İş Hukuku'nda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık' Berrin Ceylan Ataman (ed) Prof. Dr. Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını 2007) 102, 103; Bozkurt Gümrükçüoğlu (n2) 488, 513

²⁸ Mevzuatımızda gemi çalışanlarını ifade etmek için "gemi adamı", ILO sözleşmelerinde ise "seafarer" terimi kullanılmaktadır. Çalışmamızda gemi çalışanı ifadesi tercih edilmekle birlikte, mevzuat hükümlerinin açıklanmasında yasal ifadeye uygun olarak zaman zaman gemi adamı ifadesine de yer verilmiştir.

²⁹ Devrim Ulucan, *Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler* (1. Bası, Türk Denizciler Sendikası Yayını 1986) 27

³⁰ Samantha K. Brooks ve Neil Greenberg, 'Mental Health and Psychological Wellbeing of Maritime Personnel: A Systematic Review' (2022) 10 (139) BMC Psychology <<https://bmcpsychology.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40359-022-00850-4>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2023 Bektaş Kar, *Deniz İş Hukuku* (3. Bası, Yetkin Yayınevi 2021) 25 Mehmet Nusret Bedük 'ILO Tarafından Kabul Edilen Konsolide Bir Sözleşme "Deniz İş Sözleşmesi"' (2012) 27 Sicil İş Hukuku Dergisi 242

hava, iş güvenliği eksikliği, korsanlıkla karşılaşmak gibi riskler gemi çalışanlarını diğerlerinden ayırmaktadır³¹. Denizciliğin söz konusu özel koşulları, gemi çalışanları için özel düzenlemeleri zorunlu kılmış³², hatta hukukumuzda da olduğu gibi iş ilişkisinin ayrı bir kanunla düzenlenmesine yol açmıştır. Denizde çalışan işçilerin çalışma koşullarını başlı başına özel düzenlemeye konu olurken, genç gemi çalışanlarının fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimlerini tamamlamamış olması faktörü de dikkate alındığında deniz iş hukukunun bu alanda özel olarak incelenmesi gerekir. Nitekim Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1976 yılında kabul ettiği genç gemi çalışanlarının korunması konusundaki tavsiye kararında üye devletlerin savaş gemileri dışındaki tüm gemilerde 18 yaşının altındaki tüm çalışanları kapsayacak şekilde tanımlanan (md 7) genç gemi çalışanlarının sağlık, güvenlik, ahlak ve refahlarının etkin bir şekilde korunmasını sağlamaları gerektiği kabul edilmiştir³³. Çalışmamızda da genç gemi adamlarının korunmasında ilişkin uluslararası sözleşmeler ve ulusal düzenlemeler incelenecek, söz konusu düzenlemeler ışığında denizde asgari çalışma yaşı, genç gemi çalışanlarının çalışma ve dinlenme süreleri, iş sağlığı ve güvenliği konularında koruyucu düzenlemeler değerlendirilecektir.

Genç gemi çalışanlarının korunmasına ilişkin olarak üzerinde durulması gereken düzenlemelerden ilki, Avrupa Birliğinin 1999/63/EC sayılı Konsey Direktifidir³⁴. Söz konusu Direktifle kabul edilen anlaşma hükümlerinin herhangi bir Üye Devletin topraklarında kayıtlı olan ve normal olarak ticari denizcilik faaliyetlerinde bulunan, kamuya veya özel sektöre ait, her türlü açık deniz gemisinde bulunan denizciler için geçerli olduğu kabul edilmiş, gemi çalışanlarının çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Genç gemi çalışanlarının korunmasıyla ilgili olarak ayrıca Uluslararası Çalışma Örgütü'nün çeşitli tarihlerde kabul ettiği sözleşmeler bulunmaktadır. Söz konusu sözleşmeler içinde ülkemizin de onaylamış oldukları 15 No'lu Asgari Yaş (Trimciler ve Ateşçiler) Sözleşmesi, 58 No'lu Asgari Yaş (Deniz) Sözleşmesi (Revize) ve 138 No'lu Asgari Yaş Sözleşmesidir. Dolayısıyla genç gemi çalışanlarının korunmasına ilişkin iç hukuk kurallarının, söz konusu sözleşmelerle belirlenen standartlara uygun olması gerekir. Bu kapsamda özellikle 138 sayılı Sözleşmenin tüm ekonomik faaliyet alanlarını kapsayan bir sözleşme olduğu³⁵, bu kapsamda denizde çalışan işçiler bakımından da uygulanması gerektiğinin altı çizilmelidir.

³¹ Brooks ve Greenberg (n30) 2.

³² Can Tuncay, 'ILO Normları Işığında Gemi Adamının Çalışma ve Dinlenme Süreleri' (2008) Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan 91, 91; Nusret Bedük, *Deniz İş Sözleşmesi* (1. Bası, Ekin Yayınevi 2012) 2.

³³ Tavsiye kararı için bkz <https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/1976/76B09_207_engl.pdf> Erişim Tarihi 8 Mayıs 2023

³⁴ <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31999L0063>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023

³⁵ Ayşe Gül Kökkılınç, *Çocuk İşçinin İş İlişkisi* (1. Bası, Legal Yayınevi 2023) 99



Sözleşmenin 5. maddesinde yetkili makamın gerektiğinde, varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerine danıştıktan sonra özel ve önemli uygulama sorunlarının çıktığı sınırlı istihdam ve çalışma kategorilerini bu sözleşmenin uygulama alanı dışında tutabileceği, ancak madencilik ve maden çıkarımı; imalat; inşaat; elektrik, gaz ve su; temizlik hizmetleri; ulaştırma, depolama ve haberleşme; düzenli olarak ücretli işçi istihdam etmeyen ve yerel tüketim amacıyla üretim yapan küçük ölçekli aile işletmeleri dışında kalan ticari amaçlı üretimde bulunan diğer tarım işletmeleri ve plantasyonlarda bu sözleşme hükümlerinin her halükarda uygulanacağı ifade edilmiştir (md 6).

Öte yandan bugün konuya ilişkin en temel uluslararası sözleşmenin Denizcilik Çalışma Sözleşmesi (*Maritime Labour Convention – 2006*) olduğu ifade edilmelidir. Denizcilik Çalışma Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından gemi çalışanlarının çalışma ilişkilerine ilişkin bütün uluslararası standartları bir araya getirilerek kapsamlı bir çatı düzenlemesi olarak kabul edilmiş olup³⁶, hukukumuzda 2.3.2017 tarihinde 6898 sayılı “*Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*”³⁷ ile uygun bulunmuş ancak Cumhurbaşkanının onay kararı ve sözleşmenin Resmî Gazetede yayınlanması koşulları henüz gerçekleşmediğinden onay süreci tamamlanmamıştır³⁸. Buna rağmen mevcut du-

³⁶ Denizcilik Çalışma Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansı tarafından Cenevre’de 7 Şubat 2006’da toplanan 94. Oturumda ele alınmış ve Sözleşmenin giriş bölümünde belirtildiği üzere denizde çalışma ile ilgili mevcut uluslararası sözleşmelerde ve tavsiye kararlarında yer alan yürürlükteki bütün normları, aynı zamanda diğer uluslararası çalışma sözleşmelerinde belirtilen temel ilkeleri ve bu alandaki sözleşmeleri mümkün olduğunca tek ve uyumlu bir belge oluşturmak arzusuyla 23.02.2006 tarihinde kabul edilmiştir. Sözleşmenin yürürlüğe girmesine ilişkin olarak dünya gemi tonajının toplamda en az %33’lük bölümünü kapsayan en az 30 üyenin onayının tescil edildiği tarihten 12 ay sonra yürürlüğe gireceği esası getirilmiş (md VIII, 3), söz konusu koşul 2012 yılında karşılanmış, sözleşme 20.08.2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. <https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/text/lang-en/index.htm>. Erişim tarihi 3 Mayıs 2023 Ayrıca bkz Didem Algantürk “‘Deniz İş Sözleşmesi 2006’ Hakkında İnceleme ve Değerlendirme’ (2007) XI (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 270 Bedük (n30) 243 Ülkü Halatçı Ulusoy, ‘MLC 2006 (Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ile Değişikliklerinin Önemine ve Türk Hukuku’nda Onayına İlişkin Bir Değerlendirme’ (2020) 5 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4210.

³⁷ Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun, Kanun Numarası: 6898, Kabul Tarihi: 02.03.2017, RG 25.3.2017/30018

³⁸ Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 2. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmalar Cumhurbaşkanlığı kararı ile onaylanır*”. Aynı Kararnamenin 3. maddesine göre ise “*Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti’ni bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Cumhurbaşkanlığı kararı ile olur. Onaylama konusu olan milletlerarası andlaşmanın Türkçe metni ile andlaşmada muteber olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni, onaylamaya ilişkin Cumhurbaşkanlığı kararına ekli olarak Resmî Gazete’de yayımlanır*”. Buna göre Hukukumuzda bir uluslararası sözleşmenin yürürlüğe girebilmesi için uygun bulma yasasının yanı sıra Cumhurbaşkanlığı’nın onay kararına

rumda dahi söz konusu Sözleşmeyle öngörülen standartların iç hukuka aktarılması önem taşır. Zira onay sürecinin tamamlanmasıyla, Sözleşmenin gerektirdiği standartların iç hukuka aktarılması taahhüt edileceğinden, bunun sağlanmamış olması sorun teşkil edecektir. Nitekim Sözleşmenin Genel Yükümlülükler başlıklı 1. maddesinde sözleşmeyi kabul eden her üyenin, tüm gemi adamlarının saygın istihdam haklarının güvence altında alınması amacıyla belirtilen hükümleri etkin biçimde uygulamayı taahhüt ettiği ve üyelerin bu sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanmasını ve ona uyulmasını sağlamak için aralarında iş birliği yapacağı kabul edilmiştir. Öte yandan onay sürecinin tamamlanmasında kadar olan süreçte dahi, ülkemiz gemileri, liman devleti denetimlerinde Sözleşmeye aykırı hususlar dolayısıyla yaptırıma uğrama ihtimali ile karşı karşıya kalmaktadır. Zira Sözleşmenin V. maddesinde yer alan “*Bu sözleşmeye tabi her gemi, üyenin limanlarından birinde bulunduğu, bu geminin uluslararası kanunlara uygun olarak, bu sözleşmenin hükümlerine uygunluğunu tespit etmek için bayrak devletinden başka bir üye tarafından denetlenebilir*” hükmüyle, liman devletine kendi limanındaki tüm gemiler için denetim ve yaptırım uygulama yetkisi tanınmış, bu nedenle ülkemiz mevzuatının Sözleşme ile uyumunun sağlanması bir zorunluluk halini almıştır. Bu kapsamda genç gemi çalışanlarının korunmasına ilişkin hükümler incelenirken Denizcilik Çalışma Sözleşmesi’nin ele alınması zorunludur. Belirtmek gerekir ki, Sözleşmenin temel haklar ve İlkeler başlıklı III. maddesinde her üyenin, bu sözleşme kapsamında, kendi mevzuatının hükümlerinin çocuk işçiliğinin tamamen kaldırılması konusunda uygunluğunu denetleyeceği hükmünde yer verilmiştir (III/c). Ayrıca ileride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere genç gemi çalışanlarının korunmasına ilişkin birçok düzenleme öngörülmüştür³⁹.

Hukukumuz bakımından ise Deniz İş Kanunu’nda genç gemi çalışanlarına ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Buna rağmen hukukumuzda genç gemi çalışanlarına ilişkin farklı düzenlemeler bulunmakta; Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik içinde düzenlemeler yer

ve sözleşmenin Resmî Gazetede yayımlanması koşullarına ihtiyaç duyulmakta olup, söz konusu koşullar henüz gerçekleşmediğinden onay süreci tamamlanmamıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz Kar (n30)39 vd Halatçı (n 36) 4206 vd

³⁹ Belirtmek gerekir ki, Denizcilik Çalışma Sözleşmesi giriş bölümü dışında Maddeler (*Article*), Kurallar (*Regulation*) ve Kod (*Code*) olmak üzere üç tür düzenlemeden oluşmaktadır. Kod kısmında A (*Standart A*) ve B (*Guideline B*) şeklinde iki bölüm bulunmaktadır. Sözleşmenin VI. maddesine göre, Kurallar ve Kodun A bölümü hükümleri bağlayıcı olup, Kodun B bölümü hükümleri bağlayıcı değildir. Bu kapsamda her üye kurallar bölümünde belirtilen hak ve ilkelere uymayı ve onlardan her birini, Kodun A bölümüne uygun olarak uygulamayı taahhüt eder ve yükümlülüklerini Kodun B bölümünde belirtilen şekilde yerine getirmeye gereken önemi verir. Aşağıda incelendiği üzere genç gemi çalışanları ile getirilen düzenlemelerin bir kısmı Standart A, bir kısmı Yönerge B bölümünde yer almaktadır. Kanımızca mevzuatın Sözleşmeye uyumu kapsamında Yönerge B bölümünde yer alan kısımların da dikkate alınması isabetli olacaktır. Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz Algantürk Light (n36) 272 Bedük (n30) 245 vd



almaktadır. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki genç gemi çalışanlarına ilişkin yasal düzenleme bulunmaması başlı başına bir eksiklik değildir. Zira yabancı hukuk sistemleri incelendiğinde, örneğin Alman Deniz İş Kanunu'nda (Seearbeitgesetz) Denizcilik Çalışma Sözleşmesine uygun olarak genç gemi çalışanlarına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

III. GEMİDE ASGARİ ÇALIŞMA YAŞI

Denizde çalışmanın getirdiği zorlayıcı çalışma koşulları gemi çalışanları için öngörülen asgari çalışma yaşının genel düzenlemelerde yer alan yaş sınırının üzerinde belirlenmesini zorunlu kılar. Bu bağlamda aşağıda açıklanacağı üzere çocuk işçi olarak nitelendirilen kişilerin gemide çalışmaları uygun görülmemiş, aşağıda açıklanacağı üzere asgari çalışma yaşı en az 16 olarak belirlenmiştir.

Nitekim Avrupa Birliğinin 1999/63/EC sayılı Konsey Direktifinin 11. maddesinde 16 yaşından küçük hiç kimsenin gemide çalıştırılmayacağı, yine Direktifin 6. maddesinde 18 yaşından küçük gemi çalışanlarının gece çalışmasının yasak olduğu düzenlenmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün gemi çalışanlarının asgari çalışma yaşına ilişkin ilk sözleşmesi 1920 yılında kabul ettiği 7 sayılı Denizde Asgari Çalışma Yaşına İlişkin Sözleşmesi (Minimum Age (Sea) Convention)'dir. Söz konusu Sözleşme ile sadece aynı aile fertlerinin çalıştırıldığı gemiler dışındaki gemilerde 14 yaşını doldurmamış çocuklar çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir (md 2). Türkiye tarafından onaylanmamış olan Sözleşme, daha sonra 138 sayılı Sözleşme ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ülkemiz tarafından da onaylanmış olan bir diğer Sözleşmesi 15 sayılı Asgari Yaş (Trimciler ve Ateşçiler) Sözleşmesi⁴⁰ olup, Sözleşmenin 2. maddesiyle 18 yaşından aşağı kimselerin, trimci veya ateşçi sıfatıyla, gemilerde çalıştırılmayacağı hükmü getirilmiştir. Gemilerde asgari çalışma yaşına ilişkin bir diğer ILO sözleşmesi 58 No'lu Asgari Yaş (Deniz) Sözleşmesi (Revize)'dir⁴¹. Sözleşmeyle münhasıran aynı aile efradının çalıştığı gemiler hariç, diğer gemilerdeki işlerde 15 yaşından aşağı çocukların çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. Ancak her iki Sözleşme de yine 138 sayılı Sözleşme ile (md 10/5) yürürlükten kaldırılmış, bunun yerine 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi hükümlerinin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Yukarı da açıklandığı üzere söz konusu

⁴⁰ Bkz Trimci ve Ateşçi Sıfatıyla Gemilerde İşe Alınacakların Asgari Yaş Haddinin Tespitine Dair 15 Sayılı Sözleşmenin Tasdik Edilmesi ve Bu Sözleşmeye Katılmamız Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 7292, Kabul Tarihi: 25.05.1959, RG 02.06.1959/10220 Bedük (n32) 99 Kar (n30) 218 Özge Öztürk 'Deniz İş Hukukunda Fazla Çalışmanın Esasları' (2019) 5 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223

⁴¹ Bkz Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında 58 Sayılı Sözleşmenin Tasdik Edilmesine ve Bu Sözleşmeye Katılmamıza Dair Kanun, Kanun Numarası: 7293, Kabul Tarihi: 25.05.1959, RG 02.06.1959/10220 Bedük (n32) 99 Kar (n30) 218

sözleşmede asgari çalışma yaşı “zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın, altında ve her halükârda 15 yaşın altında olmayacaktır” şeklinde düzenlenmiştir. Yine Sözleşmeye göre ekonomisi ve eğitim olanakları yeterince gelişmemiş olan, her üye bu maddenin 3. fıkrası hükümlerini dikkate almaksızın varsa ilgili işveren ve işçi örgütlerinin görüşünü aldıktan sonra, asgari yaşı başlangıçta 14 olarak belirleyebilir (md2); doğası veya yapıldığı koşullar bakımından genç kişilerin sağlığını, güvenliğini veya ahlakını tehlikeye düşürebilecek her türlü istihdam veya çalışmaya kabul için asgari yaş 18’in altında olamaz (md 3).

Nihayet Uluslararası Çalışma Örgütü önceki tüm düzenlemeleri birleştirerek denizde asgari çalışma yaşını Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ile düzenlemiştir. Sözleşmenin Kurallar ve Kod bölümünün 1. maddesi asgari yaş düzenlemesine ayrılmış, Kural 1.1.’de düzenlemelerin amacının asgari bir yaşın üstünde olmayan hiçbir kimsenin gemide çalışmamasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Düzenlemeye göre asgari çalışma yaşının altındaki hiçbir kimse gemide istihdam edilmemeli veya görevlendirilmemeli ya da çalıştırılmamalıdır. Asgari çalışma yaşı, bu sözleşmenin ilk yürürlüğe girdiğinde 16’dır ancak Kodda belirtilen özel durumlarda daha üst bir asgari yaş istenebilir. Yine Sözleşmenin A 1.1 bölümüne göre, gemilerde 16 yaşın altındaki kişilerin gemide istihdam edilmesi veya görevlendirilmesi ya da çalıştırılması, 18 yaşından küçük bir gemi adamının gece çalışması yasaktır. Bu standart bakımından, gece ibaresi ulusal mevzuat ve uygulamaya uygun olarak belirlenir ve en geç 24’te başlayan ve en erken sabah saat 5’de biten ve kesintisiz en az 9 saat olan bir zaman dilimini kapsar. Ancak gece çalışmasına ilgili gemi çalışanlarının, mevcut program ve planları çerçevesinde yapılması kararlaştırılan fiili eğitimlerinin tehlikeye düşmesi durumunda veya görevin doğası veya kararlaştırılmış bir eğitim programı gereği istisna getirilen gemi adamlarının gece çalışmasının öngörülmesi ve yetkili makamın, ilgili armatör gemi adamları örgütlerine danıştıktan sonra, bu işin gemi adamlarının sağlığına ya da refahlarına zarar vermediğini kararlaştırması durumunda yetkili makam istisna tanıyabilir. Ayrıca yapılan işin sağlığa veya güvenliğe zarar verme ihtimali olduğunda, 18 yaşın altındaki gemi adamlarının istihdam edilmesi veya görevlendirilmesi ya da çalıştırılması yasaktır. Söz konusu işlerin tipleri, ilgili armatör ve gemi adamları örgütlerine danışıldıktan sonra, ilgili uluslararası standartlara uygun olarak, ulusal mevzuat veya yetkili makam tarafından saptanır. Sözleşmenin Yönerge bölümünde ise (B 1.1) üyelerin çalışma ve yaşam koşullarını düzenlerken, 18 yaşın altındaki gençlerin ihtiyaçlarına özel önem vermesi gerektiği ifade edilmiş, ek olarak 18 yaşın altındakilerin gemide aşçı olarak çalıştırılmayacağı hükmüne yer verilmiştir (A 3.2./8).

Türk Hukukunda asgari çalışma yaşına ilişkin olarak Deniz İş Kanunu’nda hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık Gemi Adamları ve Kılavuz



Kaptanlar Yönetmeliğinde⁴² gemide çalışacaklar için yeterlilik belgesi alınması öngörülmüş, söz konusu yeterlilik belgeleri için ise yaş sınırlamaları getirilmiştir. Buna göre güverte sınıfı, makine sınıfı ve yardımcı sınıf olmak üzere üç yeterlilik derecesi belirlenmiş (md 4), güverte sınıfı tayfalardan gemici olmak için müracaat edenlerin 16 yaşını bitirmek, en az ilköğretim okulu mezunu olmak koşulu aranmıştır (md 6). Yönetmeliğin 16. maddesinde makine sınıfı tayfalar için 16 yaşını bitirmek, en az ilköğretim okulu mezunu olmak; yardımcı sınıf gemiadamları için ise yeterlilik belgesi için en az 18 yaşında olmak koşulları öngörülmüştür (md 25). Her ne kadar Yönetmelik hükümleri ile getirilen yaş sınırlamaları 138 sayılı Sözleşme ile uyumlu olsa da⁴³, Deniz İş Kanunu'nda asgari yaşa ilişkin hiçbir genel düzenlemeye yer verilmemesi hukukumuz açısından bir eksiklik. Nitekim Alman Deniz İş Kanunu'na bakıldığında konuya ilişkin pek çok ayrıntılı düzenleme yapıldığı görülür. Gerçekten adı geçen kanunun 7. maddesinde genç gemi adamları 18 yaşını doldurmamış gemi adamları şeklinde tanımlanmış; 10. maddesinde donatanın, 16 yaşın altındakileri ve tam süreli okula gitme yükümlülüğü olanları gemilerde istihdam edemeyeceği, 18 yaşın altındakilerin gemi açıcısı olarak çalışamayacağı hükmüne bağlanmıştır. Aynı maddede ayrıca balıkçı gemilerinde 15 yaşını doldurmuş ve artık tam süreli okula gitme yükümlülüğü olmayanların mesleki eğitim kapsamında çalıştırılabilecekleri hükmüne yer verilecek, bir istisna tanınmıştır.

IV. GENÇ GEMİ ÇALIŞANLARININ KORUNMASI

Genç gemi çalışanlarına ilişkin asgari yaş sınırlaması getiren düzenlemelerin yanı sıra söz konusu işçiler için özellikle çalışma ve dinlenme süreleri ile iş sağlığı ve güvenliği bakımından özel koruyucu hükümlere yer verilmesi gerekir.

A. Çalışma ve Dinlenme Süreleri Bakımından Koruma

Uluslararası Çalışma Örgütü düzenlemelerinde çalışma sürelerinin düzenlenmesinde özel olarak korunması gerekenler için farklı düzenlemeler öngörülmüş olup⁴⁴, Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Yönerge B2.3 kısmında genç gemi çalışanlarının çalışma ve dinlenme süreleri özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, denizde ve limanda 18 yaşın altındaki bütün genç gemi adamlarının çalışma süreleri günde 8 saati ve haftada 40 saati geçmemeli; sadece güvenlik sebebiyle kaçınılmaz olduğunda fazla mesai ile çalışmalıdır. Ayrıca her öğün için yeterli zaman verilmesi ve ayrıca günün ana yemeği için en az bir saatlik mola verilmesi sağlanmalı ve kesintisiz her iki saatlik çalışmanın sonunda 15 dakikalık bir dinlenme süresi verilmelidir. Ancak bu hükümler genç gemi adamlarını herhangi bir acil durumda, tüm

⁴² RG 10.02.2018/ 30328

⁴³ Özkaraca ve Ünal (n 21) 370 Ayrıntılı olarak bkz Bedük (n32) 99 vd

⁴⁴ Raphael Baumler, 'Working Time Limits at Sea, a Hundred-Year Construction' (2020) 121 1, 2 Marine Policy <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7434424/pdf/main.pdf>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023

gemi adamlarının çalışmalarına yönelik genel yükümlülüklerinden muaf tutmaz. Öte yandan söz konusu çalışma ve dinlenme süresine ilişkin düzenlemeler istisnai olarak, güvertede, makine dairesinde ve yemek hizmetlerinden sorumlu departmanlarda nöbetleşe çalışılan bir vardiya sistemi ile çalışan genç gemi adamları için uygulanabilir olmadığında veya öngörülen inceleme program ve planlarına göre, genç gemi adamlarının fiilen eğitim almaları tehlikeye düşeceğinde uygulanmayabilir. Bu tarz istisnai durumlar, sebepleri de açıklanarak, kaptan tarafından imzalanarak kayıt altına alınmalıdır.

Türk Hukukunda ise gemi çalışanlarının çalışma sürelerine Deniz İş Kanunu'nun 26. maddesinde yer verilmiştir⁴⁵. Söz konusu düzenlemeye göre, genel bakımdan iş süresi, günde sekiz ve haftada kırk sekiz saat olup, bu süre haftanın iş günlerine eşit olarak bölünmek suretiyle uygulanır (f 1). Gemi çalışanlarının çalışma sürelerine ilişkin bir diğer düzenleme Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliğinin 60 ve 61. maddelerinde yer almaktadır. Adı geçen Yönetmeliğin 60. maddesine göre, denizcilik işletmeleri, gemide vardiya tutma ile ilgili düzenlemeleri, vardiya tutacak gemi adamlarının yorgun düşerek verimliliklerini azaltmayacak bir biçimde yaparlar. Bu kapsamda gemide vardiya tutan gemi adamları ile emniyet, kirliliğin önlenmesi ve güvenlikle ilgili görevleri bulunan gemi adamları günde en az on saat, yedi günlük bir periyod içerisinde en az yetmiş yedi saat dinlendirilmesi zorunludur. Birbirini takip eden dinlenme periyodları arasındaki süre 14 saati aşamaz. Günlük dinlenme süreleri en fazla iki bölüme ayrılabilir. Bu halde dinlenme sürelerinden biri altı saatten az olamaz. Günde en az on saat olan dinlenme süresi, acil durum ve role talimleri gibi olağandışı durumlarda altı saatten az olmayacak biçimde kısaltılabilir. Ancak kısaltılan dinlenme süresinin dinlenme saatlerini minimum seviyede bölecek ve yorgunluk yaratmayacak şekilde olması gerekir. Toplam dinlenme süresi haftada yetmiş yedi saatten az olamaz. Aynı düzenlemeye göre, 18 yaşın altındaki gemi adamları gece vardiya tutamaz. Gece, en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'a kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemdir (md 60/a,5).

Görüldüğü üzere gece vardiyasında çalışma yasağı dışında genç gemi çalışanları için gerek Deniz İş Kanunu gerek ilgili Yönetmelikte özel bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla çalışma ve dinlenme süreleri bakımından genç gemi çalışanları da aynı hükümlere tabi olacaktır. Buna göre genç gemi çalışanın günlük çalışma süresi en fazla sekiz saattir. Bu bakımdan düzenlemenin Denizcilik

⁴⁵ Ayrıntılı inceleme için bkz Tuncay (n32) 107 vd Bedük (n32) 165 vd Kar (n30) 265 vd Esra Dündar Aravacık 'Deniz İş Hukukunda Fazla Çalışmaya İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi' (2017) 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş Armağanı 2059 vd Öztürk (n40) 226 Deniz Güner, "Gemi çalışanlarının Çalışma Süreleri" (2001) 15 (6) Çimento İşveren Dergisi 13 vd Arzu Arslan Ertürk A, 'Gemi Adamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücretinin Güncel Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi' (2020) 43 Sicil İş Hukuku Dergisi 105 vd Ömer Ekmekçi 'Deniz İş Hukukunda İş Süreleri ve Fazla Çalışm' (1996) 1 (3-4) Deniz Hukuku Dergisi, 37 vd



Çalışma Sözleşmesine uygun olduğu ifade edilebilir. Ancak Sözleşmede yer alan haftalık 40 saatlik çalışma sınırına uygun değildir. Öte yandan Kanunda genç gemi çalışanları bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmemesi, konuya ilişkin diğer uluslararası düzenlemelere, bu kapsamda Avrupa Birliği Sosyal Şartı ve 94/33/EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Yönergesi ile 182 sayılı ILO Sözleşmesine de aykırı görülmektedir⁴⁶. Bu açıdan yapılacak yasal düzenlemeyle genç gemi çalışanların çalışma sürelerinin Denizcilik Çalışma Sözleşmesine uygun bir şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir. Nitekim Alman Deniz İş Kanunu'nun 53. maddesinde genç gemi adamlarının çalışma süreleri özel olarak düzenlenmiş, söz konusu düzenleme ile genç gemi çalışanlarının gemide çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin getirilen genel düzenlemelere ek olarak liman çalışmalarının haftada 5 gün, günde 8 saat ve haftalık 40 saati geçemeyeceği, hafta tatillerinin mümkün olduğunda cumartesi ve pazara denk getirileceği; denizde çalışmaların haftada 6 gün, günde 8 saat ve haftada 48 saati geçemeyeceği hükmüne yer verilmiştir. Kanuna göre ayrıca denizde vardiya çalışmaları günde 8 saat ve hafta içinde saat 5'den itibaren olabilir. Vardiya sırasında genç gemi adamları vardiya hizmetini yanında sadece ara sıra yapılan bakım işleri ile geminin ve yükün güvenliği ve gemi faaliyeti için kesinlikle zorunlu işler gördürülebilir. Genç gemi adamlarının belirlenen program ve zaman planına göre eğitimlerinin aksaması ihtimali varsa çalışma başlangıcı saat 4 olarak da belirlenebilir. Genç gemi adamlarına önceden belirlenen uygun uzunlukta ara dinlenmeleri kullandırılır. Ara dinlenmesi en az 15 dakika olup, 4,5 saat ile 6 saat arası çalışma süresi için 30 dakika; 6 saatten fazla çalışma süresinde 60 dakikadır.

B. Genç Gemi Çalışanlarının Yıllık İzinleri

Yıllık ücretli izine ilişkin olarak Türkiye'nin onaylamış olduğu 146 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinin 3. maddesinde yıllık izin süresinin her halükârda bir yıllık hizmet süresi için 30 takvim gününden az olamayacağı belirtilmiştir⁴⁷. Yine Denizcilik Çalışma Sözleşmesi Standart A2.4'e göre yıllık ücretli izinler, gemi adamlarının özel ihtiyaçlarını göz önünde bulundurularak uygun hesaplama formüllerini öngören bütün toplu iş sözleşmelerini veya mevzuat hükümlerini saklı tutarak, çalışılan her ay için asgari iki buçuk günlük temel üzerinden hesaplanır. Ayrıca Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Yönerge B 2.4.4 kısmında genç gemi çalışanlarının yıllık izinlerine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, bir toplu iş sözleşmesi ya da gemi adamı iş sözleşmesi kapsamında izin kullanmadan 6 ay ya da daha kısa bir süre hizmet etmiş ve bu zaman zarfı içerisinde ikamet ettikleri adrese dönmemiş ya da takip eden 3 aylık seyahat süresi boyunca dönmeyecek olan uluslararası sefer yapan gemilerde çalışan 18 yaşın altındaki genç gemi adamları için özel düzenlemeler yapılması öngörülmelidir. Bu

⁴⁶ Şahin (n5) 157

⁴⁷ Nezihe Billur Tulukçu 'Deniz İş Kanunu'na Göre Gemi Adamlarının Yıllık Ücretli İzin Hakkı' (2023) 198 Terazi Hukuk Dergisi 105-122

tarz düzenlemeler, seyahat esnasında biriken iznini kullanabilmek için genç gemi adamlarına ikamet ettiği ülkedeki işe başlama yerine değil, evine bizzat kendisi tarafından masraf yapılmaksızın dönmesine katkıda bulunabilecektir⁴⁸.

Türk Hukukunda ise Deniz İş Kanunu'nda genç gemi çalışanlarının yıllık izinlerine ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediği görülür⁴⁹. Nitekim gemi çalışanlarının yıllık izinlerini düzenleyen Deniz İş Kanunu'nun 40. maddesinde aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet akdine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemiadamının yıllık ücretli izine hak kazanacağı ifade edilmiş; izin süresinin altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemiadamları için 15 günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamayacağı öngörülmüştür. Bu kapsamda getirilen izin süreleri genç gemi çalışanları için de geçerli olacaktır. Her ne kadar izin süresine ilişkin düzenleme ILO sözleşmeleriyle uyumlu olsa da, kanımızca Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin yönerge bölümünde yer alan hüküm de dikkate alınarak, genç gemi çalışanları için yıllık izin süresinin daha uzun belirlenmesi gerekir. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından 18 yaşının altındakiler için yıllık izin süresinin en az yirmi gün olacağı (md 53) hükme bağlanmıştır. Kanımızca Deniz İş Kanunu'nda da bu yönde bir hükme yer verilmelidir. Nitekim Alman Deniz İş Kanunu'nda yıllık iznin her çalışma yılı için asgari 30 gün olduğu belirtilmiş, genç gemi adamlarının yıllık izni her çalışma yılı için asgari, çalışma yılının başında henüz 17 yaşında değil iseler 34 takvim günü, çalışma yılının başında henüz 18 yaşında değil iseler 32 takvim günü (md 57) olduğu ifade edilmiştir. Yine anılan kanunun 58. maddesine göre, donatan ve kaptan genç gemi adamlarına en geç altı ay kesintisiz çalışma sonrasında izin kullandırılır.

C. İş Sağlığı ve Güvenliği Bakımından Koruma

İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması kimi zaman çocuk ve genç işçiler bakımından yetişkin işçilerden daha önemli olmaktadır. Zira çocuk ve genç işçilerin fiziksel ve zihinsel gelişimlerinin tamamlanmamış olması, işle ilgili risklerden daha fazla etkilenmelerine yol açar. Öte yandan risk algıları ve bilinç düzeylerinin erişkinlerinki kadar gelişmemesi, işyerindeki araç-gereç ile işyerine özgü kişisel koruyucu donanımların çocukların boyutlarına uygun olmaması gibi hususlar sadece çocuk işçilere özgü risk faktörleri olarak nitelendirilmektedir⁵⁰. Belirtmek gerekir ki, iş ilişkisinde işverenin gözetme borcu ve mevzuat gereği olarak alına-

⁴⁸ Ayrıca bkz Tulukçu (n 47) 108 vd

⁴⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz Ercan Akyiğit, 'Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin' (2012) 24 (1-2) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1 vd Tulukçu (n 47) 110 vd Mehmet Halis Karaman, 'Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı' (2018) 40 Sicil İş Hukuku Dergisi 114 vd

⁵⁰ Civan (n6) 229 Gemi çalışanlarının sağlık ve güvenliklerinin korunması kapsamındaki düzenlemeler için bkz Bedük (n32) 149 vd Kar (n30) 376 vd



cak tüm iş sağlığı ve güvenliği önlemleri çocuk ve genç işçiler için de geçerlidir. Ancak söz konusu önlemlerin çocuk ve genç işçilerin durumunun dikkate alınarak belirli açılardan daha koruyucu hükümlerle düzenlenmesi gerekir. Bu ihtiyaç genç gemi çalışanları bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda gerek uluslararası sözleşmelerde gerek ulusal mevzuatta genç gemi çalışanları için özel düzenlemelere yer verilmiştir.

1. Genç Gemi Çalışanları İçin Alınması Gereken İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemleri

Yukarıda da belirtildiği üzere iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine ilişkin tüm kurallar genç gemi çalışanları için de geçerlidir. Bununla birlikte, Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Yönerge B 4.3.10 bölümünde genç gemi çalışanlarının güvenlik ve sağlık hizmetleri hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, güvenlik ve sağlık yönetmelikleri, istihdam öncesi ve istihdam sırasında yapılacak tıbbi muayeneler, kazaların önlenmesi ve gemi adamlarının çalışmalarına uygulanabilir istihdam sırasında sağlığın korunması hakkında yürürlükte bulunan bütün genel hükümlere atıfta bulunmalıdır. Bu tarz yönetmelikler, genç gemi adamlarının görevlerini icra ederken karşılaşılabilecekleri mesleki tehlikeleri asgari seviyeye çekecek önlemleri belirlemelidir. Ayrıca genç gemi adamlarının yetkili makam tarafından geçerli bir beceri konusunda tam anlamıyla kalifiye olduğunun tanındığı durumlar haricinde, yönetmelikler, genç gemi adamlarının, uygun gözetim ve bilgilendirme olmadan, doğası gereği kaza riski taşıyan ya da genç gemi adamlarının sağlıklarına veya fiziksel gelişimlerine zarar verici etkiye sahip veya belirli bir seviye olgunluk, deneyim ya da beceri gerektiren belirli tipte görevleri icra etmelerini kısıtlayıcı tedbirler belirlenmelidir. Yönetmelikler kapsamında kısıtlama uygulanacak görev çeşitlerinin saptanmasında yetkili makam özellikle, ağır yükleri veya eşyaları kaldırma, hareket ettirme veya taşıma; kazanların, tankların ve batardoların içerisinde çalışma, zararlı gürültü ve titreşim seviyelerine maruz kalma, sensör tertibatlarını, diğer elektrikli makineleri ve araçları çalıştırma veya bu tarz donanımlar için operatörlere işaretçilik yapma, gemi bağlama veya halat çekme veya demirleme donanımlarını kullanma, gemi donanımı, ağır hava koşullarında gemi direğinde ya da güvertede çalışma, gece vardiyası görevi, elektrik donanımının bakımı, potansiyel olarak zararlı malzemelere ya da tehlikeli ve toksik maddelere ve iyonize edici radyasyon gibi zararlı fiziksel etmenlere maruz kalma, yiyecek ve içecek malzemelerinin temizlenmesi ve gemi filikalarına bakım yapma veya bunların sorumluluğunu üstlenme risklerini dikkate almalıdır. Ayrıca Standart A 4.3'e göre armatörlerin, gemi adamlarının ve diğer ilgili şahısların, 18 yaşından küçük gemi adamlarının sağlığına ve güvenliğine özel önem verilerek, iş sağlığı ve güvenliği bakımından gemide uygulanabilir standartlar ile politika ve programlara uyma yükümlülüğünde oldukları açıkça belirtilmelidir.

Türk hukukunda ise iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesinde genç gemi çalışanlarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa Alman

Deniz İş Kanunu'na bakıldığında bu konuda oldukça ayrıntılı hükümler olduğu görülür. Nitekim söz konusu Kanununun 117. maddesine göre, genç gemi adamlarının sağlık ve güvenliklerini tehdit eden işlerde çalıştırılması yasak olup, bu kişilerin fiziki ve psikolojik kapasitelerini aşan, ahlaki gelişimlerini tehdit eden, bilgi veya tecrübe eksikliği nedeni ile öngöremeyecekleri veya önleyemeyecekleri kaza risklerini taşıyan, aşırı sıcak, soğuk veya rutubet nedeni ile sağlıklarını tehdit eden, zararlı gürültüye, titreşime, ışına veya tehlikeli maddelerin zararlı etkilerine maruz kaldıkları işler ile makine kullanım eğitimi gerektiren bir makine için bitirme sınavını başarmış olmadıkları makine işlerinde çalıştırılmaları veya görevlendirilmeleri yasaktır. Kaptan genç gemi adamlarının hayat ve sağlık tehlikelerine karşı korunması ile fiziki ve ruhsal gelişimlerinin zarar görmesinin önlenmesi için gerekli önlemleri alır. Söz konusu önlemlerde gençlerin güvenlik bilinci, tecrübe ve bilgilerinin eksik olduğunu dikkate alır ve genel kabul gören iş güvenliği ve iş sağlığı kuralları ile çalışma bilimlerinin diğer önemli ilkelerine uyar. Kaptan özellikle ağır yük ve nesnelerin kaldırılması, yerinden oynatılması ve taşınması, kazanlar, tanklar ve aralarındaki hücrelere girilmesi, vinçler ve diğer makine gücü ile çalışan araç ve aletlerin kullanımında veya bu tür aletleri kullanan kişilerle anlaşmak için sinyal verme işinde, halat, düğüm veya demir kullanımında, yelken direklerindeki çalışmalarda, kötü havalarda yüksekte ve güvertedeki çalışmalarda, gece vardiyalarında, donanım ve aletlerin bakımında, mutfak malzemelerinin temizlenmesinde, gemi filikalarının kullanımında veya bunlar için sorumluluk üstlenilmesinde gençlerin çalıştırılmamasını değerlendirir. Genç gemi adamları çalışmaya başlamadan veya çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılmadan önce kaptan yapacakları işle ilgili riskleri değerlendirir.

2. Genç Gemi Çalışanlarının Sağlık Gözetimi

Denizcilik Çalışma Sözleşmesine göre, hiçbir gemi adamı görevini yerine getirmeye elverişli olduğunu tıbbi olarak belgelendirmedikçe gemide çalışamaz (Kural 1.2.), sağlık raporunun geçerlilik süresi, gemi adamı 18 yaşın altında olmadığı sürece 2 yıl, 18 yaşın altındaysa en fazla 1 yıldır (Standart A1.2. /7).

Türk Hukukunda çalışanların sağlık gözetimlerine ilişkin 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 15. maddesinde düzenlemeye yer verilmiştir. Genç gemi çalışanları için de geçerli olan bu hükme göre, işveren çalışanların işyerinde maruz kalacakları sağlık ve güvenlik risklerini dikkate alarak sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlamakla yükümlü olup, çalışanların işe girişlerinde, iş değişikliğinde, iş kazası, meslek hastalığı veya sağlık nedeniyle tekrarlanan işten uzaklaşmalarından sonra işe dönüşlerinde talep etmeleri hâlinde ve işin devamı süresince, çalışanın ve işin niteliği ile işyerinin tehlike sınıfına göre Bakanlıkça belirlenen düzenli aralıklarla sağlık muayenelerinin yapılmasını sağlamak zorundadır. Ayrıca tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde çalışacaklar, yapacakları işe uygun olduklarını belirten sağlık raporu olmadan işe başlatılamaz.



Öte yandan Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nde gemi adamı olabilme koşulları arasında sağlık durumunun deniz hizmetine elverişli olduğunu bu Yönetmeliğin ilgili hükümlerine göre belgelemek sayılmış (md 42), aynı Yönetmeliğin 59. maddesinde 18 yaşından küçük gemi çalışanlarının sağlık yoklamaları ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, 18 yaşından küçük olan gemiadamları, Gemiadamları Sağlık Yönergesi ve Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) 77 Sayılı Çocukların ve Gençlerin İşe Elverişlilik Yönünden Sağlık Yoklaması Olmalarına İlişkin Sözleşme hükümleri göz önüne alınarak her yıl periyodik sağlık yoklaması yaptırırılar. 18 yaşından küçük olan gemiadamlarının, "Gemiadamı Olur" kararlı sağlık raporunda ve her yıl tekrarlanan sağlık yoklamalarında deniz hizmetine elverişli olduğu ve bu hizmetler dolayısı ile sağlık durumunda bozulma olmayacağına açıkça belirtilmesi zorunludur

Genç gemi çalışanlarının sağlık gözetimlerine ilişkin olarak Alman Deniz İş Kanunu'nda da özel düzenleme bulunmaktadır. Buna göre sadece sağlık durumu denizde kendisi tarafından ifa edilecek göreve uygun bir kişi gemi adamı olarak çalışabilecek olup (md 11), gemi adamı işe başlamadan önde lisanslı bir hekimin raporu ile deniz hizmetine uygunluğunu kanıtlamalıdır. Donatan geçerli bir deniz hizmetine uygunluk belgesi olmayan bir gemi adamını istihdam edemez. Deniz hizmetine uygunluk belgesi iki yıl için, genç gemi adamlarında bir yıl için geçerlidir (md 12).

3. Genç Gemi Çalışanlarının İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimleri

Denizcilik Çalışma Sözleşmesine göre kazaların önlenmesi ve gemide sağlıklarını korumaları konularıyla ilgili verilecek bilgilere genç gemi adamlarının dikkatini çekmek amacıyla yetkili makam tarafından ya da ilgili kuruluş aracılığı ile pratik önlemler alınmalıdır. Bu tarz önlemler arasında kurslar yoluyla verilecek bilgiler, gençler için kaza önlemeye yönelik tanıtım faaliyetleri ve genç gemi adamlarının profesyonel olarak bilgilendirilmeleri ve denetlenmeleri yer alabilir. Genç gemi adamlarının gerek karada gerek gemide eğitimleri, sağlıklarına zarar verici konularda kılavuzluk edecek, aşırı alkol kullanımı, uyuşturucu ve diğer zararlı maddelerin vücutlarında yaratacağı zarar konusunda bilgilendirici olmalı ve HIV/AIDS ve sağlığı risk altına sokacak diğer faaliyetlerle ilgili aydınlatıcı nitelik taşımalıdır (Yönerge B 4.3.10).

Türk Hukukunda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 17. maddesinde işverenin, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlayacağı, bu eğitimin özellikle; işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi hâlinde veya yeni teknoloji uygulanması hâlinde verileceği, eğitimlerin değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenileneceği, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanacağı hükme bağlanmıştır. Aynı düzenlemenin devamında çalışan temsilcilerinin özel olarak eğitileceği, mesleki eğitim alma zorunluluğu bulunan tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde,

yapacağı işle ilgili mesleki eğitim aldığını belgeleyemeyenlerin çalıştırılmayacağı, iş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe başlamadan önce, söz konusu kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları ve güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verileceği, ayrıca, herhangi bir sebeple altı aydan fazla süreyle işten uzak kalanlara, tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi verileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Tehlikeli ve çok tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde; yapılacak işlerde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri ile ilgili yeterli bilgi ve talimatları içeren eğitimin alındığına dair belge olmaksızın, başka işyerlerinden çalışmak üzere gelen çalışanlar işe başlatılamaz. Görüldüğü üzere 6331 sayılı Kanunda iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri düzenlenmiş, ancak çocuk ve genç çalışanlara ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Buna karşılık Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde işyerinde 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını doldurmamış genç çalışanlar, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların özellikleri dikkate alınarak gerekli eğitimler verileceği hükme bağlanmıştır.

Diğer taraftan Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliğinin 62. maddesinde idarenin Sözleşmenin I/14 Kuralı ve Kod Bölümünün A-I/14 Kısmı hükümleri uyarınca, denizcilik işletmelerinin gemilerindeki gemiadamlarının hizmet içi görevlendirilmelerine ilişkin sorumluluğu bu işletmelere vererek, bunlardan; gemilerinden herhangi birine atanan her bir gemiadamının, Sözleşmenin gerektirdiği tazeleme ve güncelleme eğitimlerini almış ve iş sağlığı ve güvenliği alanında gerekli bilgi sahibi olmasını sağlamalarını isteyeceği hükme bağlanmıştır.

Buna rağmen kanımızca söz konusu düzenlemeler yeterli olmayıp, Denizcilik Çalışma Sözleşmesinde yer alan hükümlere uygun şekilde açık düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Bu konuda yine örnek olarak Alman Hukuku gösterilebilir. Nitekim Alman Deniz İş Kanunu'na göre, genç gemi adamları çalışmaya başlamadan veya çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılmadan önce kaptan, yaptıkları işte maruz kalabilecekleri kaza ve sağlık riskleri ile bu risklere karşı tesis ve önlemler hakkında eğitim almalarını sağlar. Kaptan, genç gemi adamlarının makinelerde ilk kez işbaşı yapmadan veya sağlığa zararlı maddeler ile temaslarının olabileceği tehlikeli çalışma yerleri ve işlerde bulunmadan önce bu işlerin özel riskleri ve bu işlerde ama en geç altı ayda bir tekrarlanır. Donatan, genç gemi adamlarının iş güvenliği için geçerli hükümlere uygun planlama, icra etme ve denetim konularında gemi hekimi ve iş güvenliği uzmanlarının katılımını sağlar (md 117).

D. Genç Gemi Çalışanlarının Yurda İadesi

Genç gemi çalışanlarının korunması gereken bir diğer alan yurda iadedir. Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Yönerge B2.5.2 maddesine göre, 18 yaşın altındaki genç gemi adamlarının dış seyahatlerinde bir gemide en az dört ay boyunca hizmet vermelerinin ardından denizde yaşamaya elverişli olmadıkları yönünde bir

kanaatin oluşması durumunda, geminin taşıdığı bayrağa ait ülkenin büyükelçilik hizmetleri bulunan ya da genç gemi adamlarının vatandaşı olduğu ya da ikamet ettiği ülkeye ait ilk uygun varış limanında herhangi bir ücret ödemedi, kendilerine ülkelerine geri dönme fırsatı tanınmalıdır. Gemi adamının bu şekilde ülkesine geri dönmesi ve onun nedenleri hakkında genç gemi adamının denizde istihdam edilmesine ilişkin belgeleri veren yetkili makama bildirimde bulunulmalıdır.

Türk Hukukunda ise, yurda iade Deniz İş Kanunu'nun 21 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 21. maddedeki düzenlemeye göre işverenin yurda iade zorunluluğu hizmet akdinin, 14. maddenin, I, II, III ve IV üncü bentlerine göre işveren veya işveren vekili veya gemiadamı tarafından yurt dışında feshi halinde doğmaktadır. Görüldüğü üzere isabetsiz olarak, genç gemi çalışanları için özel bir hükme yer verilmemiştir. Oysa Alman Deniz İş Kanunu'nun 74. maddesinde genç gemi adamının ilk yurt dışı seferinde bir gemide asgari 4 ay çalışmış ve bu sürede denizde yaşamaya uygun olmadığı ortaya çıkmış ise, yurda iadenin güvenli ve herkese açık vasıtalar ile mümkün olduğu ilk limandan yurda iadesini talep hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

SONUÇ

18 yaşını doldurmamış ve bu bağlamda hukuken küçük olarak nitelendirilen çocuk ve genç işçilerin özel olarak korunması zorunludur. Zira henüz fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimlerini tamamlamamış olan bu işçilerin, diğer işçilerle aynı koşullarda çalıştırılması, aynı mesleki risklere maruz kalması, gerek kendileri gerekse orta ve uzun vadede toplum açısından ciddi sorunlar yaratır. Bunun nedeni söz konusu işçilerin yaşa bağlı yetersizlikleri dolayısıyla mesleki risklere karşı daha dayanıksız olmaları, olumsuz çalışma koşullarında, uzun sürelerle çalıştıklarında biyolojik ve ruhsal sağlıklarının zarar görme ihtimalinin yüksek olması, diğer taraftan eğitimlerinin aksamasıdır. Bu sağlıklı nesillerin yetişmesinin önünde büyük bir engel oluşturur. Ancak çocuk ve genç işçi istihdamı sanayi devriminden bugüne kadar sıklıkla karşılaşılan ve yadsınamaz bir olgudur. Zira özellikle ailelerin ve toplumun yoksulluğu, eğitimdeki aksaklıklar, gelenekler çocuk ve genç işçiliğinin varlığında önemli bir etmendir. Belirli sınırlar çerçevesinde çocuk ve genç işçiliği makul görülebilir ancak taşıdığı riskler dikkate alındığında söz konusu sınırların oldukça dikkatli çizilmesi, çocuk ve genç işçilerin yaşamına, sağlığına, gelişimine ve eğitimine engel olan tüm çalışma koşullarının bertaraf edilmesi gerekir. Bu nedenle çocuk ve genç işçilerin korunması için Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün özellikle 138 ve 182 sayılı Sözleşmeleri, Avrupa Birliği'nin 94/33/EC sayılı Konsey Direktifi başta olmak üzere pek çok uluslararası düzenlemeye yer verilmiştir. Türk Hukukunda da Anayasa'nın 50. maddesiyle kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı, küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı hükmüne yer verilmiş, yine 4857 sayılı İş Kanunu, Umumi Hıfzısıhha

Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile yönetmelik hükümleriyle çocuk ve genç işçiler için özel düzenlemeler yapılmıştır.

Gemide çalışan genç işçilerin korunması ise ayrıca önemlidir. Zira bu işçiler yaşla ilgili yetersizliğin yanı sıra denizciliğin özel ve zor çalışma koşullarıyla, farklı mesleki risklerle karşı karşıya kalmaktadır. Gerçekten gemilerde çalışanlar tüm zamanlarını gemide ve işverenin kurallarına bağımlı olarak geçirmekte, uzun çalışma saatleri ile gemideki hareket, gürültü ve titreşim gibi çevresel stres etkenleri gibi risklere, denizciliğe özgü güç koşullara maruz kalmaktadır. Bütün bunlar göz önüne alınarak denizde çalışan işçilerle ilgili Uluslararası Çalışma Örgütü özel standartlar oluşturmuş, gemi çalışanları hukukumuzda da 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile ayrı bir mevzuata tabi kılınmıştır. Ancak belirtmek gerekir 854 sayılı Deniz İş Kanunu pek çok açıdan eksik, denizde çalışan işçilere yeterli korumayı sağlamaktan uzak ve belirli hususlarda uluslararası normlarla uyumsuz bir kanundur. Kanımızca Kanunun eksik olduğu hususlardan biri de genç gemi çalışanlarının korunmasıdır. Zira yukarıda ayrıntılı olarak izah ettiğimiz şekilde genç gemi çalışanları ile ilgili Deniz İş Kanununda hiçbir düzenleme bulunmaması başlı başına bir eksikliktir. Yine yukarıda örneğini vermiş olduğumuz Alman Deniz İş Kanununda olduğu gibi Denizcilik Çalışma Sözleşmesinde öngörülen asgari standartların kanunla düzenlenmesi isabetli olacaktır.

Bu kapsamda yapılması gereken ilk değişiklik kanunda gemide çalışma için asgari yaş sınırının açıkça öngörülmesi ve çalışma ve dinlenme süreleri konusunda genç gemi çalışanları için özel hükümlere yer verilmesidir. Nitekim 138 sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi'ne göre asgari çalışma yaşı zorunlu öğrenim yaşının bittiği yaşın altında ve en az o beşten az olamaz. Diğer taraftan Denizcilik Çalışma Sözleşmesinin Sözleşmesine göre 16 yaşın altındaki kişilerin gemide istihdam edilmesi veya görevlendirilmesi ya da çalıştırılması, 18 yaşından küçük bir gemi adamının gece çalışması yasaktır. Deniz İş Kanununda ise asgari çalışma yaşına ilişkin olarak Deniz İş Kanunu'nda hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliğinde gemide çalışacaklar için yeterlilik belgesi alınması öngörülmüş, söz konusu yeterlilik belgeleri için ise yaş sınırlamaları getirilerek, 138 sayılı Sözleşme ile uyum sağlanmıştır. Yine de asgari yaşa ilişkin düzenlemenin kanunda yapılması daha isabetli olacaktır.

Diğer taraftan gece vardiyasında çalışma yasağı dışında genç gemi çalışanlarının çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin gerek Deniz İş Kanunu gerek ilgili Yönetmelikte özel bir düzenleme yapılmamıştır. Dolayısıyla çalışma ve dinlenme süreleri bakımından genç gemi çalışanları yetişkin gemi çalışanları ile aynı hükümlere tabi kılınmıştır. Buna göre günlük çalışma süresi en fazla sekiz saat olup Denizcilik Çalışma Sözleşmesine uygundur. Buna karşılık haftalık çalışma süresi 48 saat olarak belirlendiğinden, Sözleşmede yer alan haftalık 40 saatlik çalışma sınırına uygun değildir.



Hukumumuzda genç gemi çalışanları yıllık ücretli izin hakkı bakımından da diğer gemi çalışanları ile aynı hükümlere tabi kılınmış olup, bu yönüyle de Denizcilik Çalışma Sözleşmesine aykırıdır. Zira Denizcilik Çalışma Sözleşmesinde 18 yaşın altındaki genç gemi adamları için özel düzenlemeler yapılması öngörülmüştür. Bu tarz düzenlemeler, seyahat esnasında biriken iznini kullanabilmek için genç gemi adamlarına ikamet ettiği ülkedeki işe başlama yerine değil, evine bizzat kendisi tarafından masraf yapılmaksızın dönmesine katkıda bulunmalıdır.

Genç gemi çalışanlarının özel olarak korunması gereken bir diğer alan iş sağlığı ve güvenliğidir Türk hukukunda iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin belirlenmesinde genç gemi çalışanlarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliği'nde gemi adamı olabilme koşulları arasında sağlık durumunun deniz hizmetine elverişli olduğunu bu Yönetmeliğin ilgili hükümlerine göre belgelemek sayılmış (md 42), aynı Yönetmeliğin 59. maddesinde 18 yaşından küçük gemi çalışanlarının sağlık yoklamaları ile ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Öte yandan Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinde işyerinde 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını doldurmamış genç çalışanlar, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren grupların özellikleri dikkate alınarak gerekli eğitimler verileceği hükme bağlanmış, eğitimle ilgili hususlara ayrıca Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanlar Yönetmeliğinin 62. maddesinde yer verilmiştir.

Denizcilik Çalışma Sözleşmesinde genç gemi çalışanları için getirilen bir diğer düzenleme yurda iadeye ilişkindir. Nitekim Sözleşmede 18 yaşın altındaki genç gemi adamlarının dış seyahatlerinde bir gemide en az dört ay boyunca hizmet vermelerinin ardından denizde yaşamaya elverişli olmadıkları yönünde bir kanaatin oluşması durumunda, geminin taşıdığı bayrağa ait ülkenin büyükelçilik hizmetleri bulunan ya da genç gemi adamlarının vatandaşı olduğu ya da ikamet ettiği ülkeye ait ilk uygun varış limanında herhangi bir ücret ödmeden, kendilerine ülkelerine geri dönme fırsatı tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak bu hususta Türk Hukukunda özel hükme yer verilmemiş, genç gemi çalışanları diğer gemi çalışanlarıyla aynı yurda iade hükümlerine tabi kılınmıştır.

Görüldüğü üzere hukukumuzda genç gemi çalışanlarına ilişkin Deniz İş Kanununda düzenlemeye yer verilmemiş, asgari yaş ve günlük çalışma süresi bakımından yönetmelik düzenlemeleriyle uluslararası sözleşmelere uygunluk sağlanmış, haftalık çalışma süresi, izin hakkı, iş sağlığı ve güvenliği ve yurda iade konusunda hiçbir özel hüküm öngörülmemiştir. Genç gemi çalışanlarının korunması için tüm bu konulara ilişkin hükümlere Denizcilik Çalışma Sözleşmesine uygun bir şekilde ve kanunla düzenlenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Akyiğit E, 'Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin' (2012) 24 (1-2) TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi 1-41

Algantürk Light D, "Deniz İş Sözleşmesi 2006" Hakkında İnceleme ve Değerlendirme' (2007) XI (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 269-278

Akyüz E, Çocuk Hukuku (6. Bası, Pegem Akademi Yayınevi 2018)

Arslan Ertürk A, 'Gemi Adamına Ödenecek Fazla Çalışma Ücretinin Güncel Yarıgıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi' (2020) 43 Sicil İş Hukuku Dergisi 105-125

Aykaç H B, 'Hukuksal Açından Çocuk ve Genç İşçiliği' (2015) 116 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 335-386

Bakırcı K, 'Türk İş Hukuku'nda Çocuk ve Genç İşçilere Yönelik Ayrımcılık' Ber-rin Ceylan Ataman (ed) Prof. Dr. Cahit Talas Anısına Güncel Sosyal Politika Tartışmaları (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını 2007) 102-133

Bakırcı K, Çocuk ve Genç İşçilerin Haklarının Korunması (1. Bası, Beta Yayınevi 2004)

Baumler R, 'Working Time Limits at Sea, a Hundred-Year Construction' (2020) 121 1-14 Marine Policy <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7434424/pdf/main.pdf>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023

Bedük N, *Deniz İş Sözleşmesi* (1. Bası, Ekin Yayınevi 2012)

Bedük M N, 'ILO Tarafından Kabul Edilen Konsolide Bir Sözleşme "Deniz İş Sözleşmesi"' (2012) 27 Sicil İş Hukuku Dergisi 242-259

Bozkurt Gümrükçüoğlu Y, 'Mevzuatımızda Çocuk ve Genç İşçilerin Çalışma Yaşamında Korunmasına İlişkin Düzenlemelere Genel Bir Bakış' (2013) 15 (Özel Sayı) Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 481-545

Brooks S K ve Greenberg N, 'Mental Health and Psychological Wellbeing of Maritime Personnel: A Systematic Review' (2022) 10 (139) BMC Psychology <<https://bmcpyschology.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40359-022-00850-4>> Erişim Tarihi 20 Mayıs 2023

Bullard M G, 'Child Labor Prohibitions Are Universal, Binding, And Obligatory Law: The Evolving State Of Customary International Law Concerning The Unempowered Child Laborer' (2001) 24 (1) Houston Journal of International Law <<https://international.vlex.com/vid/binding-evolving-customary-concerning-56467393>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023



- Centel T, Çocuklar ile Gençlerin İş Güvenliği (1. Bası, Fakülteler Matbaası 1982)
- Civan O E, 'İş Sağlığı ve Güvenliğinde Özel Politika Gerektiren Gruplar' (2017) 4 Ankara Barosu Dergisi 205-290
- Demir F, 'Çalışma Hayatında Çocukların Korunması' (2012) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 547-577
- Doğan Yenisey K, İş Hukukunun Emredici Yapısı (1. Bası, Beta Yayınevi 2014)
- Dündar Aravacak E, 'Deniz İş Hukukunda Fazla Çalışmaya İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi' (2017) 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş Armağanı 2057-2099
- Ekmekçi Ö, 'Deniz İş Hukukunda İş Süreleri ve Fazla Çalışma' (1996) 1 (3-4) Deniz Hukuku Dergisi, 37-46
- Engin M, 'Gençlerin İş Güvenliği' (1994) 8 (5) Çimento İşveren Dergisi 11-3
- Eyrenci Ö, Taşkent S, Ulucan D ve Baskan Ş E, İş Hukuku (10. Bası, Beta Yayınevi 2020)
- Güner D, Gemi Çalışanlarının Çalışma Süreleri (2001) 15 (6) Çimento İşveren Dergisi 7-29
- Gürsel İ, 'Çalışan Çocuk ve Gençlerin Korunması' (2016) LXXIV (Özel Sayı) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 415-464
- Halatçı Ulusoy Ü, 'MLC 2006 (Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ile Değişikliklerinin Önemine ve Türk Hukuku'nda Onayına İlişkin Bir Değerlendirme' (2020) 5 (2) Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4191-4216.
- Kar B, *Deniz İş Hukuku* (3. Bası, Yetkin Yayınları 2021)
- Karaman M H, 'Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı' (2018) 40 Sicil İş Hukuku Dergisi 114-131
- Kökkılınç A G, Çocuk İşçinin İş İlişkisi (1. Bası, Legal Yayınevi 2023)
- Narmanlıoğlu Ü, 'İş Hukukunda Çocukların Korunması' (2000) Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan 669-682
- Özkaraca E ve Ünal C, 'Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu' (2014) 20 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan 355-410
- Öztürk Ö, 'Deniz İş Hukukunda Fazla Çalışmanın Esasları' (2019) 5 (2) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 209- 238
- Şahin B, Çocuk İşçilerin Korunması (1. Bası, Yetkin Yayınları 2010)
- Tuğ A ve Baysal U, 'İş Hukukunda Çocuk ve Genç İşçilerin Korunması' (2011) II

Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, 1869-1879

Tulukçu N B, 'Deniz İş Kanunu'na Göre Gemi Adamlarının Yıllık cretli İzin Hakkı' (2023) 198 Terazi Hukuk Dergisi 105-122

Tuncay C, 'ILO Normları Işığında Gemi Adamının alışma ve Dinlenme Süreleri' (2008) Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan 91-127

Turner N, Deng C, Granger S, Wingate T G, Shafqat R ve Dueck P, 'Young Workers and Safety: A Critical Review and Future Research Agenda' (2022) (83) Journal of Safety Research <<https://pdf.sciencedirectassets.com/271707/1-s2.>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023

Ulucan D, *Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler* (1. Bası, Türk Denizciler Sendikası Yayını 1986)

Windau J ve Meyer S, 'Occupational Injuries Among Young Workers' (2005) 128 (10) Monthly Labor Review <<https://www.jstor.org/stable/23803788>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023

Windau J, Sygnatur E ve Toscano G, 'Profile of Work Injuries Incurred by Young Workers' (1999) 122 (6) Monthly Labor Review <<https://www.jstor.org/stable/41845063>> Erişim Tarihi 23 Mayıs 2023



ALMAN İLAÇ KANUNU'NA GÖRE İLAÇ ÜRETİCİSİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ALMAN HUKUKUNDAKİ DİĞER TEMEL ÖZEL HUKUK SORUMLULUK TÜRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMALI OLARAK İNCELENMESİ*

*A Comparative Analysis of the Legal Liability of the Pharmaceutical
Manufacturer under the German Medicines Act with Other Basic Types
of Private Law Liability in German Law*

Duygu DİNCİOĞLU**

Özet

Sanayi devriminin başlamasıyla ilaçların eczaneler yerine ilaç endüstrilerinde kimyasal içerik kullanılarak üretilmesi, hastaların zarar görmelerine neden olmuş, özellikle hatalı ilaçların geniş çapta etki göstermesi ilaçtan doğan sorumluluğu gündeme getirmiştir. Alman Hukukun'da üreticinin sorumluluğu esas olarak haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmakla birlikte ilaç üreticisinin sorumluluğu kusursuz sorumluluk temelinde Alman İlaç Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre tüketiciye dağıtılan ve zorunlu pazarlama iznine tabi olan veya yönetmelikle pazarlama izni gerekliliğinden muaf tutulan beşeri bir tıbbi ürünün uygulanması, kişinin ölmesine ya da zarar görmesine neden olursa, söz konusu tıbbi ürünü piyasaya süren ilaç girişimcisi, kendi kusuru bulunmasa bile zarar gören tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Alman İlaç Kanunu'nun uygulama alanı dışında kalan hallerde ilaç üreticisinin sorumluluğu bakımından Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu ve Alman Gen Teknik Kanunu uygulama alanı bulabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: İlaç, İlaç Üreticisinin Sorumluluğu, Alman İlaç Kanunu, Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu, Alman Gen Teknik Kanunu

Abstract

With the beginning of the industrial revolution, the production of medicines by using chemical ingredients in pharmaceutical industries instead of pharmacies caused damage to patients, and especially the widespread effect of faulty medicines brought the liability arising from medicines to the agenda. Although the liability of the manufacturer in German law is mainly based on tort, the liability of the pharmaceutical manufacturer is regulated in the German Pharmaceutical Law on the basis of strict liability. Accordingly, if the application of a medicinal product for human use, which is distributed to consumers and is subject to compulsory marketing authorisation or exempted from the requirement of marketing authorisation by regulation, causes death or injury to a person, the pharmaceutical entrepreneur who has placed the medicinal product on the market shall be liable to compensate the damage suffered by the injured party, even if he is not at fault. In cases outside the

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 08.02.2024

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 04.04.2024

* Bu makale Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında devam eden "Üreticinin Sorumluluğu" konulu tez çalışmasından üretilmiştir.

** Arş. Gör., İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, duygu.dincioglu@bakircay.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-0110-6013>.

scope of application of the German Medicines Act, the German Product Liability Act and the German Gene Technical Act may be applicable for the liability of the pharmaceutical manufacturer.

Keywords: Pharmaceutical, Liability of the Pharmaceutical Manufacturer, German Medicines Act, German Product Liability Act, German Genetechnical Act

GİRİŞ

İlacın tanımı birçok yerde farklı şekillerde yapılmakla birlikte Alman Hukuku'ndaki tanımında, ilacın hastalıkları teşhis, tedavi ve önleyici işlevinden bahsedilmiştir. Bu işlevlerin gerçekleştirilmesi arzusuyla kullanılan ilaçların tedavi etmek yerine zarar verdiği durumlarda ilaçtan kaynaklanan sorumluluk gündeme gelmektedir. Almanya'da özellikle felaket olarak da nitelendirilen ve binlerce çocuğun kullanılan ilaç nedeniyle sakat doğmasına neden olan "Contergan Olayı" ilaç üreticisinin sorumluluğunun düzenlenmesi açısından tetikleyici olmuştur.

Alman Hukuku'nda ilaç üreticisinin sorumluluğu, Alman İlaç Kanunu'nda detaylı düzenleme alanı bulmuştur. Bununla birlikte üçüncü kişinin gördüğü zararlar nedeniyle oluşan üreticinin sorumluluğu esas olarak haksız fiile dayandırılmıştır. Alman İlaç Kanunu kapsamında girmeyen durumlarda ise ilaç üreticisinin sorumluluğu bakımından gerekli şartların varlığı halinde Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'na ve Alman Gen Teknik Kanunu'na başvurulabilmektedir.

Çalışmamızda ilaç, ilaç hukuku kavramları ve ilaç hukukunun tarihsel gelişiminden bahsedilecek, daha sonra konunun asıl olarak düzenlendiği Alman İlaç Kanunu incelenecek ve diğer sorumluluk halleri temel hatlarıyla açıklanacaktır.

I. İLAÇ VE İLAÇ HUKUKU KAVRAMLARI

Hastaların sağlıklı olma isteği ve beklentisi ile kullandıkları, bu nedenle bazen yüksek fiyatlar ödedikleri¹ ilaçların, insan sağlığına olumlu etkilerinin olduğu, hastalıkları tedavi etmede ve önlemede büyük önem arz ettikleri yadsınamaz bir gerçektir². Bununla birlikte ilaçların zaman zaman ölüme kadar varan zararlı etkilerine tanıklık edilmekte, birçok ilacın piyasadan çekildiği haberi duyulmaktadır³. Zira önceleri eczanelerde sıkı prosedürlerle üretilen ilaçların, sanayi devriminin başlamasıyla ilaç endüstrilerinde üretilmeye başlanması⁴, buralarda üretilen ilaçlarda doğal içerikten ziyade ağırlıklı olarak kimyasal içeriklerin kullanılması hastaların zarar görmelerine neden olmaktadır⁵. Hastaların ilaç hakkındaki olumlu

¹ Erwin Deutsch ve Andreas Spickhoff, *Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht* (yedinci bası, Springer Yayınları 2014) 1164.

² Hakan Hakeri, *İlaç Hukuku* (ikinci bası, Astana Yayınları 2018) 21.

³ Hakeri (n 2) 21.

⁴ Nina Yenke, *Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizizprodukte, Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts* (birinci bası, Springer Yayınları 2004) 21 – 22; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1164; Hakeri (n 2) 21.

⁵ Hakeri (n 2) 21.

beklentilerinin tersine döndüğü yani ilacın tedavi etmek yerine zarar verdiği durumlarda ise ilaçtan dolayı sorumluluk gündeme gelmektedir⁶.

İlacın tanımı birçok yerde farklı şekillerde yapılmıştır⁷. Dünya Sağlık Örgütü tarafından yapılan tanımlamaya göre ilaç, “fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları, alanın yararı için değiştirmek veya incelemek amacıyla kullanılan veya kullanılması öngörülen bir madde ya da ürün”dür⁸.

Alman Hukuku’nda ilacın tanımı, yürürlükte bulunan Alman İlaç Kanunu’nun⁹ (Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln /Arzneimittelgesetz – AMG)¹⁰ ikinci maddesinin birinci fıkrasında yapılmış ve burada ilacın hastalıkları teşhis, tedavi ve önleyici işlevinden bahsedilmiştir. Buna göre ilaç; insan hastalıklarını veya hastalığa bağlı şikayetleri giderme, hafifletme ya da önleme amacıyla vücuda uygulanan, farmakolojik, immünolojik ya da metabolik bir etki yoluyla fizyolojik işlevleri eski haline getiren, düzelten, etkileyen ya da tıbbi teşhis koymaya yardımcı olan maddeler veya maddelerden oluşmuş müstahzarlardır¹¹. Kanuni tanımda hastalığı önlemeye yönelik maddeler ilaç sayıldığından aşı, vitamin vb. nin de ilaç kavramı içinde değerlendirilebilmesi mümkündür¹². Bununla birlikte Kanun’un ikinci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca gıda ve gıda takviyelerinin, tütün ürünlerinin, kozmetik ürünlerin, veteriner tıbbi ürünlerinin, hayvan yeminin, tıbbi cihaz ve parçalarının, biyosidal ürünlerin, organların ilaç olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır¹³.

Türk hukukunda “İlaç İspençiyari ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu” (İTMK)¹⁴ nun birinci maddesi ilacı, “kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fennî kaidelere muvafik muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilinin ismiyle veya hususî bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyari ve tıbbi müstahzarlar” şeklinde ve 2014 tarihli “İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik” (İGHY)¹⁵ md. 4/1 – i’ de “ilaç

⁶ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1164.

⁷ İlaçlar doktrinde, orijinal-jenerik, reçeteli-reçetesiz, hazır – majistral, endikasyon dışı kullanılan, yetim (nadir) ilaç gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri (n 2) 38 – 52).

⁸ Hakeri (n 2) 30; Ünsal Dönmez, “Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Hâlleri” (2016) 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381, 382.

⁹ Bundan sonra AİK olarak ifade edilecektir.

¹⁰ Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz – AMG) <https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/BJNR024480976.html> erişim tarihi 2 Ocak 2024.

¹¹ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 984.

¹² Hakeri (n 2) 30.

¹³ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 992- 997; Wolfgang A. Rehmann, Arzneimittelgesetz (AMG) (beşinci bası, C.H. Beck Yayınları 2020) 29 vd.

¹⁴ İlaç İspençiyari ve Tıbbî Müstahzarlar Kanunu, Kanun Numarası: 1262, Kabul Tarihi: 14.05.1928, RG 26.05.1928/898

¹⁵ İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik, RG 15.04.2014 / 28973



(Beşeri tıbbi ürün): 1) İnsanlardaki hastalığı tedavi edici veya önleyici özelliklere sahip olarak sunulan veya, 2) Farmakolojik, immünolojik veya metabolik etki göstererek fizyolojik fonksiyonları düzeltmek, iyileştirmek, değiştirmek veya tıbbi teşhis amacıyla insanlarda kullanılan veya insana uygulanan madde veya maddeler kombinasyonunu” şeklinde tanımlamıştır.

İlaç hukuku ise ilaçla ilgili tüm hukuki konu ve sorunların ele alındığı alandır¹⁶. Bu kapsamda ilaç üretimi ve temini, hastalıklarda izlenecek sürecin belirlenmesi, ilaçla ilgili bilgilendirmelerin yapılması, idari ve hukuksal konu ve prosedürler, ilaç üreticisinin sorumluluğu gibi birçok düzenlemeyi içinde bulundurmaktadır. İlaç hukuku genel anlamda genel sağlığı ve hastayı koruma amacı barındırmakta, bu kapsamda ilaç üreticisine de sorumluluk yüklenmektedir. İlaç hukukunda sorumluluk, idari, cezai ve hukuki yönden olabilmektedir¹⁷. Çalışmamızda Alman hukukunda ilaç üreticisinin sorumluluğu hukuki yani özel hukuk yönüyle ele alınacaktır.

II. ALMAN HUKUKU'NDA İLAÇ ÜRETİCİSİNİN SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Alman Hukuku'nda ilaç üreticisinin sorumluluğuna ilişkin, olarak şu dört husus akla gelmektedir. Bunlar; Alman Medeni Kanunu'na¹⁸ (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB)¹⁹ göre haksız fiil sorumluluğu, AİK' ye göre kusursuz sorumluluk, Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu²⁰ (ProdHaftG)²¹ ve Alman Gen Teknik Kanunu'na²² (Gentechnikgesetz – GenTG)²³ göre sorumluluktur²⁴.

Alman İlaç Kanunu'nda ilaç üreticisinin sorumluluğu detaylı olarak ve kusursuz sorumluluk temelinde düzenlenmiştir. AİK kapsamı dışında kalan durumlarda gerekli şartların varlığı halinde AÜSK' ye ve AGTK' ye başvurulabilmektedir. Bununla birlikte üçüncü kişinin gördüğü zararlar bakımından AMK' de yer alan haksız fiil hükümleri uyarınca tazminat talep edilebilmektedir.

¹⁶ Hakeri (n 2) 21 - 22.

¹⁷ Serdar Nart, Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu (birinci bası, Adalet Yayınevi, 2014) 56 – 58.

¹⁸ Bundan sonra AMK olarak ifade edilecektir.

¹⁹ Bürgerliches Gesetzbuch – BGB <<https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>> erişim tarihi 2 Ocak 2024

²⁰ Bundan sonra AÜSK olarak ifade edilecektir.

²¹ ProdHaftG <<https://www.gesetze-im-internet.de/prodhaftg/>> erişim tarihi 2 Ocak 2024

²² Bundan sonra AGTK olarak ifade edilecektir.

²³ Gentechnikgesetz – GenTG <<https://www.gesetze-im-internet.de/gentg/BJNR110800990.html>> erişim tarihi 2 Ocak 2024

²⁴ Dönmez (n 8) 384.

B. Tarihsel Gelişim

1950'lerin sonu ile 1960'ların başlarında Almanya'da yaşanan "*Contergran Olayı*" Alman Hukuku'nda ilaç hukukuna dair düzenlemenin getirilmesi yönünde büyük bir tetikleyici olmuştur²⁵. Etkisinin büyük ve geniş olması nedeniyle aynı zamanda "felaket" olarak nitelendirilen²⁶ olayda, uyku hapı ve sakinleştirici olarak reçeteli satılan ve ana maddesi Thalidomid olan Contergran isimli uyku ilacı, hamile kadınlarda binlerce bebeğin sakat, uzuvları olmadan doğmasına neden olmuş, bunun üzerine Kasım 1961'de ilacın üreticisi, ilacı piyasadan çekmiştir²⁷.

Contergran olayının yaşanması ile birlikte Alman hukukunda ilaç hukukuna dair ilk kanuni düzenleme 1961 yılında²⁸ getirilmiş²⁹; ancak söz konusu Kanun yaşanan sorun ve mağduriyeti gidermediğinden³⁰ 1964 yılında Kanunda değişikliğe gidilmiş³¹, bu kapsamda ilaca ilişkin yeterli deneme ve denetlemelerin yapılması ile ilgili maddeler eklenmiştir³². Getirilen düzenlemeye paralel olarak Federal Adalet Divanı'nın 1971 tarihli kararında da ilaç üreticisinin doktorlara ve tüketicilere karşı özen yükümlülüğünden bahsedilerek üreticinin test yapma ve ürünü takip etme yükümlülüğünün bulunduğu vurgulanmıştır³³.

Getirilen tüm bu düzenleme ve değişikliklere rağmen "*Contergran Olayı*"nda *Talidomid* etken maddesinin zararlı etkilerinin dönemin en gelişmiş test yöntemleriyle belirlenememesi³⁴, bu nedenle de kanunun mevcut halinin ilacın vermiş olduğu zarar konusunda yaşanan mağduriyeti gidermede hala daha yetersiz kalması, 1976 yılında reform niteliğinde ve üreticinin sorumluluğunun açıkça düzenlendiği

²⁵ Rudiger Zuck ve Heinz – Uwe Dettling, Arzneimittelgesetz, Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln Humanarzneimittel, Kommentar (birinci bası, Carl Heymanns Yayınevi 2021) 2269; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 968.

²⁶ Yenke (n 4) 23; Meltem Göben, Arzneimittelhaftung und Gentechnikhaftung als Beispiele modernen Risikoausgleichs: mit rechtsvergleichenden Ausblicken zum türkischen und schweizerischen Recht (birinci bası, Peter Lang Yayınevi 1995) 58.

²⁷ Zuck ve Dettling (n 25) 2269; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 968 – 969; Helmut Koziol, Michael D. Green, Mark Lunney, Ken Oliphant ve Lixin Yang, Product Liability Fundamental Questions in a Comparative Perspective (birinci bası, De Gruyter Yayıncılık 2017) 257; Göben (n 26) 58.

²⁸ Arzneimittelgesetz, BGBl. I 1961 S. 533, <https://dejure.org/BGBl/1961/BGBl._I_S._533> erişim tarihi 22 Mart 2024.

²⁹ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 8, 967; 1961 tarihli düzenleme öncesinde kusurlu ilaçlara yönelik sorumluluk alanında önemli nitelikte mevzuat ya da içtihat bulunmamaktaydı (Göben (n 26) 56-58).

³⁰ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 8; Yenke (n 4) 22; Zuck ve Dettling (n 25) 2269; Kanunun ilk halinde genel anlamda tescile ilişkin hükümlere yer verilirken üreticinin sorumluluğuna değinilmemiştir (Dönmez (n 8) 384).

³¹ Zweites Gesetz zur Änderung des Arzneimittelgesetzes, BGBl. I. 1964 S. 365, <https://dejure.org/BGBl/1964/BGBl._I_S._365> erişim tarihi 22 Mart 2024.

³² Dönmez (n 8) 385.

³³ Lg Aachen Jz 1971,520 (Yenke (n 4) 23, Dipnot: 55).

³⁴ Wilfried Kügel, Rolf – Georg Müller - Hans Peter Hofmann, Arzneimittelgesetz, Kommentar (üçüncü bası, C. H. Beck Yayınevi 2022) 1609; Zuck ve Dettling (n 25) 2269.

eni bir kanuni düzenlemeye³⁵ gidilmesine neden olmuştur³⁶. 1976 tarihli Kanun, daha sonra üzerinde yapılan değişiklikler bakımından Kanun' un revizyonu niteliğinde getirilen 12.12.2005 tarihli başka bir düzenleme ile³⁷ güncel halini almıştır³⁸.

C. Alman İlaç Kanunu' na Göre Sorumluluk

1. Genel Olarak

İlaç üreticisinin sorumluluğu AİK' nin 16 numaralı ve “İlaçlardan Kaynaklanan Zarardan Sorumluluk” isimli başlığı altında ve 84 – 94a maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile hatalı ilaç üreticisine belli koşullar altında kusursuz sorumluluk yüklenmiştir. Üreticinin kusursuz sorumluluğu ile ilgili böyle bir düzenlemenin getirilmesi, bir ilacın kaçınılmaz olan etkileri ya da etkileşimlerinin bulunması, uyuşmazlığı haksız fiil hükümlerine göre çözenin zarar görenin mağduriyetini tam olarak gidermediği anlayışı sonucu gelişmiştir³⁹. Nitekim tehlikenin kontrolünün zor ya da kaçınılmaz olması veyahut ortaya çıkan zararın sık veya olağanüstü derecede yüksek olması durumlarında kusursuz sorumluluğun doğması beklenmektedir⁴⁰.

İlaç üreticisinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin temel gereklilikler AİK' nın 84. maddesinde yer almaktadır. Buna göre tüketiciye dağıtılan ve zorunlu pazarlama iznine tabi olan veya yönetmelikle pazarlama izni gerekliliğinden muaf tutulan beşeri bir tıbbi ürünün uygulanması sonucunda kişi ölüyor veya vücudu veyahut sağlığı önemli ölçüde zarar görürse söz konusu tıbbi ürünü bu Kanun kapsamında piyasaya süren ilaç girişimcisi, zarar gören tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. (AİK md. 84/ 1 ve 1. cümle) Böylelikle Kanun' da ilaçtan kaynaklanan zararlarla ilişkin tehlike sorumluluğuna öngören bir düzenleme geliştirilmiştir⁴¹.

³⁵ Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts, BGBl. I 1976 S. 2445, < https://dejure.org/BGBl/1976/BGBl_I_S_2445> erişim tarihi 25 Mart 2024; İlaç hukukuna dair ana kaynak niteliğindeki söz konusu düzenleme 01.01.1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Deutsch ve Spickhoff (n 1) 976).

³⁶ Kügel ve diğerleri (n 34) 1609; Yenke (n 4) 23; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 8; Zuck ve Dettling (n 25) 2269; Göben (n 26) 59; Hans Josef Kullmann, Bernhard Pfister, Karlheinz Stöhr ve Gerald Spindler, Produzentenhaftung (Erich Schmidt Yayınevi 2024) 3810.

³⁷ Neufassung des Arzneimittelgesetzes, BGBl. I 2005 S. 3394, <https://dejure.org/BGBl/2005/BGBl_I_S_3394> erişim tarihi 25 Mart 2024.

³⁸ Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz - AMG) <https://www.gesetze-im-internet.de/amg_1976/BJNR024480976.html> erişim tarihi 25 Mart 2024; Yenke (n 4) 25 vd; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 976; Mehmet Demir, “Avrupa Birliği, Almanya ve Belli Bazı Ülkelerde İlaç Üretim Sorumluluğuna İlişkin Yasal Sistemler” (2010) (2) 15, 18; Kanun üzerindeki son güncel değişiklik 27 Mart 2024 tarihli Kanun' un yedinci maddesiyle yapılmıştır. (BGBl. 2024 I No. 109).

³⁹ Kügel ve diğerleri (n 34) 1618; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1165.

⁴⁰ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1165.

⁴¹ Yenke (n 4) 45.

2. Kusursuz Sorumluluğa İlişkin Şartlar

a. Zorunlu Pazarlama İznine Tabi Olan veya Yönetmelikle Pazarlama İzni Gerekliliğinden Muaf Tutulan Beşeri Tıbbi Ürünün Kullanılması

Alman İlaç Kanunu, yalnızca insanlar üzerinde kullanılması amaçlanan, zorunlu onaya tabi olan ya da yasal olarak bundan muaf tutulan ürünler için uygulama alanı bulmaktadır⁴².

Kanunun yalnızca insanlar üzerinde kullanılması amaçlanan ürünler için geçerli olduğu hususu değerlendirildiğinde; veteriner tıbbi ürünleri gibi insanlar üzerinde kullanılması amaçlanmayan ürünlerin Kanun kapsamında uygulama alanı bulmayacağı sonucuna varılabilmektedir⁴³. Bu ürünlerin insan üzerinde denenmesi ya da doktor tarafından reçete edilmesi de bu bakımdan önem taşımamaktadır⁴⁴. Bununla birlikte ilacın insan vücudu üzerinde kullanım amacının güdümesi⁴⁵, yani ilacın hasta tarafından yutulmuş olması, hastaya enjekte edilmiş veya cildine uygulanmış olması gerekmektedir. Hastanın üzerinde fiziksel kullanıma konu olmayan ancak yaralanmaya sebep olan durumlar (örneğin, ilacın hasta üzerine düşmesi sebebiyle hastanın yaralanması, ilaca kazara dokunulması nedeniyle zarar görülmesi gibi) ilaç üreticisinin AİK kapsamında kusursuz sorumluluğuna neden olmayacaktır⁴⁶. Diğer yandan ilacın insan vücudu üzerinde fiziksel bir etki yapması beklenmekte, bu nedenle de insanlar üzerinde fiziksel bir etkiye sebep olmayan test serumları ya da test antijenleri gibi şeyler kusursuz sorumluluğun konusu olmamaktadır⁴⁷.

Alman İlaç Kanunu'nun uygulanması için getirilen diğer bir şart da piyasaya arz edilen ilacın pazarlama iznine tabi veya AİK md. 36/1⁴⁸ uyarınca pazarlama

⁴² Rehmann (n 13) 692; Yenke (n 4) 29; Kügel ve diğerleri (n 34) 1618; Yenke (n 4) 29; Zuck ve Dettling (n 25) 2278; Göben (n 26) 65.

⁴³ Walter Rolland, Produkthaftungsrecht: Kommentar (Rehnm Yayınevi 1990) 290.

⁴⁴ Kügel ve diğerleri (n 34) 1618; Yenke (n 4) 29; Rehmann (n 13) 692; Zuck ve Dettling (n 25) 2276 – 2277; Göben (n 26) 68.

⁴⁵ Rehmann (n 13) 692.

⁴⁶ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1170; Zuck ve Dettling (n 25) 2282 ; Göben (n 26) 68.

⁴⁷ Kügel ve diğerleri (n 34) 1618; Yenke (n 4) 29; Zuck ve Dettling (n 25) 2277.

⁴⁸ Arzneimittelgesetz § 36 Abs. 1;

“Das Bundesministerium wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates bestimmte Arzneimittel oder Arzneimittelgruppen oder Arzneimittel in bestimmten Abgabeformen von der Pflicht zur Zulassung freizustellen, soweit eine unmittelbare oder mittelbare Gefährdung der menschlichen Gesundheit nicht zu befürchten ist, weil die Anforderungen an die erforderliche Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit erwiesen sind. Das Bundesministerium kann diese Ermächtigung durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates auf die zuständige Bundesoberbehörde übertragen. Die Freistellung kann zum Schutz der menschlichen Gesundheit von einer bestimmten Herstellung, Zusammensetzung, Kennzeichnung, Packungsbeilage, Fachinformation oder Darreichungsform abhängig gemacht sowie auf bestimmte Anwendungsarten, Anwendungsgebiete oder Anwendungsbereiche beschränkt werden. Die Angabe weiterer Gegenanzeigen, Nebenwirkungen und Wechselwirkungen durch den pharmazeutischen Unternehmer ist zulässig.

izni gerekliliğinden muaf tutulan bir ilaç olması gerektiğidir⁴⁹. Bu kapsamda insan vücudu üzerinde çalışılması amaçlanan tüm bitmiş tıbbi ürünler kural olarak izne tabidir⁵⁰. (AİK md. 21/1 ve 1. cümle)⁵¹. Bunlar önceden üretilmiş ve amaçlanan bir paket içerisinde piyasaya arz edilen tıbbi ürünlerdir⁵². Burada önemli olan husus onay konusunda yetkilendirilme gerekliliği olup ilacın kullanımı anında ya da zararın görüldüğü sırada bir onayın var olup olmaması önem taşımamaktadır. Bu nedenle de bir lisansın süresinin dolması, geri çekilmesi, iptal edilmesi, lisansın yasa dışı verilmesi gibi durumlarda da AİK uyarınca sorumluluk devam edecektir⁵³. İzne tabi olmayan ilaçlar⁵⁴ tüketiciye dağıtılmak üzere ambalaj içerisinde piyasaya sürülmeyen ilaçlardır⁵⁵. Örneğin eczanelerde üretilen ilaçlar izne tabi değildir⁵⁶. Bu nedenle bireysel vakıalar için eczanede üretilen ilaçlar hakkında AİK uygulanmayacak, koşulların varlığı halinde AÜSK ya da AMK' nin haksız fiil hükümlerine göre değerlendirme yapılabilecektir⁵⁷. Yine endüstriyel üreticiler tarafından sipariş üzerine üretilen ilaçlar da bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte bu ürünlerin AİK md. 35/1 hükmünün ikinci bendi⁵⁸ uyarınca ya-

çev: Alman İlaç Kanunu md. 36, fıkra 1;

“ Federal Bakanlık, gerekli kalite, etkinlik ve güvenlik koşullarının kanıtlanmış olması nedeniyle insan sağlığına doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir tehlike söz konusu olmadığı sürece, Federal Konseyin onayı olmaksızın bir yönetmelikle belirli tıbbi ürünleri veya tıbbi ürün gruplarını ya da belirli farmasötik şekillerdeki tıbbi ürünleri ruhsat alma yükümlülüğünden muaf tutma yetkisine sahiptir. Federal Bakanlık bu yetkiyi Federal Konseyin onayı olmaksızın bir yönetmelikle yetkili üst federal makama devredebilir. İnsan sağlığının korunması amacıyla muafiyet, belirli bir üretime, bileşime, etiketlemeye, kullanma talimatına, teknik bilgiye veya dozaj formuna bağlı hale getirilebilecek ve belirli kullanım türleri, uygulama alanları veya uygulama alanlarıyla sınırlandırılabilir. İlaç şirketinin başka kontrendikasyonları, yan etkileri ve etkileşimleri belirtmesine izin verilir.”

⁴⁹ Kügel ve diğerleri (n 34) 1618; Yenke (n 4) 29 Zuck ve Dettling (n 25) 2278; Göben (n 26) 70.

⁵⁰ Yenke (n 4) 30; Kügel ve diğerleri (n 34) 1618; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1105; Göben (n 26) 70.

⁵¹ Arzneimittelgesetz § 21 Abs. 1, Satz 1;

“ Fertigarzneimittel dürfen im Geltungsbereich dieses Gesetzes nur in den Verkehr gebracht werden, wenn sie durch die zuständige Bundesoberbehörde zugelassen sind oder wenn für sie die Europäische Gemeinschaft oder die Europäische Union eine Genehmigung für das Inverkehrbringen nach Artikel 3 Absatz 1 oder 2 der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 erteilt hat.

çev: Alman İlaç Kanunu md. 21, fıkra 1, cümle 1;

“ Bitmiş tıbbi ürünler, ancak yetkili üst federal makam tarafından ruhsatlandırılmışlarsa veya Avrupa Topluluğu veya Avrupa Birliği tarafından 726/2004 sayılı Tüzüğü (AT) 3. maddesinin 1. veya 2. fıkrası uyarınca ruhsatlandırılmışlarsa, bu Yasanın kapsamı dahilinde piyasaya arz edilebilirler.”

⁵² Göben (n 26) 70.

⁵³ Zuck ve Dettling (n 25) 2277.

⁵⁴ İzne tabi olmayan ilaçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zuck ve Dettling (n 25) 2278 – 2279.

⁵⁵ Göben (n 26) 70.

⁵⁶ ibid 70

⁵⁷ Zuck ve Dettling (n 25) 2277.

⁵⁸ Arzneimittelgesetz § 35 Abs. 1, Unterabsatz 2;

sal bir düzenleme ile onay gerekliliğine tabi tutulabilmeleri de mümkündür⁵⁹.

b. İlacın Hatalı Olması

Alman İlaç Kanunu kapsamında tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için meydana gelen zararın ilacın hatalı olmasından kaynaklanması gerekmektedir. AİK, şu durumların varlığı halinde tazminat sorumluluğunun doğduğunu kabul etmekte yani ilacı hatalı saymaktadır: Bunlardan ilki, ilacın amacına uygun olarak kullanılması sonucu meydana getirdiği zararlı etkilerin, tıp biliminin bilgi ve bulgularına göre makul olarak görülebilecek seviyenin üstünde olması (AİK md. 84/1, 2. cümlesinin 1. bendi), ikincisi ise tıp biliminin bilgi ve bulgularına uygun olmayan şekilde etiketleme, uzman bilgisi ya da kullanım talimatına yer verilmesi halidir. (AİK md. 84/1, 2. cümlesinin 2. bendi) Bu durumlardan birinin ya da ikisinin varlığı halinde şayet ölüm ya da yaralanma meydana gelmişse ilacı piyasaya arz eden ilaç firması bu zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Yine AİK md. 84/3' te, tıbbi ürünün zarar verici etkisinin geliştirme ve üretim sürecine atfedilemeyen olgulardan kaynaklanmış olması halinde ilaç girişimcisinin AİK md. 84/1, 2. cümlesinin 1. bendi uyarınca tazminat ödeme yükümlülüğünden muaf olacağı ifade edilmiştir.

Madde düzenlemesi incelendiğinde ilaç girişimcisinin birinci ve üçüncü fıkra dolayısıyla tasarım (yapım – bileşim), üretim, gelişim hatalarından; ikinci fıkra dolayısıyla ise talimat (bilgilendirme) hatalarından sorumlu olduğu anlaşılmaktadır⁶⁰. Hatalı bir ilaç, yan etki, diğer ilaçlarla olumsuz etkileşim gibi sonuçlara neden olabilmektedir. Bununla birlikte ilacın etkisiz olması, AİK kapsamında bir sorumluluğa yol açmayacaktır⁶¹.

“ Das Bundesministerium wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates

...

2. die Vorschriften über die Zulassung auf Arzneimittel, die nicht der Zulassungspflicht nach § 21 Absatz 1 unterliegen, sowie auf Arzneimittel, die nach § 21 Absatz 2 Nummer 1g von der Zulassung freigestellt sind, auszudehnen, soweit es geboten ist, um eine unmittelbare oder mittelbare Gefährdung der menschlichen Gesundheit zu verhüten,”

çev: Alman İlaç Kanunu md. 35, fıkra 1, bent 2;

“Federal Bakanlık, Federal Konseyin onayına tabi bir yönetmelikle aşağıdakileri yapmaya yetkilidir

...

2. Ruhsatlandırma hükümlerini, insan sağlığına doğrudan veya dolaylı bir tehlikeyi önlemek için gerekli olduğu ölçüde, Madde 21 (1) uyarınca ruhsata tabi olmayan tıbbi ürünleri ve Madde 21 (2) numara 1g uyarınca ruhsatlandırmadan muaf tutulan tıbbi ürünleri kapsayacak şekilde genişletmek,”

⁵⁹ Yenke (n 4) 30; Göben (n 26) 70.

⁶⁰ Rehmann (n 13) 694 – 695; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1173 vd; Hasan Petek, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, (birinci bası, Yetkin Yayınevi 2009)169 .

⁶¹ Zuck ve Dettling (n 25) 2289; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1177.

Yapım – bileşim (tasarım) hataları, ürünün yapımı ya da geliştirilmesi sürecinde meydana gelmekte⁶², ürünün amaçlanan şekilde kullanılmasına engel oluşturan bu hatanın varlığı üretim sürecinin öncesine dayandığından özellikle seri üretilen ürünlerde tüm serinin hatalı olmasına neden olmaktadır⁶³. İlaça ilişkin olarak tasarım hatası, ilacın geliştirilmesi aşamasında yeterli denemelerin yapılmaması, ilacın bileşiminde kullanılacak maddelerin yanlış bir şekilde bir araya getirilmesi, ilaçta kullanılan hammadde ya da yarı mamul maddenin yanlış seçimi gibi durumlarda söz konusu olabilmektedir⁶⁴.

Üretim hatası, tasarım hatasının aksine üretilen seri içerisinde yalnızca bir ya da birkaç ürünün hatalı olması halinde söz konusu olmaktadır⁶⁵. Diğer bir deyişle burada tasarım kusuru bulunmama ile birlikte üretim sürecinde önlem alınmaması, kontrolün yetersiz yapılması gibi nedenlerle üretim kusuru ortaya çıkmaktadır⁶⁶. İlaça ilişkin olarak üretim hatası ise üretim sürecinde daha çok saflık, bileşim ya da kirlenme riski ile ilgili uyulması gereken düzenlemelere ve genel bakım kurallarına uyulmaması halinde meydana gelebilmektedir. Örneğin, kimyasal olarak saf olmayan maddelerin kullanılması ya da bir aşırı doldurulurken tüm patojenlerin öldürülmemesi halinde ilaçta üretim hatasının varlığından bahsedilebilecektir⁶⁷.

Gelişim hatası, üretim aşamasında bilim ve teknolojinin ulaştığı seviyeye göre belirli riskleri taşıdığı anlaşılabilen ürünün zaman içerisinde bilim ve teknikte yaşanan gelişmeler sonucu bu riskleri taşıdığı ortaya çıkması halinde söz konusu olur ve temelinde tasarım hatasına dayanır⁶⁸. Örneğin bir ilacın uzun süreli kullanımının kısırlığa ya da kansere sebep olduğu ortaya çıkarsa burada bir gelişim hatasının varlığından söz edilebilir⁶⁹. Gelişim hataları öngörülemez nitelikte olduklarından kusur ile ilişkilendirilemeyecektir⁷⁰. Bununla birlikte AİK' de ilaç üreticisi bakımından kusursuz sorumluluk öngörüldüğünden gelişim hataları bakımından AİK kapsamında sorumluluğa gidilebilecektir⁷¹.

⁶² Hans Joachim Hess, Kommentar zum Produkthaftpflichtgesetz (ikinci bası, Paul Haupt Bern Yayınevi 1995) 248.

⁶³ Hess (n 62) 248; Hans Claudius Taschner ve Edwin Frietsch, Produkthaftungsgesetz und EG – Produkthaftungs – richtlinie (ikinci bası, C.H. Beck's che Yayınevi 1990) 295; Harald Bartl, Produkthaftung nach neuem EG – Recht, Kommentar zum deutschen Produkthaftungsgesetz (birinci bası, Moderne Industrie Yayınevi 1989) 186; Petek (n 60) 169 – 170.

⁶⁴ Petek (n 60) 170.

⁶⁵ Hess (n 62) 253; Taschner ve Frietsch (n 63) 295; Bartl (n 63) 188; Petek (n 60) 170.

⁶⁶ Hess (n 62) 253; Bartl (n 63) 188.

⁶⁷ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1186.

⁶⁸ Hess (n 62) 260.

⁶⁹ Petek (n 60) 200.

⁷⁰ Hess (n 62) 260; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1176.

⁷¹ Petek (n 60) 204; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1176; Gelişim hatasında kusurdan söz edilemeyeceğinden AMK md. 823' te yer alan haksız fiil sorumluluğu uyarınca tazminata hükmedilmesi mümkün değildir (Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1187).

Alman İlaç Kanunu' nun 84. maddesinde amacına uygun kullanıma rağmen meydana gelen zararlı etkilerden bahsedilmektedir. İlacın kullanım amacı, ilaç firması tarafından belirlenmektedir⁷². İlacın amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının tespitinde ilaç firması tarafından kullanım talimatı ve uzman bilgilerinde yer verilen ilacın dozajı, süresi, kullanım şekli gibi hususlara göre bir değerlendirme yapılacak, amaca aykırı bir kullanım tespit edildiğinde (örneğin doktorun ilacı kullanırken bu bilgilerden saparak gerekenden fazla dozajda ilaç reçete etmesi ya da hastanın kendi kendisine kullanma talimatındaki bilgilere uymaması gibi hallerde) AİK kapsamında ilaç üreticisinin kusursuz sorumluluğuna gidilmeyecektir⁷³. Bununla birlikte Federal Adalet Divanı, bir ilaca bağlı olarak yaşayan kişilerin psikolojik ve fiziksel durumları nedeniyle ilacı doğru şekilde kullanmamalarının ilaç üreticisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağına yönelik karar vermiştir. Kararda astım hastası olan bir kişi, astım ilacına aşırı dozda, günde yirmi beş kez, maruz kalmış olmasına rağmen ilaç üreticisinin sorumluluğu kabul edilmiştir⁷⁴.

Tazminat sorumluluğuna yol açabilecek diğer bir hal, bilgilendirme hatasından kaynaklanmaktadır⁷⁵. Bilgilendirme hatasında üründe bir hata bulunmamakla birlikte⁷⁶ ilaç üreticisi, kullanıcıya, doktor ya da hastaya etkin ve güvenli bilgilendirmeyi sağlamamaktadır⁷⁷. Bu ise ilaç girişimcisinin piyasaya sürdüğü tıbbi ürünün uygun şekilde etiketlenmemesi, mevcut bilimsel bilgi durumuna uygun doğru teknik bilgi ve kullanım talimatlarının kullanılmaması nedeniyle olmaktadır⁷⁸. Örneğin bir üreticinin, sadece damar içine enjekte edilecek kısa etkili bir narkotik, artere veya artere yakın bir damara enjekte edilmemesi gerektiğini özellikle belirttiği takdirde pazarlayabilmesi mümkün olmalıdır⁷⁹. Madde düzenlemesinde yalnızca etiketlemedeki, teknik bilgilerdeki veya kullanım talimatlarındaki bilgi hatalarından bahsedildiği için bu sayılanlar dışında kalan haller (örneğin, ilaca ilişkin reklam beyanlarındaki hatalar) madde kapsamında değerlendirilmeyecektir. İlaç üreticisi tarafından yapılacak bilgilendirmede nelere yer verilmesi gerektiği konusunda ise ilacın piyasaya sürülme zamanı esas alınacaktır⁸⁰. Federal Adalet Divanı 1989 tarihli kararında⁸¹ ilacın aşırı dozda kullanılmasının olası riskleri

⁷² Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1174; Zuck ve Dettling (n 25) 2290.

⁷³ Zuck ve Dettling (n 25) 2290.

⁷⁴ BGHZ 106, 273 – Alupent – Dosieraerosol (Göben (n 26) 69).

⁷⁵ Yenke (n 4) 44 -45; Zuck ve Dettling (n 25) 2293; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1178.

⁷⁶ Hess (n 62) 255.

⁷⁷ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1186.

⁷⁸ Rehmann (n 13) 695 – 696; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1178.

⁷⁹ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1186.

⁸⁰ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1180; Petek (n 60) 178.

⁸¹ BGH, 24 Ocak 1989-VI ZR 112/88, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.01.1989&Aktenzeichen=VI%20ZR%20112%2F88> erişim tarihi 29 Mart 2024.



bakımından ilaç üreticisinin bilgilendirme yükümlülüğünün olduğu vurgulanmış, karara konu olayda kullanım talimatında ilacın kullanım şekli ve süresine ilişkin net bir bilgilendirme yapılmışsa da aşırı dozda kullanımın olası sonuçları hakkında bilgi verilmediği gerekçesiyle ilaç üreticisi sorumlu tutulmuştur.

Bilgilendirme hatası kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir konu da ilaç üreticisinin ürün gözleme yükümlülüğüdür⁸². Bu yükümlülük AİK' da tam olarak ifade edilmemekle birlikte bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında sayılmaktadır⁸³. Ürün izleme yükümlülüğü, piyasaya sürülen ve üretimi devam eden ürünler için söz konusudur⁸⁴. Buna göre üretici, ürünün piyasaya sürülmesinden sonra da ürünü izlemeli⁸⁵, ilacın ne gibi yan etkilerinin olduğu, diğer ilaçlarla etkileşimlerinin nasıl olduğu gibi hususları gözlemlemelidir⁸⁶. Söz konusu tehlike, ürünün tasarımı, bileşimi veya üretim sürecine dair yapılacak değişikliklerle ya da kullanma talimatının güncellenmesiyle giderilebilecek nitelikteyse bu değişiklikler yapılmalı, gerekli görülmesi halinde ise ürün satışı durdurulmalı ve hatta ürün piyasadan çekmelidir⁸⁷.

c. Zararın Doğması

İlaç üreticisinin sorumluluğunun doğabilmesi için bir zararın ortaya çıkmış olması gerekmektedir. AİK' nın 84. maddesine göre makul seviyeyi aşmayan, tolere edilebilen yan etkiler AİK kapsamında bir sorumluluğa yol açmayacaktır⁸⁸. Bu düzenleme ile hafif nitelikte zarar oluşturan davalarla meşguliyetin önlenmesi hedeflenmiştir⁸⁹. İlacın doğrudan ve dolaylı etkisi ya da başkaca ilaç ve yiyecek içecekler ile olumsuz etkileşimleri zarar olarak nitelendirilebilmektedir⁹⁰. Bunların makul seviyede olup olmadığının tespiti ise bireysel vakadan bağımsız olarak genel, soyut fayda – risk analizi temelinde, diğer bir deyişle ilaçtan elde edilecek yarar ve ilacın muhtemel riski arasında yapılacak değerlendirmeye göre belirlenecektir⁹¹.

⁸² Hess (n 62) 256; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1187; Petek (n 60) 204.

⁸³ Petek (n 60) 206.

⁸⁴ Bartl (n 63) 183; Joachim Schmidt Salzer, Entscheidungssammlung Produkthaftung (de Gruyter Yayınevi 1976) 19 -20.

⁸⁵ Hess (n 62) 256.

⁸⁶ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1187; Petek (n 60) 205.

⁸⁷ Hess (n 62) 256 – 260; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1187; Petek (n 60) 206.

⁸⁸ Rehmann (n 13) 694; Zuck ve Dettling (n 25) 2286, 2291; 2286; Kügel ve diğerleri (n 34) 1622; Petek (n 60) 224; Göben (n 26) 66.

⁸⁹ Kügel ve diğerleri (n 34) 1622.

⁹⁰ Zuck ve Dettling (n 25) 2289.

⁹¹ Zuck ve Dettling (n 25) 2291; İlacın fayda risk değerlendirmesi yapılırken ilacın ruhsatlandırıldığı tarihte mevcut olan tedavi alternatiflerinin de dikkate alınması, şayet aynı endikasyon için aynı veya daha iyi etkinliğe sahip ancak yan etki riski önemli ölçüde daha düşük başka bir ilaç mevcutsa ilacın yan etkilerini kabul edilemez olarak değerlendirilmesi mümkün olmalıdır.(Zuck ve Dettling (n 25) 2292); Petek (n 60) 228.

Alman İlaç Kanunu md. 84' e göre tazminat talebi ancak kişinin yaralanması ya da ölmesi durumunda gündeme gelmekte, bu durumlar zarar kapsamında sayılmaktadır⁹². Kişinin yaralanması bedensel yaralanma ile sağlığın zarar görmesi hallerini kapsamaktadır⁹³. Bedensel zarar, fiziksel bütünlüğün, sağlığın zarar görmesi ise fizyolojik etkileşimin, vücudun iç işlevsel sürecinin bozulması anlamına gelmektedir⁹⁴. Bu nedenle de bir ilacın fiziksel yaralanmaya kıyasla daha çok sağlığa zarar verdiği söylenebilir⁹⁵.

Alman İlaç Kanunu' nda, kişinin ölmesi ya da yaralanması durumları zarar kapsamında sayılmakla birlikte özgürlük, mülkiyet gibi konular koruma kapsamı dışında tutulmuştur. Bu nedenle de çok nadir de olsa ilaç kullanımı nedeniyle oluşabilecek maddi hasarlar AİK kapsamında değerlendirilmeyecektir⁹⁶.

Alman İlaç Kanunu md. 84 kapsamında doğrudan zararlarla ilişkin tazminatın istenebileceği direkt olarak anlaşılabilirken aynı netlik dolaylı zararlarla ilişkin tazminat talepleri bakımından söz konusu değildir⁹⁷. Doğrudan zarar görenler, ilacı tıbbi amaçlarla doğrudan kullanan ya da ilacın kendisine doğrudan veya infüzyonlar yolu ile uygulandığı veyahut enjekte edildiği kişilerdir⁹⁸. İlaçtan kaynaklanan dolaylı zarar ise bir hastalığın bulaşması (örneğin, HIV ile kontamine olmuş kan ürünlerin hemofili hastaları gibi zaman zaman kan almak zorunda olan hastalara bulaşması) ya da ilaç kullanımına bağlı olarak üçüncü kişinin zarara uğraması (örneğin, hastanın direksiyon başında uyuyakalması sonucunda yaşanan trafik kazasında üçüncü kişinin zarar görmesi) gibi durumlarda mümkün olabilmektedir⁹⁹. Kanaatimizle doktrinde bir kısım yazarlarca da ifade edildiği üzere kanunda kişi yönünden bir sınırlamaya gidilmediğinden, burada asıl olarak hukuki menfaatleri ihlal edilen kişiler esas alındığından ilacın kullanılması ile zarar arasında illiyet bağının varlığı yeterli olmalı ve dolaylı zarar görenler de tazminat talebinde bulunabilmelidir¹⁰⁰. Yine doktrinde vurgulandığı üzere Alman hukukunda 2002 tarihli Zararların Tazmini Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair İkinci Kanun'un (*Zweiten Gesetz zur Änderungschadensersatzrechtlicher Vorschriften*)¹⁰¹

⁹² Yenke (n 4) 37; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 845; Rehmann (n 13) 643; Kügel ve diğerleri (n 34) 1622; Göben (n 26) 66.

⁹³ Yenke (n 4) 37.

⁹⁴ Yenke (n 4) 37; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 845.

⁹⁵ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 845.

⁹⁶ Yenke (n 4) 37; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 845; Kügel ve diğerleri (n 34) 1622; Zuck ve Dettling (n 25) 2284.

⁹⁷ Yenke (n 4) 31 - 32; Zuck ve Dettling (n 25) 2285; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1169.

⁹⁸ Yenke (n 4) 31; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1169; Kügel ve diğerleri (n 34) 1622; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1169.

⁹⁹ Yenke (n 4) 32; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1169; Zuck ve Dettling (n 25) 2269, 2285.

¹⁰⁰ Zuck ve Dettling (n 25) 2285; Yenke (n 4) 32 - 34.

¹⁰¹ *Zweiten Gesetz zur Änderungschadensersatzrechtlicher Vorschriften*, <<https://dejure.org/>

açıklayıcı notunda da dolaylı olarak zarar gören tarafların ekonomik olarak korunması, AİK hükümlerine atıfta bulunularak gerekçelendirilmekte, ikincil mağdurların da tazminat isteme hakkının olduğu varsayılmaktadır¹⁰². Bu nedenle kanaatimizce de ilaçtan dolaylı zarar görülmesi halinde Alman İlaç Kanunu kapsamında tazminat istenebilmelidir.

d. İlliyet Bağı

Alman İlaç Kanunu kapsamında tazminat sorumluluğunun doğması için diğer bir koşul da meydana gelen zarar ile ilacın kullanımı arasında nedensellik bağının var olması gerektiğidir¹⁰³. Nedensellik bağının ispatı her zaman için kolay değildir. Zira bir tıbbi ürünün değiştirici etkisi ile hastalığın kadersel seyri arasında ayırım yapmak çoğu zaman için zordur¹⁰⁴. Bu nedenle AİK' nin 84. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde, “*kullanılan tıbbi ürünün, münferit vakanın şartlarına göre hasara yol açma ihtimali varsa hasarın bu tıbbi üründen kaynaklandığı varsayılır.*” şeklindeki ifade ile nedensellik bağının ispatı karineye bağlanmıştır¹⁰⁵. Söz konusu karine dolayısıyla zarara yol açma ihtimali olan ilacın somut olayda zarara sebebiyet vermediğini ilaç girişimcisi kendisi ispat edecektir¹⁰⁶.

Ortaya çıkan zararın ilacın kullanımından kaynaklanıp kaynaklanmadığı her somut olay özelinde mahkemece açıklığa kavuşturulmalı¹⁰⁷, bunun tespiti bakımından ise katkıda bulunan illiyet bağının varlığı yeterli sayılmalıdır. Örneğin bağışıklığı düşük bir bireyin aşının önlemeyi amaçladığı hastalığa yakalanarak ölmesi sonucunda da illiyet bağının varlığı kabul edilmelidir¹⁰⁸. Bununla birlikte AİK' nin 84. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, ilacın bileşimi ve dozajı, kullanım amacının türü ve süresi, zararın meydana gelmesiyle ilacın kullanılması arasındaki zamansal bağlantı, zararın şekli, zarar görenin ilacı kullandığı sıradaki sağlık durumu gibi somut olaya ilişkin tüm hal ve koşullar bir bütün halinde

BGBI/2002/BGBI_I_S_2674#:~:text=%2F7752%2C%20S.-,Durch%20das%20Zweite%20Gesetz%20zur%20%C3%84nderung%20schadensersatzrechtlicher%20Vorschriften%20vom%2019,Gef%20%C3%A4hrdungshaftung%20in%20%C2%A7%20253%20Abs.> erişim tarihi 12 Şubat 2024.

¹⁰² Zuck ve Dettling (n 25) 2285; Yenke (n 4) 33.

¹⁰³ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1170; Kügel ve diğerleri (n 34) 1623; Zuck ve Dettling (n 25) 2286; Petek (n 60) 256. İlliyet bağının ispatı ile ilgili delillerin sunulması ve değerlendirilmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. (Kügel ve diğerleri (n 34) 1623 vd; Zuck ve Dettling (n 25) 2287 vd.); Göben (n 26) 72.

¹⁰⁴ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1170.

¹⁰⁵ Kügel ve diğerleri (n 34) 1312; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1170; Rehmann (n 13) 696 – 697; Zuck ve Dettling (n 25) 2287.

¹⁰⁶ Rehmann (n 13) 696 – 697; Alman İlaç Kanununda nedensellik bağına ilişkin getirilen bu kolaylaştırıcı karineye yer vermesi bakımından 85/374 sayılı Avrupa Birliği Direktif' inden farklılık arz etmektedir. Zira Direktif' in 4. Maddesinde nedensellik bağına ilişkin karineye yer verilmeksizin ispat yükü doğrudan zarar görene bırakılmıştır (Rehmann (n 13) 697).

¹⁰⁷ Zuck ve Dettling (n 25) 2287.

¹⁰⁸ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1176 – 1177.

değerlendirilmelidir¹⁰⁹.

İllyet bağının tespitinde AİK' nin 84. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “*bireysel olayın koşullarına göre başka bir durumun zarara yol açması muhtemel ise bu karine uygulanmayacaktır*” şeklindeki ifade de önem arz etmekte, mahkeme kararlarında nedensellik karinesi ile birlikte irdelenerek bir sonuca varılmaktadır. Federal Adalet Divanı'nın bir kararına konu olayda, davacı hasta, kronik poliartrit ve polimiyalji romatika hastalığı nedeniyle kendisine reçete ile verilmiş ilacı kullanmaya başladıktan bir süre sonra felç geçirmiş, bunun üzerine ilacın üreticisine karşı tazminat davası açmıştır. Federal Mahkeme ise olayda ilacın zarara uygunluğunu kabul etmekle birlikte davacının mevcut risk faktörlerinin kendi sağlığına zarar vermiş olabileceği gerekçesiyle nedensellik karinesinin uygulanmayacağını, maddi - manevi tazminat talebinin reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁰.

3. Alman İlaç Kanunu' na Göre İlaç Üreticisinin Sorumluluğunun Hukuki Sonucu

a. Tazminat Sorumluluğu ve Getirilen Sınırlamalar

Alman İlaç Kanunu'nda ilaçtan kaynaklı ölümler ve yaralanmalar için hükmedilecek tazminat iki ayrı maddede düzenlenmiştir.

İlaçtan dolayı ölüm söz konusu olduğunda ödenecek tazminat tutarı AİK md. 86' ye göre hesaplanacaktır. Buna göre, tedavi masrafları ile hastalık süresince çalışma gücünün askıya alınması veya azalması sonucunda ihtiyaçlarının artması nedeniyle uğranılan zarar, cenaze masrafları maddi zarar kapsamında değerlendirilecektir. (AİK md. 86/1) Bir diğer yandan ölen kişinin yaralanma anında üçüncü bir kişiyle ilişkisini sürdürmesi ve bu ilişki nedeniyle üçüncü kişiyi geçindirmekle yükümlü olması ya da olacak olması halinde, ölenin varsayımsal yaşam süresi boyunca hesaplanacak olan üçüncü kişinin mahrum kaldığı nafaka da maddi zarar kapsamında sayılacaktır. (AİK md 86/2) Yine buradaki tazminat yükümlülüğü, yaralanma sırasında üçüncü kişinin gebe olması halinde de mevcuttur. (AİK md. 86/2). Manevi tazminat bakımından ise tazminat ödemekle yükümlü olan taraf, ölenle özellikle yakın bir kişisel ilişki içinde olan sağ kalana, sağ kalanın çektiği duygusal acı için uygun bir maddi tazminat ödeyecektir. Hayatta kalan kişinin ölen kişinin eşi, hayat arkadaşı, ebeveyni ya da çocuğu olması halinde yakın bir kişisel ilişkinin var olduğu varsayılmaktadır. (AİK md. 86/ 3)

Kişinin yaralanması halinde ödenecek tazminat tutarı ise AİK md. 87' ye göre hesaplanacaktır. Buna göre bedensel yaralanma ya da sağlığın zarar görmesi durumunda tazminat, iyileşme masraflarının ve yaralanma sonucunda çalışma gücünün

¹⁰⁹ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1171.

¹¹⁰ BGH, 26 Mart 2013 tarihli karar - VI ZR 109/12, <https://openjur.de/u/624023.html>, erişim tarihi 23 Mart 2024.

geçici ya da sürekli olarak ortadan kalkması ya da azalması veya ihtiyaçlarının artması nedeniyle zarar görenin uğradığı maddi kaybın karşılanması şeklinde ödenecektir. Yine maddi kayıp olmayan zararlar için de hakkaniyete uygun manevi tazminat talep edilebilecektir. (AİK md. 87)

Alman İlaç Kanunu'nda yaralanmaya mağdurun da katkısı olmuşsa AİK md. 85¹¹¹ gereği tazminat hesabında bu husus da değerlendirilecek, böyle bir durumda AMK md. 254/1¹¹² uyarınca tazminat yükümlülüğü ve ödenecek tazminatın kapsamı, koşullara, özellikle de zararın ağırlıklı olarak bir taraftan mı yoksa diğer taraftan mı kaynaklandığına bağlı olarak belirlenecektir. Örneğin, yaralanan kişinin kullandığı ilacın diğer ilaçlarla etkileşimine dair belirli uyarılara yeterince dikkat etmemesi durumunda ya da kullanma talimatında açıkça doktora başvurulması gerektiği ifade edilen bir yan etkiye rağmen doktora gidilmemesi halinde katkıda bulunan ihmalden bahsedilebilecek ve zarar gören kişi lehine hükmedilecek olan tazminat miktarı azalacaktır¹¹³. Yine tüketicinin, zararlı etkileri nedeniyle piyasadan toplatıldığını bildiği ilacı kullanmaya devam etmesi durumunda yaralanan kişinin zarara katkısının olduğu düşünülebilecektir¹¹⁴. Zarar gören kişinin yaralanmaya katkıda bulunduğunu ise ilaç girişimcisi ispat edecektir¹¹⁵.

Alman İlaç Kanunu'nun 88. maddesinde tazminat miktarları bakımından azami sınır öngörülmüştür¹¹⁶. Madde hükmünde bir kişinin ölmesi ya da yaralanması durumu ile birden fazla kişinin ölmesi ya da yaralanması durumları bakımından farklı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre bir kişinin ölümü ya da yaralanması durumunda getirilen sınır 600.000 Euro ve yıllık irat 36.000 Euro iken birden fazla kişinin ölmesi ya da yaralanması durumunda getirilen sınır 120 milyon Euro ve yıllık toplam irat 7,2 milyon Eurodur. Birden fazla kişinin ölmesi ya da yaralan-

¹¹¹ Arzneimittelgesetz § 85;

"Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, so gilt § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs."

çev: Alman İlaç Kanunu md. 85;

"Zarar gören tarafın zararın meydana gelmesinde kusurlu olması halinde, Alman Medeni Kanunu'nun 254. maddesi uygulanacaktır."

¹¹² Bürgerliches Gesetzbuch § 254, Abs.1;

"Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist."

çev: Alman Medeni Kanunu md. 254 fıkra 1;

"Zarar kısmen zarar gören tarafın kusurundan kaynaklanmışsa, tazminat ödeme yükümlülüğü ve ödenecek tazminat miktarı koşullara, özellikle de zararın esas olarak taraflardan biri veya diğeri tarafından ne ölçüde meydana getirildiğine bağlıdır."

¹¹³ Rehmann (n 13) 701.

¹¹⁴ Zuck ve Dettling (n 25) 2277.

¹¹⁵ Rehmann (n 13) 701.

¹¹⁶ Rehmann (n 13) 693.

ması durumunda, bu kişiler için ödenecek tazminat, azami tazminat sınırını aşmıyor ise münferit tazminat miktarları, toplam tazminat miktarının azami tazminat sınırına oranı nispetinde azaltılacaktır (AİK 88/2) AİK’ de öngörülen bu sınırlamalara ilişkin Kanunda herhangi bir güncelleme henüz öngörülmemiştir. Bununla birlikte zarar gören kişi zararının tamamını AMK md. 823’ te yer alan haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre talep edebilecektir¹¹⁷.

b. Sorumlu Kişiler

Alman İlaç Kanunu’nda öngörülen kusursuz sorumluluk uyarınca tazminat yükümlüsü ilacı kendi adı altında piyasaya süren kişidir¹¹⁸. (AİK md. 4/18)¹¹⁹. Bu kişi Alman hukukunda “*Pharmazeutischer Unternehmer*” olarak adlandırılır¹²⁰. İlaç piyasaya süren kişinin tespiti bakımından ilacın dış ambalajda, kullanma kılavuzunda ve uzman bilgilerinde kimin ilaç firması olarak gösterildiği önem taşımaktadır. Ambalaj üzerinde yer alan distribütörler de bu kapsamda ilaç şirketidir ve dolayısıyla üreticinin sorumluluğuna ilişkin subjektif iradeleri önemli olmaksızın sorumludurlar¹²¹.

Alman İlaç Kanunu’nda ilacın piyasaya sürülmesi geniş kapsamlı olarak tanımlanmıştır¹²². Buna göre ilacın piyasaya sürülmesi, “*satış veya diğer dağıtımlar için stokta bulundurma, satış için saklama, satışa sunma ve başkalarına dağıtma*” anlamına gelmektedir (AİK 4/17). Bu nedenle de şayet bir ilaç, eczacı, ithalatçı, toptancı ya da kişi veya kuruluşlar tarafından piyasaya sürülüyorsa bunların her birinin girişimci sıfatının mevcut olduğu söylenebilmektedir¹²³. Şayet kişi stoğunda bulunan ilacı satma düşüncesinde değilse bu kişi ilaç girişimcisi niteliğine haiz olmayacaktır¹²⁴.

¹¹⁷ Zuck ve Dettling (n 25) 2335; Bonn Bölge Mahkemesi de 1994 tarihli kararında haksız fiil sorumluluğuna dayandırılan davada AİK md. 88’deki tazminat sınırlamalarının uygulanmayacağını açıkça ifade etmiştir. (bkz. LG Bonn , 2 Mayıs 1994 tarihli karar - 9 O 323/93, < <https://openjur.de/u/388404.html>> erişim tarihi 28 Mart 2024.

¹¹⁸ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1168; Yenke (n 4) 41; Kügel ve diğerleri (n 34) 1620; Zuck ve Dettling (n 25) 2277; Petek (n 60) 268; Göben (n 26) 72- 73.

¹¹⁹ Arzneimittelgesetz § 4 Abs. 18;

“*Der pharmazeutische Unternehmer ist bei zulassungs- oder registrierungspflichtigen Arzneimitteln der Inhaber der Zulassung oder Registrierung. Pharmazeutischer Unternehmer ist auch, wer Arzneimittel im Parallelvertrieb oder sonst unter seinem Namen in den Verkehr bringt, außer in den Fällen des § 9 Abs. 1 Satz 2.*”

çev: Alman İlaç Kanunu md. 4, fıkra 18;

“*Ruhsat veya tescile tabi tıbbi ürünler söz konusu olduğunda, farmasötik girişimci ruhsat veya tescil sahibidir. Farmasötik girişimci aynı zamanda, 9. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde belirtilen durumlar haricinde, tıbbi ürünleri paralel dağıtım yoluyla veya başka bir şekilde kendi adıyla piyasaya süren kişidir.*”

¹²⁰ Petek (n 60) 268.

¹²¹ Kügel ve diğerleri (n 34) 1620 – 1621.

¹²² Yenke (n 4) 41; Petek (n 60) 269; Göben (n 26) 73.

¹²³ Yenke (n 4) 41; Göben (n 26) 73.

¹²⁴ Göben (n 26) 73.

Kanunda ilacı piyasaya süren kişi sorumlu tutulduğundan tazminat sorumlusunun ilacın üreticisi olma zorunluluğu yoktur. İlacın üreticisi farklı kişi olmakla birlikte başka bir isim altında piyasaya sürülmüşse burada AİK hükümlerine göre sorumlu olacak olan ilacın üreticisi değil, ilacı piyasaya süren kişi olacaktır¹²⁵. Burada ilacın üreticisi haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olabilecektir¹²⁶. İlacın ambalajının üreticisinin ise kusursuz sorumluluğu söz konusu değildir¹²⁷.

İlacı piyasaya süren kişi bunu kendi rızası ile yapmalıdır. Rıza dışı piyasaya sürülen ilaçlardan dolayı AİK kapsamında kusursuz sorumluluk doğmayacaktır¹²⁸. Bununla birlikte izin gerektiren bir ilacın izinsiz olarak piyasaya sürülmesi halinde de girişimci AİK' ye göre sorumlu olacaktır¹²⁹.

İlaç üzerinde birden fazla girişimci, yani tazminat yükümlüsü bulunması halinde bunlar AİK md. 93¹³⁰ uyarınca müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklardır¹³¹. Müteselsil sorumluluk bir ilacın birden fazla üreticisi olması halinde söz konusu olabileceği gibi birden fazla ilacın etkileşimi sonucu da meydana gelebilmektedir¹³². Bu kapsamda hasta, kusursuz sorumluluğa yol açan aynı etken maddeyi içeren ilacı birden fazla üreticiden almışsa ve zararın hangisinden kaynaklandığı belirsizse tüm üreticiler müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır¹³³.

4. Diğer Sorumluluk Halleri

a. Genel Olarak

Alman Hukuku'nda ilaç üreticisinin sorumluluğu genel anlamda Alman İlaç Kanunu kapsamında değerlendirilmekteyse de münferit bazı durumlarda Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu ya da Alman Gen Teknik Kanunu da gündeme gelebilmektedir¹³⁴. Yine Alman Hukuku'nda üreticinin sorumluluğu esas olarak haksız fiil sorumluluğu temelinde görülmektedir.

¹²⁵ Petek (n 60) 269; Göben (n 26) 73.

¹²⁶ Petek (n 60) 269.

¹²⁷ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1168.

¹²⁸ Rehmann (n 13) 692.

¹²⁹ Zuck ve Dettling (n 25) 2277.

¹³⁰ Arzneimittelgesetz § 93;

“Sind mehrere ersatzpflichtig, so haften sie als Gesamtschuldner. Im Verhältnis der Ersatzpflichtigen zueinander hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.”

çev: Alman İlaç Kanunu md. 93;

“Birden fazla tarafın tazminat ödemekle yükümlü olması halinde, bu taraflar müştereken ve müteselsilen sorumlu olurlar. Tazminat ödemekle yükümlü taraflar arasındaki ilişkide, tazminat ödeme yükümlülüğü ve ödenecek tazminat miktarı koşullara, özellikle de zararın esas olarak bir taraftan mı yoksa diğer taraftan mı kaynaklandığına bağlı olacaktır.”

¹³¹ Yenke (n 4) 41; Göben (n 26) 73.

¹³² Petek (n 60) 271 – 272.

¹³³ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1191.

¹³⁴ Yenke (n 4) 28.

b. Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu Uyarınca Sorumluluk

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu, Avrupa Konseyinin 1985 tarihli 85/374 sayılı Direktif'inin iç hukuka aktarılması ile 1990 yılında yürürlüğe girmiş, Kanunda hatalı bir ürünün vermiş olduğu zararlardan dolayı üreticinin kusursuz sorumluluğu düzenlenmiştir¹³⁵.

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun 15. maddesinde Alman İlaç Kanunu'nun uygulama alanına giren konularda Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun uygulanmayacağı açık olarak belirtilmiştir. Bu nedenle hatalı olarak üretilen bir ilaç nedeniyle ortaya çıkan zararlar bakımından AÜSK'ye göre kural olarak bir değerlendirme yapılamayacaktır¹³⁶. Kural bu olmakla birlikte yukarıda da ifade ettiğimiz üzere AİK'nin kapsamına girmeyen konularda, örneğin veteriner tıbbi ürünlerinde, ruhsata tabi olmayan beşeri tıbbi ürünlerde, henüz onaylanmamış, klinik araştırma aşamasında olan tıbbi ürünlerde, yurtdışında piyasaya sürülen ve Alman yasalarının geçerli olduğu tıbbi ürünlerde¹³⁷, tıbbi cihazlarda (kalp pili gibi)¹³⁸ AÜSK'nin uygulanması mümkündür¹³⁹. Örneğin Federal Adalet Divanı 2015 tarihli kararında¹⁴⁰, hastaya takılan kalp pilinin kusurlu olması nedeniyle uğranılan zarara ilişkin açılan tazminat davasında AÜSK'ye göre bir değerlendirme yapmıştır.

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu, üreticinin sorumluluğunu, kusursuz tehlike sorumluluğu olarak düzenlemiştir. Buna göre üründeki hata nedeniyle bir kişinin ölümü, vücudunun veya sağlığının yaralanması veya herhangi bir şeyin zarar görmesi durumunda, ürünün üreticisi ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür (AÜSK md. 1/1, cümle 1). Burada üreticinin kusursuz sorumluluğu düzenlenmiş olup hatalı ürün ile zarar arasında bir nedensellik bağı var ise zararın tazmini bakımından ayrıca kusur aranmayacaktır¹⁴¹. AÜSK md. 1/1'in ikinci cümlesinde yer alan "*...Mala zarar verilmesi durumunda, bu durum yalnızca kusurlu üründen başka bir malın zarar görmesi ve bu malın niteliği gereği normalde özel kullanım veya tüketim için tasarlanmış olması ve zarar gören tarafından esas*

¹³⁵ Christian Katzenmeier, ve Tobias Voigt, ProdHaftG, Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (yedinci bası, Erich Schmidt Yayınevi 2020) 31 vd.

¹³⁶ Kügel ve diğerleri (n 34) 1685.

¹³⁷ Yenke (n 4) 126 - 127.

¹³⁸ Tobias Lenz, Produkthaftung (ikinci bası, C.H. Beck Yayınevi 2022) 302.

¹³⁹ Zuck ve Dettling (n 25) 2271; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1082; Kügel ve diğerleri (n 34) 1618; Hans Josef Kullmann, Produkthaftungsgesetz (4. Bası, Erich Schmidt Yayınevi 2004) 196.

¹⁴⁰ BGH, 9 Haziran 2015 tarihli karar - VI ZR 284/12, <<https://openjur.de/u/776070.html>> erişim tarihi 24 Mart 2024; benzer yöndeki karar için bkz. BGH, 30 Temmuz 2013 tarihli karar - VI ZR 284/12, <<https://openjur.de/u/642605.html>> erişim tarihi 24 Mart 2024.

¹⁴¹ Jochen Taupitz, "İmalatçının Sorumluluğu Avrupa Topluluğu Yönergesi ve Alman İmalatçının Sorumluluğu Kanunu", çev. Şeref Ertaş (1997) Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/taupitz-ertas.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2022, 47, 50.



olarak bu amaçla kullanılmış olması halinde geçerlidir” şeklindeki ifade ile ise hayat, vücut ve sağlığa ilişkin menfaatler yanında AİK'den farklı olarak eşyaya verilen zarar da doğrudan koruma altına alınmıştır.

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu kapsamında sorumluluğun doğabilmesi için hatalı bir ürün nedeniyle menfaatin basit şekilde ihlal edilmesi yeterli olup Kanun bu yönüyle AİK'den ayrılmaktadır¹⁴². Bir diğer fark ise AÜSK'de tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için amacına uygun kullanım değil makul kullanım esas alınmaktadır. Makul kullanım amacına uygun kullanımdan daha geniş kapsamıdır. Ürünün olağan kullanımı dışında kalan farklı ve ihmalkar kullanım halleri (kötü niyetli kullanım boyutuna varmayan) makul kullanım kapsamında değerlendirilmektedir. Bu nedenle de AÜSK kapsamında üretici, kullanıcıların ürünü kullanırken gösterebilecekleri ihmalkar tutumları da göz önünde bulundurarak gerekli önlemleri almak ve uyarıları yapmakla yükümlüdür¹⁴³. Örneğin, bir kalemin olağan kullanım amacı yazı yazmak olmasına rağmen üretici, yazı yazan kişinin kalemi ağzına götürebileceğini de hesaba katarak ona uygun maddeler kullanmalı, zehirli boya maddesi kullanmamalıdır¹⁴⁴. Makul kullanım kapsamında ürünün kötüye kullanımı yer almamaktadır¹⁴⁵. Yapıştırıcı bir maddenin içine çekilerek kullanımı kötüye kullanıma bir örnektir¹⁴⁶. Zira burada bir zararın ortaya çıkabileceği aleni olup buna rağmen bilinçli olarak amacına aykırı kullanım söz konusudur¹⁴⁷.

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'na göre ürün, makul olarak beklenebilecek güvenliği sunmadığında hatalı sayılmakta¹⁴⁸, ürüne ilişkin hatanın kapsamı AÜSK'nin 3. maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemede, tüm koşullar göz önünde bulundurulduğunda ürünün özellikle “sunumu”, “makul kullanımı” ve “piyasaya sürülme zamanı” hususlarında gerekli güvenliği sağlamaması halinde hatalı olacağı belirtilmektedir¹⁴⁹. Bu yönüyle AÜSK'deki hata kavramı AİK'deki hata kavramından farklı olsa da ilaç üzerinde yapılacak değerlendirmede genel anlamda tıp biliminin bulgularına bakılacağından hatanın varlığının tespiti benzer şekilde yapılacaktır¹⁵⁰.

¹⁴² Yenke (n 4) 130.

¹⁴³ Bartl (n 63) 197; Kullmann (n 139) 107; Katzenmeier ve Voigt (135) 130; Ayşe Havutçu, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu (1. Bası, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2005) 75; Ahmet Fevzi Kibar, Ürün Sorumluluğu Bağlamında Hatalı Tıbbi Cihazdan Doğan Hukuki Sorumluluk (1. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 102; Çiğdem Kırcı, Ürün Sorumluluğu (1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü T. İş Bankası A.Ş. Vakfı 2007) 141.

¹⁴⁴ Kırcı (n 143) 141.

¹⁴⁵ Yenke (n 4) 134.

¹⁴⁶ Kırcı (n 143) 142; Kullmann (n 139) 108; Katzenmeier ve Voigt (n 135) 132.

¹⁴⁷ Kırcı (n 143) 142.

¹⁴⁸ Kullmann (n 139) 96.

¹⁴⁹ Kullmann (n 139) 103.

¹⁵⁰ Yenke (n 4) 133 – 134.

Alman İlaç Kanunu'ndaki gelişim risklerinden sorumluluğa ilişkin getirilen düzenlemenin aksine AÜSK' de bir ürünün, yalnızca daha sonra geliştirilmiş bir ürünün piyasaya sürülmüş olması nedeniyle hatalı sayılamayacağı ifade edilmiş, üretici, gelişim risklerinden muaf tutulmuştur. (AÜSK md. 3/2) Bu nedenle de AÜSK' ye göre üreticinin tazminat ödeme yükümlülüğünün doğabilmesi için ürünün piyasaya sürüldüğü sırada hatalı olması gerekmektedir¹⁵¹.

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu, sorumlu olan kişiler bakımından, üretici ve üretici gibi sorumlu tutulanları 4. maddesinde belirtmiştir¹⁵². Maddenin ilk fıkrasında, nihai bir ürünün üreticisinin, hammadde ya da bileşen parçanın üreticisinin, ayrıca ismini, ticari markasını ya da diğer ayırt edici özelliğini ürün üzerinde belirtmek suretiyle kendisini ürünün üreticisi olarak tanıtan herhangi bir kişinin üretici olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında üretici gibi sayılan ve sorumlu tutulan kişilerden bahsedilmiştir. Buna göre, ticari faaliyeti kapsamında bir ürünü Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'nın uygulama alanına satış, kiralama, kiraya verme veya başka herhangi bir şekilde dağıtım amacıyla ithal eden veya getiren kişi de üretici sayılacaktır. Madenin üçüncü fıkrasında ise tedarikçinin üretici gibi muamele göreceği koşuldan bahsedilmiş, ürünün üreticisinin belirlenmediği ve zarar gören tarafın tedarikçiye talepte bulunduğu durumlarda, tedarikçinin bir ay içinde üreticiyi veya ürünü ona tedarik eden kişiyi bildirmemesi halinde ürünün üreticisi olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Böyle bir durumda tedarikçi üreticinin ya da alt tedarikçinin adını belirterek sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁵³. Hükmün devamında ithal edilen bir ürün için, üreticinin bilinip ikinci fıkrada atıfta bulunulan kişinin tespit edilememesi halinde de tedarikçinin bu durumunun devam edeceği düzenlenmiştir.

Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nda AİK' ye benzer olarak, birden fazla üreticinin aynı zarar için tazminat ödemekle yükümlü olması halinde, bunların müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları düzenlenmiştir. (AÜSK md. 5) Bir diğer benzerlik de zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurun bulunması halinde tazminat miktarının buna göre belirleneceği ve bu durumda AMK md. 254 hükmünün¹⁵⁴ esas alınacağına ilişkin düzenlemedir (AÜSK md. 6)¹⁵⁵.

Ölüm ya da bedensel yaralanma bulunması halinde tazminat yükümlülüğüne ilişkin olarak AÜSK md. 7 – 11 arasında yine AİK ile benzer düzenlemeye gidilmiştir. İlaçtan dolayı ölüm söz konusu olduğunda ödenecek tazminat tutarı 7. mad-

¹⁵¹ Kullmann (n 139) 119; Yenke (n 4) 134.

¹⁵² Kullmann (n 139) 121.

¹⁵³ Rolland (n 43) 145 vd.

¹⁵⁴ Bkz. dipnot 112.

¹⁵⁵ AÜSK md. 6/2' de hasarın üründeki bir kusurdan ve aynı zamanda üçüncü bir şahsın fiilinden kaynaklanması halinde imalatçının sorumluluğunun azalmayacağı ifade edilmiştir.



deye göre hesaplanacaktır. Buna göre, tedavi masrafları, hastalık süresince çalışma gücünün askıya alınması veya azalması sonucunda ihtiyaçlarının artması nedeniyle uğranılan zarar, cenaze masrafları maddi zarar kapsamında değerlendirilecektir. (AÜSK md. 7/1) Bir diğer yandan ölen kişinin yaralanma anında üçüncü bir kişiyle ilişkisini sürdürmesi ve bu ilişki nedeniyle üçüncü kişiyi geçindirmekle yükümlü olması ya da olacak olması halinde, ölenin varsayımsal yaşam süresi boyunca hesaplanacak olan üçüncü kişinin mahrum kaldığı nafaka da maddi zarar kapsamında sayılacaktır. (AÜSK md. 7/2) Buradaki tazminat yükümlülüğü, yaralanma sırasında üçüncü kişinin gebe olması halinde de mevcuttur. (AÜSK md. 7/2). Manevi tazminat bakımından ise tazminat ödemekle yükümlü olan taraf, ölenle özellikle yakın bir kişisel ilişki içinde olan sağ kalana, sağ kalanın çektiği duygusal acı için uygun bir maddi tazminat öder. Hayatta kalan kişinin ölen kişinin eşi, hayat arkadaşı ebeveyni ya da çocuğu olması halinde yakın bir kişisel ilişkinin var olduğu varsayılmaktadır. (AÜSK md. 7/3) Kişinin yaralanması halinde ödenecek tazminat tutarı ise 8. maddeye göre hesaplanacaktır. Buna göre bedensel yaralanma ya da sağlığın zarar görmesi durumunda tazminat, iyileşme masraflarının ve yaralanma sonucunda çalışma gücünün geçici ya da sürekli olarak ortadan kalkması ya da azalması veya ihtiyaçlarının artması nedeniyle zarar görenin uğradığı maddi kaybın karşılanması şeklinde ödenecektir. Yine maddi kayıp olmayan zararlar için de hakkaniyete uygun manevi tazminat talep edilebilecektir. (AÜSK md. 8)

Hükmedilecek tazminatlara ilişkin azami sorumluluk miktarı konusunda ise AÜSK'nın 10. ve 11. maddelerinde AİK'den farklı bir düzenlemeye gidilmiştir¹⁵⁶. Buna göre; kişisel yaralanmalara bir ürün veya aynı kusuru taşıyan benzer ürünler neden olmuşsa, sorumlu taraf en fazla 85 milyon Euro'ya kadar sorumlu olacaktır. (AÜSK md. 10/1) Birden fazla zarar gören tarafa ödenecek tazminatın (1) numaralı fıkrada öngörülen azami tutarı aşması halinde, münferit tazminatlar, toplam tutarlarının azami tutara oranı nispetinde azaltılacaktır. (AÜSK md. 10/ 2) Mala zarar gelmesi durumunda ise zarar gören taraf 500 Euro'ya kadar olan zararı kendisi karşılayacaktır. (AÜSK md. 11) AÜSK'de öngörülen bu sınırlamalara ilişkin Kanunda herhangi bir güncelleme henüz öngörülmemiştir.

c. Haksız Fiil Hükümlerine Göre Sorumluluk

Alman Hukuku'nda üreticinin sorumluluğu, esas olarak haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmıştır¹⁵⁷. Nitekim Federal Adalet Divanı'nın 1968 tarihinde verdiği olduğu ve aşılma sonucunda birçok tavuğun öldüğü ya da kesilmek zorunda

¹⁵⁶ Rolland (n 43) 289.

¹⁵⁷ Yenke (n 4) 28; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1185.

kaldığı olayı konu alan¹⁵⁸ “Tavuk Vebası” kararında¹⁵⁹ üreticinin sözleşmeye dayalı sorumluluğu açıkça reddederek haksız fiil sorumluluğuna dayanması gerektiğini belirtmiştir. Federal Adalet Divanı’nın 1989 tarihli yukarıda bahsi geçen kararında da ilaç üreticisinin aşırı doz kullanımının olası sonuçları hakkında bilgilendirme yapmamış olması bir ihmal niteliğinde haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir¹⁶⁰. Bununla birlikte üretici ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu istisnai durumlarda (örneğin, eczanede hazırlanmış bir ilacın tüketiciye sunulması halinde) sözleşmeye dayalı sorumluluk mümkün olabilecektir¹⁶¹.

Alman İlaç Kanunu’nun 84. maddesinin uygulama alanına girmeyen durumlar da dahil olmak üzere bir ilaç nedeniyle zarara uğrayan kişinin haksız fiil hükümlerine başvurabilmesi mümkündür¹⁶² (AMK md. 823/1-2). Haksız fiil sorumluluğu AMK md. 823’te düzenlenmiştir. Buna göre, “*kasten veya ihmal sonucu bir başkasının hayatına, bedenine, sağlığına, özgürlüğüne, mülkiyetine veya başka herhangi bir hakkına hukuka aykırı olarak zarar veren kişi, ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. (AMK md. 823/1)*¹⁶³ Aynı yükümlülük, başka bir kişiyi korumayı amaçlayan bir yasayı ihlal eden kişi için de geçerlidir. Yasanın içeriğine göre, yasanın ihlali kusur olmaksızın da mümkünse, tazminat yükümlülüğü yalnızca kusur halinde doğacaktır.” (AMK md.823/2)

Düzenleme uyarınca bir başkasını kusurlu bir şekilde (kasten ya da ihmal ile) yaralayan kişinin tazminat sorumluluğu doğacaktır. Haksız fiil sorumluluğu bakımından ilaç şirketinin kusurunun kanıtlanması gerektiğinden¹⁶⁴ ilaç hukuku bakımından özellikle ihmalin varlığını tespit etmek önem arz edecektir. İhmalin

¹⁵⁸ Tavuk Vebası Kararı haksız fiilin ispatında ispat yükünü tersine çeviren ilk karar olması bakımından da önemlidir. Kararda üretim sürecinin karmaşıklığı nedeniyle zarar görenin, üreticinin kusurunu kanıtlayabilmesinin her zaman için mümkün olmayacağı düşüncesiyle ispat yükü ters çevrilmiş, böylelikle ürünün hatalı olması nedeniyle bir kusurunun bulunmadığını üreticinin ispat etmesi beklenmiş, somut olayda üretici bunu ispat edemediği için davacı lehine hüküm kurulmuştur. (Ulrich Magnus, Product Liability In Germany”, European product liability: an analysis of the state of the art in the era of new Technologies” (2016) Intersentia Yayınevi, 238, 239; Michael A. Veltins, “The New Law of Product Liability in the Federal Republic of Germany” (1990) 3 (1) Global Business & Development Law Dergisi 83, 85- 86.

¹⁵⁹ Bkz. BGH, 26.11.1968 - VI ZR 212/66, <https://www.prinz.law/urteile/bgh/VI_ZR_212-66> Erişim Tarihi 29 Eylül 2023.

¹⁶⁰ BGH, 24 Ocak 1989 - VI ZR 112/88, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=24.01.1989&Aktenzeichen=VI%20ZR%20112%2F88> erişim tarihi 29 Mart 2024.

¹⁶¹ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1185; Yenke (n 4) 28; Dönmez (n 8) 384.

¹⁶² Kügel ve diğerleri (n 34) 1684.

¹⁶³ AÜSK’nin 1. maddesinde korunan değerler (hayat, vücut ve sağlığa ilişkin getirilen menfaatler) AMK md. 823/1 deki menfaatlerle örtüşmektedir. (Kullmann (n 139) 37).

¹⁶⁴ Kügel ve diğerleri (n 34) 1684.



varlığının tespitinde AMK md. 276/2¹⁶⁵ düzenlemesi dikkate alınmakta, buna göre ticaret hayatında gösterilmesi gereken özenin gösterilip gösterilmediğine bakılmaktadır¹⁶⁶. Bu değerlendirmede, özel tehlikelilik durumuna göre bir uyarı yapıp yapılmadığı, bir başka deyişle ilacın prospektüs ve ürün bilgilerinde ilacın tehlikelerine dikkat çekilip çekilmediği önem kazanmakta, yapılan uyarılarda kamunun genel beklentileri esas alınmaktadır. Bu kapsamda örneğin, sıvı maddenin doğrudan damar yoluyla verildiği intravenöz tedavide damarda özel bir yaralanma riskinin var olması ya da astım gibi ani ataklara karşı bir ilacın sadece birkaç kez kullanılmasının gerektiği durumlarda bu hususların ambalaj ya da ürün bilgilerinde açıkça belirtilmesi ve uyarıda bulunulması gerekmektedir¹⁶⁷.

d. Alman Gen Teknik Kanunu'na Göre Sorumluluk

Genetik mühendisliği sayesinde genlerin yapı ve fonksiyonlarını, Genetik mühendisliğinde yaşanan gelişmeler, ilaç sektöründe de genetik mühendisliği yöntemlerinin uygulanmasına ve bu yöntemlerle tıbbi ürün üretilmesine yol açmış¹⁶⁸, bu durum ise AGTK'nın düzenlenmesi gerekli hale getirmiştir. Zira genetik mühendisliği araştırmaları ve genetik mühendisliğine dayalı üretim anayasal olarak güvence altına alınmışsa da bu tür faaliyetler sonucu gerek çevre gerekse üçüncü kişiler bir zarara uğramamalıdır¹⁶⁹.

Alman Gen Teknik Kanunu, insanları, hayvanları ve bitkileri korumak amacıyla 01.07.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁷⁰. Kanun, gen tekniği imkanlarının gelişmesini ve teşvikini de amaçlamakta (AGTK md.1/2)¹⁷¹, kapsam olarak ise gen

¹⁶⁵ BGB § 276 Abs. 2;

“*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.*”

çev: Alman Medeni Kanunu md. 276, fıkra 2;

“(2) Ticaretin gerektirdiği özeni göstermeyen herkes ihmalkar sayılır.”

¹⁶⁶ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 1166.

¹⁶⁷ ibid 1166.

¹⁶⁸ Yenke (n 4) 135 – 136; Göben (n 26) 138.

¹⁶⁹ Deutsch ve Spickhoff (n 1) 942; Göben (n 26) 138.

¹⁷⁰ Isabella Wildhaber, Haftung für Genetechnische Produkte (Lit Yayınvevi 2009) 91; Yusuf Büyükkay, “Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler”, (2005) 9 (3-4) AÜEHFD, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1863157>>, 368, erişim tarihi: 2 Ekim 2023; Göben (n 26) 138.

¹⁷¹ GenTG § 1;

“*Zweck dieses Gesetzes ist,*

..

2. die Möglichkeit zu gewährleisten, dass Produkte, insbesondere Lebens- und Futtermittel, konventionell, ökologisch oder unter Einsatz gentechnisch veränderter Organismen erzeugt und in den Verkehr gebracht werden können,”

Alman GenTeknik Kanunu md.1;

Bu Kanunun amacı,

..

çalışması yapılan kuruluşları, gen tekniği çalışmalarını genetik olarak değiştiren organizmaları ve genetik olarak değiştirilen organizmaları içeren ürünleri düzenlemektedir¹⁷². Kanunda aynı zamanda genetik olarak tasarlanmış ürünler nedeniyle bir zararın ortaya çıkması hali için sorumluluğa yer vermektedir .

Alman Gen Teknik Kanunu' na göre sorumluluk ancak AİK kapsamında olmayan ürünler bakımından söz konusu olabilmektedir¹⁷³. Alman Gen Teknik Kanunu' na göre sorumluluktan bahsedebilmek için genetiğinde değişiklik yapılmış bir ürün nedeniyle bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir ¹⁷⁴. Kanunun 32. Maddesinin birinci fıkrasına göre genetik mühendisliği çalışmaları sonucunda ortaya çıkan bir organizmanın özellikleri nedeniyle bir kişinin ölmesi, vücudunun veya sağlığının zarar görmesi veya bir nesnenin hasar görmesi halinde, işletmeci ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Söz konusu hükümde sorumluluğun doğabilmesi için kusur aranmamakla birlikte sorumluluğu ortadan kaldıran mücbir sebep türüne de yer verilmemiştir¹⁷⁵. Bununla birlikte AGTK md. 33' te sorumluluğa ilişkin sınırlamaya gidilmiş, genetik mühendisliği çalışmasına dayanan bir organizmanın özellikleri nedeniyle bir zararın meydana gelmesi halinde, işletmecinin tazminat yükümlülüğü 85 Milyon Euroya kadar olduğu düzenlenmiştir. Maddenin devamında, aynı zarar verici olay temelinde ödenecek çeşitli tazminatların bu miktarı aşması halinde, münferit tazminatların toplam tutarlarının azami tutar oranı nispetinde azaltılacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte aynı zarar için birden fazla işletmecinin sorumlu olması halinde bunlar müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaklardır. (AGTK md. 32/2)

Alman Gen Teknik Kanunu' nun 34. maddesinde ise ispata ilişkin olarak ürün kullanıcısı lehine bir karineye yer verilmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrası “*Zarar genetiği değiştirilmiş organizmalardan kaynaklanmışsa, bu organizmaların genetik mühendisliği çalışmalarına dayanan özelliklerinden kaynaklandığı varsayılır.*” şeklindedir. Madde hükmü uyarına zarar göre kişinin, GDO'lu ürün kullandığını ve neticesinde bir zararın ortaya çıktığını ispat etmesi yeterli olup GDO' lu ürünün zarara sebebiyet vermediğini ürünün üreticisinin ispat etmesi gerekecektir¹⁷⁶.

“2. Özellikle gıda ve yem olmak üzere ürünlerin geleneksel, organik veya genetiği değiştirilmiş organizmalar kullanılarak üretilmesini ve piyasaya sürülebilmesini sağlamak,”

¹⁷² Büyükkay (170) 368.

¹⁷³ Yenke (n 4) 136; Deutsch ve Spickhoff (n 1) 942.

¹⁷⁴ Yenke (n 4) 136; Göben (n 26) 146 vd; Günter Hirsch, Andrea Schmidt - D i d c z u h n ve Ernst – Ludwig Winnacker, Gentechnikgesetz (GenTG), mit Gentechnik -Verordnungen, Kommentar (C. H. Beck Yayınevi, 1991) 474.

¹⁷⁵ Hayrunnisa Özdemir, “ Gıda Hukuku ve Hukuki Sorumluluk”, (2017) 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş' a Armağan, 443, 483.

¹⁷⁶ Özdemir (175) 474.

SONUÇ

Hastaların sağlıklı olma isteği ve beklentisi ile kullandıkları ilaçların zaman zaman ölüme kadar varan zararlı etkilerine rastlanmaktadır. Özellikle sanayi devrimi sonrası ilaçların ilaç endüstrilerinde üretilmesi ve üretilen ilaçlarda kimyasal içeriklerin kullanılması, hastaların zarar görme risklerinin artmasına neden olmaktadır.

İlacın tanımı birçok yerde farklı şekillerde yapılmakla birlikte Alman hukukunda yapılan tanımda ilacın hastalıkları teşhis, tedavi ve önleyici işlevinden bahsedilmiştir. Buna göre ilaç, insan hastalıklarını veya hastalığa bağlı şikayetleri giderme, hafifletme ya da önleme amacıyla vücuda uygulanan, farmakolojik, immünolojik ya da metabolik bir etki yoluyla fizyolojik işlevleri eski haline getiren, düzelten, etkileyen ya da tıbbi teşhis koymaya yardımcı olan maddeler veya maddelerden oluşmuş müstahzarlardır.

Alman Hukuku'nda ilaç hukukuna dair düzenlemelerin getirilmesi bakımından 1950'lerin sonu ile 1960'ların başlarında Almanya'da yaşanan "Contegran Olayı" büyük öneme sahiptir. Söz konusu olayda uyku hapı ve sakinleştirici olarak reçeteli satılan ve ana maddesi *Thalidomid* olan Contergan isimli uyku ilacı, hamile kadınlarda binlerce bebeğin sakat, uzuvları olmadan doğmasına neden olmuştur. Olayın etkisinin bu denli büyük olması sonucu Kasım 1961'de ilacın üreticisi, ilacı piyasadan çekmiştir.

Alman Hukuku'nda ilaç üreticisinin sorumluluğuna ilişkin Alman Medeni Kanunu'na göre haksız fiil sorumluluğu, Alman İlaç Kanunu'na göre kusursuz sorumluluk, Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu ve Alman Gen Teknik Kanunu'na göre sorumluluk akla gelmektedir.

Alman İlaç Kanunu'nda ilaç üreticisinin Kanununun 84 – 94a maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile hatalı ilaç üreticisine belli koşullar altında kusursuz sorumluluk yüklenmiştir. İlaç üreticisinin kusursuz sorumluluğuna ilişkin temel gereklilikler Alman İlaç Kanununun 84. maddesinde yer almaktadır. Buna göre tüketiciye dağıtılan ve zorunlu pazarlama iznine tabi olan veya yönetmelikle pazarlama izni gerekliliğinden muaf tutulan beşeri bir tıbbi ürünün uygulanması sonucunda kişi ölür veya vücudu veyahut sağlığı önemli ölçüde zarar görürse, söz konusu tıbbi ürünü bu Kanun kapsamında piyasaya süren ilaç girişimcisi, zarar gören tarafın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olacaktır.

Alman Hukuku'nda ilaç üreticisinin sorumluluğu genel anlamda İlaç Kanunu kapsamında değerlendirilmekteyse de bu sorumluluk, münferit bazı durumlarda Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu ya da Alman Gen Teknik Kanunu kapsamında değerlendirilebilmektedir. Yine üreticinin sorumluluğu temel anlamda haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmaktadır.

Alman İlaç Kanunu'nun uygulama alanına giren konularda Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu uygulama alanı bulmamaktadır. (AÜSK md. 15) Bu nedenle

de Alman İlaç Kanunu'nun kapsamına girmeyen konularda, örneğin veteriner tıbbi ürünlerinde, ruhsata tabi olmayan beşeri tıbbi ürünlerde, henüz onaylanmamış, klinik araştırma aşamasında olan tıbbi ürünlerde, yurtdışında piyasaya sürülen ve Alman yasalarının geçerli olduğu tıbbi ürünlerde Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun uygulanması mümkün olacaktır. Alman Ürün Sorumluluğu Kanunu, üreticinin sorumluluğunu, kusursuz tehlike sorumluluğu olarak düzenlemiştir. Kanuna göre bir üründeki bir kusur nedeniyle bir kişinin ölümü, vücudunun veya sağlığının yaralanması veya herhangi bir şeyin zarar görmesi durumunda, ürünün üreticisi ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Alman Hukuku'nda üreticinin sorumluluğu, esas olarak haksız fiil sorumluluğuna dayandırılmıştır. Nitekim Federal Adalet Divanı'nın 1968 tarihinde vermiş olduğu "*Tavuk Vebası*" kararında üreticinin sözleşmeye dayalı sorumluluğu yerine haksız fiil sorumluluğu kabul edilmiştir. Bununla birlikte eczanede hazırlanmış bir ilacın tüketiciye sunulması gibi istisnaen üretici ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumlarda sözleşmeye dayalı sorumluluktan bahsedilebilecektir. Haksız fiil sorumluluğu AMK md. 823' te düzenlenmiştir. Buna göre, kasten veya ihmal sonucu bir başkasının hayatına, bedenine, sağlığına, özgürlüğüne, mülkiyetine veya başka herhangi bir hakkına hukuka aykırı olarak zarar veren kişi, ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Alman İlaç Kanunu'nun uygulama alanına girmeyen hallerde ve ilaç nedeniyle bir zararın ortaya çıkması durumunda diğer uygulanabilecek Kanun Alman Gen Teknik Kanunu'dur. Alman Gen Teknik Kanunu'na göre sorumluluktan bahsedilemek için genetiğinde değişiklik yapılmış bir ürün nedeniyle bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Kanunun 32. madde düzenlemesine göre, genetik mühendisliği çalışmaları sonucunda ortaya çıkan bir organizmanın özellikleri nedeniyle bir kişinin ölmesi, vücudunun veya sağlığının zarar görmesi veya bir nesnenin hasar görmesi halinde, işletmeci ortaya çıkan zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

KAYNAKÇA

Bartl H, Produkthaftung nach neuem EG – Recht, Kommentar zum deutschen Produkthaftungsgesetz (birinci bası, Moderne Industrie Yayınevi 1989).

Büyükcay Y, "Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler", (2005) 9 (3-4) AÜEHFD, <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1863157>> Erişim Tarihi: 2 Ekim 2023.

Christian K ve Voigt T, ProdHaftG, Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (7. Bası, Erich Schmidt Yayınevi 2020).

Deutsch E ve Spickhoff A, Medizinrecht, Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht (yedinci bası, Springer Yayınları 2014).



Demir M, “Avrupa Birliği, Almanya ve Belli Bazı Ülkelerde İlaç Üretim Sorumluluğuna İlişkin Yasal Sistemler” (2010) (2) 15 -31.

Dönmez Ü, “ Türk ve Alman İlaç Hukukunda Hatalı Üretilen İlaçtan Doğan Sorumluluk ve Özel Sorumluluk Hâlleri” (2016) 7 (1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381 - 406.

Göben M, Arzneimittelhaftung und Gentechnikhaftung als Beispiele modernen Risikoausgleichs : mit rechtsvergleichenden Ausblicken zum türkischen und schweizerischen Recht (birinci bası, Peter Lang Yayınevi 1995).

Hakeri H, İlaç Hukuku (ikinci bası, Astana Yayınları 2018).

Havutçu A, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu (1. Bası, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2005).

Hess H. J, Kommentar zum Produkthaftungspflichtgesetz (ikinci bası, Paul Haupt Bern Yayınevi 1995).

Hirsch G, Schmidt - Didczuhn A ve Ludwig Winnacker E, Gentechnikgesetz (GenTG), mit Gentechnik -Verordnungen, Kommentar (C. H. Beck Yayınevi, 1991).

Kırca Ç, Ürün Sorumluluğu (1. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü T. İş Bankası A.Ş. Vakfı 2007).

Kıbar A. F, Ürün Sorumluluğu Bağlamında Hatalı Tıbbi Cihazdan Doğan Hukuki Sorumluluk (1. Bası, Adalet Yayınevi 2020).

Katzenmeier C ve Voigt T, ProdHaftG, Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (yedinci bası, Erich Schmidt Yayınevi 2020).

Koziol H, Green M. D, Lunney M, Oliphant K ve Yang L, Product Liability Fundamental Questions in a Comparative Perspective (birinci bası, De Gruyter Yayıncılık 2017).

Kullmann H. J, Produkthaftungsgesetz (dördüncü bası, Erich Schmidt Yayınevi 2004).

Kullmann H. J, Pfister B, Stöhr K ve Spindler G, Produzentenhaftung (Erich Schmidt Yayınevi 2024).

Kügel W, Müller R – G ve Hofmann H. P, Arzneimittelgesetz, Kommentar (üçüncü bası, C. H. Beck Yayınevi 2022).

Lenz T, Produkthaftung (ikinci bası, C.H. Beck Yayınevi 2022).

Magnus U, “Product Liability In Germany”, European product liability : an analysis of the state of the art in the era of new Technologies (2016) Intersentia Yayınevi 238 – 273.

Nart S, Hekimin İlaç Tedavisinden Doğan Sorumluluğu (birinci bası, Adalet Yayınevi, 2014).

Özdemir H, “Gıda Hukuku ve Hukuki Sorumluluk”, (2017) 19 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’ a Armağan, 443, -491.

Petek H, İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu, (birinci bası, Yetkin Yayınevi 2009).

Rehmann W. A, Arzneimittelgesetz (AMG) (beşinci bası, C.H. Beck Yayınları 2020).

Rolland W, Produkthaftungsrecht: Kommentar (Rehm Yayınevi 1990).

Salzer J. S, Entscheidungssammlung Produkthaftung (de Gruyter Yayınevi 1976).

Spickhoff A, Medizinrecht (dördüncü bası, C. H. Beck Yayınları 2022).

Taschner H. C ve Frietsch E, Produkthaftungsgesetz und EG – Produkthaftung – richtlinie (ikinci bası, C.H. Beck’s che Yayınevi 1990).

Taupitz J, “İmalatçının Sorumluluğu Avrupa Topluluğu Yönergesi ve Alman İmalatçının Sorumluluğu Kanunu”, çev. Şeref Ertaş (1997) Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’ na Armağan <<https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/taupitz-ertas.pdf>> Erişim Tarihi 1 Ağustos 2022, 47 -54.

Veltins M. A, “The New Law of Product Liability in the Federal Republic of Germany” (1990) 3 (1) Global Business & Development Law Dergisi 83- 100.

Wildhaber I, Haftung für Genetechnische Produkte (Lit Yayınevi 2009).

Yenke N, Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizizprodukte, Eine vergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts (birinci bası, Springer Yayınları 2004).

Zuck R ve Dettling Heinz Ü, Arzneimittelgesetz, Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln Humanarzneimittel, Kommentar (birinci bası, Carl Heymanns Yayınevi 2021).

KAMU HUKUKU

1. 1921 ANAYASASI'NDA BENİMSEYEN MECLİS HÜKÜMETİ SİSTEMİ VE İSVİÇRE MODELİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

The Assembly Government System Adopted in the 1921 Constitution and its Comparison with the Switzerland Model

Hatice Derya ORMANOĞLU DURANLIOĞLU

2. KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NDA VARLIK BARIŞI VE İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER

Repatriation of Capital in the Corporate Tax Law and Evaluations on the Relevant Constitutional Court Decision

Fatih SARAÇOĞLU; Abdullah ÖMERCİOĞLU

3. BELEDİYE GELİRLERİ KANUNU 97'NCİ MADDESİ UYARINCA ALINAN ÜCRETLERDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

The Court in Charge of Disputes Arising from Fees Received in accordance with Article 97 of the Municipal Revenues Law

Yunus Emre ORUÇ; Mustafa UYANIK

4. TÜRKİYE'DE BULUNAN UKRAYNALILARIN ULUSLARARASI KORUMA STATÜLERİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of Ukrainians in Turkey within the Framework of International Protection Status

Aslıhan ÇOBAN

5. AVRUPA VE AMERİKAN YARGI SİSTEMLERİNİN "UNUTULMA HAKKI-İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ" ÇATIŞMASINA YAKLAŞIMI

The Approach to the Conflict of "Right to be Forgotten-Freedom of Expression" by The European and the American Judicial Systems

Peri URAN MURPHY

6. DEVLET MEMURLARI KANUNU İLE 2547 SAYILI YÜKSEKÖĞRETİM KANUNUNDAKİ DISİPLİN HUKUKUNA İLİŞKİN SÜRELER

Time Limits of Disciplinary Law in Civil Servants Law and Higher Education Law

Engin SAYGIN

ÖZEL HUKUK

7. AMERİKA'DA AİLE VE BOŞANMA ARABULUCULUĞUNA YÖNELİK UYGULAMA MODEL STANDARTLARI

Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation in United States

Erhan FIRAT

8. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ SURETİYLE GERÇEKLEŞEN KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİNE İLİŞKİN DAVALARDA UYGULANACAK HUKUKUN VE YETKİLİ MAHKEMENİN TESPİTİ

Determination of the Applicable Law and Jurisdiction in Disputes Having Foreign Elements Arising from Violation of Personal Rights by Processing Personal Data

Alper AKGÜL

9. DEMİRYOLU İŞLETENİN SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUĞUNUN SİGORTASINDA RİZİKO

Risk in Insurance of Non-Contractual Liability of the Railway Operator

Fahri ÖZSUNGUR

10. MARKA KORUMASINDA TESCİL VE ÖNCELİK İKİLEMİ ÜZERİNE YARGITAY VE ABAD KARARLARI İŞİĞİNDE BİR İNCELEME

An Analysis on the Registration and Priority Dichotomy in Trademark Protection in the Light of the Court of Cassation and CJEU Decisions

Hayri BOZGEYİK; Fatih Mehmet TABUR

11. ANAYA SOYBAĞININ REDDİ DAVASI AÇMA HAKKI TANINMASI: OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN ÖNERİLER

Granting Mother the Right to Challenge Paternity: Suggestions De Lege Ferenda

Özgür GÜVENÇ

12. BİREYSEL SENDİKA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN GÜVENCESİ VE YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDE ÖZGÜRLÜĞE AYKIRILIĞIN TESPİTİ

Assurance of Freedom of Association and Determination of Contradiction with Freedom in the Light of The Supreme Court Decisions

Seda ÖZGÜL EKİZ

13. YAPI DENETİM FİRMALARININ DEPREM NEDENİYLE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN UĞRADIĞI ZARARLARDAN SORUMLULUĞU

Liability of Building Inspection Companies for Damages Incurred by Third Parties due to Earthquake

Özge BÖLÜKBAŞI

14. DENİZ İŞ HUKUKUNDA GENÇ GEMİ ÇALIŞANLARININ KORUNMASI

Protection of Young Seafarers in Maritime Labour Law

Ş. Esra BASKAN

15. ALMAN İLAÇ KANUNU'NA GÖRE İLAÇ ÜRETİCİSİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN ALMAN HUKUKUNDAKİ DİĞER TEMEL ÖZEL HUKUK SORUMLULUK TÜRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMALI OLARAK İNCELENMESİ

A Comparative Analysis of the Legal Liability of the Pharmaceutical Manufacturer under the German Medicines Act with Other Basic Types of Private Law Liability in German Law

Duygu İNCİOĞLU

